

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

JURISDIÇÃO

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

Número 75 - Setembro/Outubro - 2008

R. TRF 5^a Região, nº 75, p. 1 - 321, Setembro/Outubro - 2008

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA**

Repositório de jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de
Justiça (STJ), sob o nº 53
(Portaria nº 02/2002, *DJ* de 02/05/2002, pág. 403).

Administração

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5^a REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº - Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco**

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

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

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Bimestral, a partir do volume n° 73.

A partir do v. 4, n° 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5^a REGIÃO

Desembargador Federal
JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Presidente

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01
Vice-Presidente

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03
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
UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal
MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99
Diretora da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5^a REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE A. FILHO

Vice-Presidente: Desembargador Federal PAULO GADELHA

Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE - Presidente

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente

Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente

Desembargador Federal GERALDO APOLIANO

Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES - Presidente

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI

Desembargador Federal MARCELO NAVARRO

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	311
III - Índice Analítico	315

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.917-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Parte Autora: COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE
Repte.: PROCURADORIA DA ANEEL
Réu: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Lit. Ativos: UNIÃO E AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO BERMUDES E OUTROS (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE ATIVA FEDERAL. UNIÃO E ANEEL. LITISCONSÓRCIO. ASSISTÊNCIA LITISCONSÓRCIAL. CORTE DE ENERGIA. POSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- O Ministério Público Estadual tinha legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa dos consumidores, antes da vigência da Lei Complementar nº 75 e da Lei nº 8.625, ambas de 1993. Exegese da jurisprudência do STF sobre o princípio do promotor natural.

- Com o advento da Lei nº 9.247/96 a União, litisconsorte passiva da concessionária de energia elétrica na ação coletiva que tão-só impugnava portaria do DNAEE – sem discutir tarifa ou qualquer outra relação jurídica material restrita à esfera da concessionária e dos consumidores –, foi sucedida pela ANEEL, que se habilitou a intervir no feito como assistente litisconsorcial. Precedentes.

- A jurisprudência do STJ firmou-se, posteriormente ao julgado rescindendo, no sentido de permitir o corte de energia elétrica “se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica per-

manecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, art. 6º, § 3º, II)” (STJ, REsp 363.943/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 01/03/2004).

- Posicionamento amplamente majoritário do Pleno do Tribunal, adotado no julgamento de incidente desta ação rescisória, no sentido de afastar-se a Súmula 343 do STF, em face do grave risco de descontinuidade de serviço essencial, caso o julgado rescindendo surtisse efeitos.*
- Réu isento do ônus sucumbencial (art. 18 da Lei nº 7.347/85). Restituição à autora do depósito efetuado em conformidade com o art. 488, II, do CPC.*
- Rejeição das preliminares. Procedência do pedido para rescindir o acórdão hostilizado e, nos termos do art. 494 do CPC, julgar improcedente a pretensão formulada na ação civil pública originária.*

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares, e, por maioria, julgar procedente o pedido, para rescindir o acórdão, 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, 2 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

A Companhia Energética de Pernambuco (CELPE) propõe ação rescisória, com base no inciso V do art. 485 do CPC, para desconstituir acórdão unânime da egrégia Primeira Turma, julgado em 27/09/2002 nos autos da AC nº 49.414-PE, que teve como

Relator o eminente Desembargador Federal Manoel Erhardt, de quem recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE ATIVA FEDERAL. ENERGIA ELÉTRICA. NÃO PAGAMENTO DA TARIFA. CORTE IMPOSSIBILIDADE.

Ação Civil Pública interposta no sentido de impedir o corte no fornecimento de energia elétrica em virtude do não pagamento das tarifas. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública em sede de Justiça Federal, pois deve o *Parquet* ser considerado como um órgão uno não podendo sua divisão administrativa ser óbice para a sua atuação em juízo.

Indispensável a qualquer indivíduo o fornecimento de energia elétrica. Inadmissível a prática de corte de fornecimento por causa de falta de pagamento das contas, pois existem meios legais para a obtenção do lucro.

Apelação improvida. (Fl. 623).

A parte autora argui a nulidade do processo originário, em face da ausência de citação da União como litisconsorte passivo necessário.

Alega, ainda, que o acórdão rescindendo chocou-se com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido:

ao desconsiderar a incidência, na espécie, dos dispositivos legais que autorizam a interrupção no fornecimento de energia elétrica, desde que mediante prévio aviso ao usuário, incorreu em violações aos arts. 109, I, da Constituição Federal; 35, IV, e 38 da Lei Complementar nº 73/93; 47 do CPC; 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95; e 17, parágrafo único, da Lei nº 9.427/96.

Requer a antecipação da tutela para suspender a eficácia da decisão rescindenda, sob o argumento de que a execução do referido julgado poria em risco a atividade de distribuição de energia elétrica, acarretando grave dano aos consumidores e à sociedade em geral.

Pede, ao fim, a desconstituição do julgado rescindendo, pugnando por um novo julgamento, no qual se declare nulo o proces-

so primitivo pela falta do litisconsorte necessário, extinguindo-se o feito nos termos do art. 267, IV, do CPC, ou então, conhecendo-se do mérito da ação civil pública, seja ela julgada improcedente.

Esta Relatoria negou o pedido de liminar, mas este acabou sendo acolhido em agravo regimental, cujo acórdão desafia recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, retido nos autos conforme despacho de fl. 815.

Na contestação de fls. 777/785, o Ministério Público Estadual argumenta, em síntese, que a alegação de nulidade é incabível em sede de ação rescisória, e que, ao contrário do que disse a parte autora (CELPE), a União foi regularmente citada no processo de origem.

Ademais, o MPE invoca o enunciado nº 343 da Súmula do STF, por entender que a jurisprudência acerca da matéria tratada na ação civil pública era, ao tempo do julgamento, pacífica no sentido dos fundamentos adotados pelo acórdão rescindendo.

Por sua vez, a União (fls. 826/830) e a ANEEL (fls. 859/868) pedem o ingresso na lide, a primeira como litisconsorte, e a segunda como simples assistente, manifestando-se, em ambos casos, pela procedência dos pedidos deduzidos na presente ação. A União levanta “questão constitucional envolvida na lide, qual seja, a da incompetência do Ministério Público Estadual para atuar no âmbito da Justiça Federal”.

O Ministério Público Federal, aqui atuante como *custos legis*, opina pela aplicação da Súmula 343 do STF, seja para não admitir a ação, seja para julgar improcedente o seu pedido (fls. 874/886).

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

Conforme relatado, as partes levantaram uma série de questões processuais relativas à legitimação ativa e passiva, no processo originário.

É possível conhecer de tais questões em sede de ação rescisória, pois a inobservância de formalidade essencial para o desenvolvimento válido do processo constitui *error in procedendo* hábil a rescindir o julgado, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Diante de tal premissa, analiso, primeiramente, a alegação da ilegitimidade do Ministério P\xfublico Estadual para ajuizar a\xccao civil p\xublica perante a Justi\xcca Federal, levantada pela Uni\xcco com fundamento na suposta usurpa\xcco, pelo MPE, das atribui\xcces exclusivas do *Parquet* federal, em desapre\xcco pelo disposto nos arts. 109, 127, 128 e 129 da CF.

A egr\xf3gia Primeira Turma, ao enfrentar a quest\xf3o no acord\xf3o rescindendo, entendeu que a unidade e a indivisibilidade do M\xf9st\xf3rio P\xublico desautorizam qualquer impedimento \x2013 atua\xcco dos seus \x9crg\xf3os em ju\xcczo, no exerc\xf3cio das atribui\xcces institucionais previstas na Constitui\xcco.

Na verdade, a CF n\xf3o abre espa\xcco para teses que veiculam a suposta incompatibilidade entre a unidade e indivisibilidade do MP, de um lado, e a independ\xf3ncia funcional dos \x9crg\xf3os ministeriais, de outro lado, porque h\xf3 expressa previs\xf3o constitucional de tais postulados, os quais n\xf3o s\xf3o necessariamente colidentes nem contradit\xf3rios, podendo ser harmonizados.

Conciliar unidade com independ\xf3ncia \x2013 perfeitamente poss\xf3vel, desde que consideradas as peculiaridades do M\xf9st\xf3rio P\xublico brasileiro, que n\xf3o s\xf3o as mesmas da sua matriz europ\xe9ia, em que o forte princ\xf3pio hier\xf3rquico assume primazia.

Por isso, em nosso sistema, n\xf3o \x2013 correto dizer que cada membro do M\xf9st\xf3rio P\xublico est\xf3a investido de todas as fun\xcces do \x9crg\xf3o, n\xf3o sendo poss\xf3vel seccion\xf3-las.

O agente do *Parquet* \x2013 ele mesmo \x9crg\xf3o, como claramente dizem as normas de reg\xf3encia. A unidade e indivisibilidade do MP significam t\x9c\x93o-somente que seus membros presentam \x2013 no sentido que d\xf3a a essa express\xf3o PONTES DE MIRANDA \x2013 a institui\xcco, n\xf3o que qualquer deles possa praticar qualquer ato em nome dela, pois a legalidade de seu agir tem limites na divis\xf3o de atribui\xcces estabelecida pela lei.

É a Constituição que já começa a repartir as funções do Ministério Público, quando, por exemplo, confere exclusivamente ao Procurador-Geral da República (e a mais nenhum outro membro do *Parquet*) a atribuição de arguir diretamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis ou pedir intervenção federal.

E é a lei que termina de detalhar essa divisão, quando, por exemplo, diz perante quais órgãos judiciais devem funcionar tais (e somente tais) órgãos do MP, ou quando estipula atribuições diferentes para eles, ou quando reconhece que essas atribuições podem entrar em conflito. Se a unidade e a indivisibilidade tivessem caráter absoluto, nada disso haveria.

Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, explicitada em 06/08/1992, no HC 67.759-RJ, o seu mais importante julgado sobre o princípio do promotor natural, do qual decorrem os postulados sob análise.

A própria ementa registra as divergências aparecidas naquele julgamento. *Verbis*:

HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS. A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO. PEDIDO INDEFERIDO.

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor

Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastrável.

Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidencia do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso).

Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches).

Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira alves.

No *leading case*, o eminentíssimo Ministro Celso de Mello, autor do voto condutor, considerou que a relação entre os princípios da unidade e da independência do MP teria de dar-se nos limites da lei, à qual caberia a precisa discriminação das atribuições funcionais dos membros da instituição, motivo pela qual a “intermediação legislativa”, especificando o postulado constitucional do promotor natural, seria imprescindível à aplicação deste.

As leis em questão são, para o MPU, a Lei Complementar nº 75/93 e, para os MMPP dos Estados, a Lei nº 8.625, também de 1993, e as respectivas leis complementares estaduais, consoante reconheceu o STF em inúmeros casos, na esteira do que ficou decidido em 30.06.1993 no HC 69.599-RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

I. Ministério Público: legitimidade *ad processum* para o oferecimento da denúncia de Promotor designado previamente para compor grupo especial de acompanhamento de investigações e promoção da ação penal relativas a determinados crimes. 1. Sendo a denúncia anterior à L. 8.625/93 – segundo a maioria do STF, firmada no HC 67.759 (vencido, no ponto o relator) – não se poderia opor-lhe a validade o chamado princípio do Promotor Natural, pois, à falta de legislação que se reputou necessária à sua eficá-

cia, estaria em pleno vigor o art. 7º, V, da LC 40/81, que conferia ao Procurador-Geral amplo poder de substituição para, “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto” (...). (Grifei).

Nesse sentido, confira-se o acórdão do AGRAG 169.169-CE (DJ 01/12/1995), no qual a 1ª Turma do STF, na pena do ilustre Ministro Ilmar Galvão, disse, como já dissera o Pleno no antes referido HC 69.599-RJ, que o postulado do promotor natural só não incidia nas hipóteses anteriores à legislação que o instituiu:

PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA IMPUGNADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. (...)

Processo instaurado antes do advento da Lei nº 8.625/93, em relação ao qual não tem aplicação o princípio do Promotor Natural. Precedentes do STF (HC 69.599).

Ora. A ação civil pública de que tratam estes autos foi ajuizada em 21/07/1992 (fl. 45), portanto antes do advento da LC nº 75/93 e da Lei nº 8.625/93, não sendo tais normas oponíveis à legitimação do MP estadual no caso concreto, conforme a jurisprudência do excelso Pretório.

Aliás, na época do ajuizamento da ação, o art. 82 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) conferia legitimidade concorrente ao Ministério Público estadual e federal para a defesa em juízo dos interesses coletivos dos consumidores.

Nesses termos, o Ministério Público do Estado de Pernambuco tinha legitimidade *in casu* para ajuizar, perante a Justiça Federal, ação civil pública na defesa dos direitos coletivos dos consumidores de energia contra a CELPE e a União, objetivando tornar ineficaz o § 1º do art. 73 da Portaria nº 345 de 20/12/1991 do então Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE).

Também é controversa a formação do pólo passivo da demanda. A CELPE defende o litisconsórcio necessário da União, por ter editado a norma reguladora impugnada na ação, enquanto a ANEEL evoca precedentes do STF (RE 9.887-SC) e do STJ (REsp 388.631-

DF) no sentido de que o órgão do qual emana a norma reguladora não é litisconsorte necessário quando não pratica os atos materiais ou de aplicação da norma abstrata.

Em que pesem os esforços da douta Procuradoria Federal Especializada, a jurisprudência citada na sua petição não se ajusta ao caso dos autos.

É que o RE 9.887-SC, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 1983, e o recente REsp 388.631-DF, relatado pelo Ministro José Delgado, referem-se a ações com pedido de congelamento de tarifa de energia cumulado com repetição de indébito. Realmente, em tais hipóteses, a posição da Corte Unificadora é inequívoca:

É pacífica a jurisprudência desta egrégia Corte no sentido de que a União, sucedida pela ANEEL, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações relativas às majorações de tarifas de energia elétrica, promovidas por empresas usuárias contra concessionárias de serviço público de energia elétrica (STJ - 2^a Turma, AgRg no AG nº 478.841-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJ* 16/05/2005).

Há, ainda, além dos julgados citados na inicial, acórdãos do STJ contemporâneos do ajuizamento da ação original, que declararam a ilegitimidade passiva do DNAEE nos feitos relativos aos créditos de empréstimos compulsórios realizados em favor da Eletronáutica, nos anos 70 e 80. Cito, v.g., o REsp 9.857-PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 04/10/1993.

Todavia, ao contrário dos paradigmas pretorianos citados pela ANEEL, o pedido inaugural formulado pelo MP de Pernambuco às fls. 35/36 nada diz com a cobrança de tarifas indevidamente elevadas, nem com a titularidade de qualquer crédito, mas refere-se à proibição do uso do corte de energia como meio de cobrança, em face da suposta ilegalidade do § 1º do art. 73 da Portaria nº 345 de 20/12/1991 do extinto DNAEE, abaixo transscrito:

Art. 73. Na hipótese de atraso de pagamento da conta será cobrada multa que incidirá sobre o respectivo valor líquido, em percentuais e critérios a serem estabelecidos em portaria específica.

§ 1º - Após a suspensão do fornecimento, o valor líquido da conta, já considerada a multa, estará sujeito a incidê-

cia de juros moratórios equivalentes à Taxa Referencial Diária - TRD acumulada, calculados desde o dia do vencimento do débito até a data do pagamento. (Fl. 42).

Peço vênia para insistir neste ponto. Na hipótese dos autos, não se discutiu a tarifa em si mesma, mas sim um expediente utilizado na sua cobrança – e autorizado mediante portaria do órgão regulador –, tido como excessivo, portanto ilegal em face de normas consumeristas, na medida em que permitia, indiscriminadamente, a interrupção de um serviço público básico.

Em síntese, na ação civil pública originária, o *thema decidendum* não se restringiu a aspectos de relação jurídica material que tocavam exclusivamente à concessionária de energia elétrica e aos consumidores, como poderia ocorrer na discussão de tarifas.

O diapasão não soava a direito público apenas na argumentação do MPE, autor da ação coletiva. O insigne professor MIGUEL REALE, autor do parecer favorável à CELPE, juntado às fls. 245/254 dos autos da ação originária, e copiado às fls. 293/302 destes autos, chegou a vislumbrar *in casu* um “poder-dever conferido às concessionárias ou permissionárias de serviço público de energia elétrica para suspender o fornecimento desta nas hipóteses de falta de pagamento ou prática de infrações previstas na legislação especial”.

Por isso, fazia todo sentido, na época da propositura da ação, a citação da União para os fins do art. 47 do CPC, a qual foi promovida pelo autor da ação civil pública em 11/09/1992, conforme a certidão de fl. 158.

Ressalte-se que, no momento da citação, o Ministério Públíco Federal ainda representava a União em juízo, amparado no art. 29 do ADCT, pois não estavam em vigor a supracitada Lei Complementar nº 75/93, antes mencionada, e a Lei Complementar nº 73/93, que organizou a Advocacia Geral da União, dispondo inclusive sobre a forma de citação da União, na pessoa dos funcionários elencados nos seus arts. 35, VI e 38.

O fato é que o MPF, tomando ciência da ação civil pública antes mesmo de ter recebido a citação pela União, manifestou-se nos autos pela ilegitimidade ativa do MPE (fls. 126/131), pois en-

tendeu que o litígio pertencia à esfera da Justiça Federal. Depois, deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar (fl. 356).

E na vigência da LC nº 73/93, a União, já representada pela AGU, permaneceu silente na apelação interposta pela CELPE, bem assim no *mandamus* impetrado pela empresa, para estender efeito suspensivo àquele apelo (fl. 597).

Ocorre que a apelação contra a sentença proferida na ação civil pública – da lavra do então Juiz Federal José Baptista de Almeida Filho, hoje Desembargador Federal e Presidente desta Corte –, chegou ao Tribunal em 1994, mas só foi julgada em 2002.

Aquele período foi marcado por profundas transformações na estrutura do Estado brasileiro, com destaque para as privatizações e o surgimento das agências reguladoras, como a ANEEL, que substituiu o antigo DNAEE com o advento da Lei nº 9.247/96.

A sucessão da União pela agência então criada atingiu o feito originário em nítida hipótese de assistência litisconsorcial – ou litisconsórcio superveniente, como diz Barbosa Moreira –, pois a coisa julgada, potencialmente, iria influir na relação jurídica àquela altura já existente entre a ANEEL, incumbida de defender a portaria do extinto DNAEE, e a coletividade, presente no órgão do *Parquet*.

É o que dispõe o CPC, art. 54:

Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Note-se que a lei facilita a intervenção processual à União e às autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, independentemente da anuência das partes, conforme o disposto no art. 5º da Lei nº 9.469/97.

Assim mesmo, é preciso que se diga, a União e a ANEEL não diligenciaram no sentido da intervenção da agência no processo de origem.

Com efeito. Só agora, depois de quase dezesseis anos contados da sua primeira e única manifestação nos autos da ação civil pública, é que a União vem a juízo, posto que apenas para reiterar o seu interesse processual e defender a legislação que permite o corte de energia (fls. 826/830).

Ultrapassadas as questões das nulidades processuais, passo a examinar a tese de que o acórdão rescindendo, ao proibir a interrupção do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência do usuário, mesmo mediante prévio aviso, teria negado vigência às Leis nº 8.987/95 e nº 9.427/96, contrariando a jurisprudência do STJ sobre a matéria.

Nesse caso, percebe-se que o mérito da rescisória se confunde com o da ação primitiva, vale dizer, o acolhimento do pedido rescindendo implicará a procedência do pleito rescisório.

Pois bem. Este Plenário já enfrentou o problema quando julgou o agravo regimental interposto pela CELPE contra a decisão, da minha lavra, que negou a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda.

Naquela oportunidade, entendi pela aplicação da Súmula 343 do STF, pois, à vista dos precedentes que pude consultar, cheguei à conclusão de que, na época da lavratura do acórdão rescindendo, havia franca controvérsia nos Tribunais – inclusive no colendo STJ – acerca da legalidade das sucessivas normas que dispunham sobre a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes (734/743).

Acontece que, por ampla maioria, o Pleno acompanhou a divergência aberta pelo Desembargador Federal convocado Riccardo Mandarino, no sentido de que o acórdão rescindendo não era teratológico, tecnicamente, mas as suas consequências sim, seriam desastrosas para o setor de energia (cf. notas taquigráficas, fl. 751).

Peço vênia para citar os trechos do voto condutor de fls. 755/764, que explicam por que a respeitável maioria decidiu dessa forma:

Embora entenda que não há teratologia no acórdão rescindendo, posto que proferido em situação em que a jurisprudência, sob os efeitos emocionados da proteção ao consumidor, vinha admitindo proibir o corte de energia elétrica por falta de pagamento, já que se cuida de serviço essencial, e por esse motivo, isto é, por se tratar de serviço essencial, é que a proibição de corte por falta de pagamento há que ser vista com extrema cautela.

A própria disposição do art. 22 do CDC, ao garantir o fornecimento de serviços essenciais, estabelece que isso tem de ser feito de “forma adequada, eficiente, contínua e segura”. Ora, para um serviço ser adequado, eficiente, seguro e contínuo, qualquer que seja ele, necessita de recursos para a sua manutenção. Todos eles, sem exceção, demandam grandes dispêndios financeiros.

No que diz respeito ao fornecimento de energia elétrica, vale lembrar fatos históricos recentes e atuais que, por si só, demonstram o resultado totalmente desarrazoado a que conduziria a execução do acórdão rescindendo. (...)

Imaginemos que a notícia de que existe uma sentença garantindo o fornecimento de energia, independentemente de pagamento, se difunda, como de fato se difundirá, muitos consumidores, diante da primeira dificuldade financeira que lhes acometesse, deixariam de pagar as suas contas de energia. Por sua vez, o vizinho, sabendo que o seu vizinho não paga, também optaria por não pagar e assim, num efeito dominó, até chegar à imensa maioria dos consumidores.

Frente a esse quadro, a empresa concessionária não disporia de recursos para ampliar sua rede de energia nos novos bairros da cidade, tampouco teria dinheiro para instalar transformadores, que viabilizassem o fornecimento de energia aos novos edifícios residenciais e de negócios, comprometendo o próprio funcionamento das cidades.

Não haveria iluminação pública, aumentando a insegurança e os moradores de prédios residenciais deixariam também de ter água potável, eis que necessitam de bombas elétricas para fazê-la subir aos seus apartamentos.

Em uma situação dessa, o consumo de energia aumentaria. Qualquer um poderia pensar, já que não é necessário pagar, por que gastar pouco?!

Pode, à primeira vista, parecer alarmista, de ficção, o quadro acima descrito, mas não é. A empresa agravante demonstrou que o prejuízo anual já soma cerca de 64 milhões de reais, o que tende a aumentar. (...)

Não estou dizendo com isso que jamais se possa admitir que a falta de pagamento gere, sempre, o corte. Nada disso. Eu não teria dúvida nenhuma em conceder uma liminar para assegurar o fornecimento de energia a um consumidor doente, que necessitasse de equipamentos elétricos para manter o seu coração funcionando ou rins fun-

cionando e, por dificuldades financeiras, não pudesse pagar a conta de energia. Cada situação há que ser examinada isoladamente, de forma a garantir o direito do consumidor a um serviço essencial e a garantir a saúde financeira da empresa, a fim de que esse mesmo serviço essencial continue a ser prestado a todos.

O que não é razoável, é proibir-se o corte, independentemente de qualquer pagamento, sem algum motivo plausível. Se fosse assim, seríamos conduzidos a situações extremamente absurdas. À guisa de exemplo, um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, inciso III [da Constituição Federal], é a dignidade da pessoa humana. Por dignidade da pessoa humana, há que se entender o direito a uma boa alimentação. Nem por isso, os consumidores estão autorizados a entrarem nas redes de supermercados e buscarem alimentos sem a contraprestação do pagamento. (...)

Valho-me, finalmente, em socorro ao meu ponto de vista, de decisão recentíssima, da Relatoria do eminentíssimo Ministro Humberto Gomes de Barros, que, revendo posição anterior, entende ser lícito o corte de energia elétrica por falta de pagamento, após prévio aviso, como forma de garantir a própria continuidade do serviço. (...)

O que não se admite, evidentemente, é o corte indiscriminado, sem prévio aviso, tal como determina a disposição do art. 6º § 3º, inciso II, da Lei 8.987/95, que a agravante haverá de observar. (...).

É bem possível que ocorram, no setor elétrico, as calamidades descritas no voto-condutor do agravo, contudo, não acredito que o Judiciário seja o único culpado por essa situação de risco, pois os problemas que chegam aqui devem-se, muitas vezes, à atuação precária dos órgãos fiscalizadores, e a legislação – quase sempre deficiente e lacunosa, é preciso que se diga –, dificulta uma tomada de posição uniforme por parte dos Tribunais.

Mas, como disse, a larga maioria deste Plenário acompanhou a divergência, por isso, ressalvando o meu convencimento a respeito da matéria, adoto como razões de votar o posicionamento do eminentíssimo Desembargador convocado Ricardo Mandarino, acima transscrito.

Nesse diapasão, não faz sentido insistir na invocação da Súmula antes mencionada, até porque tenho me posicionado vezes sem conta neste Plenário, ao julgar ações rescisórias, que tal óbice deve ser afastado não apenas em matéria constitucional, mas também quando servir para a perpetuação de situação aberrantes ao princípio da isonomia.

E, efetivamente, isso viria a ocorrer aqui, porque o grupo de consumidores beneficiários do acórdão rescindendo findaria por guardar o privilégio, que a imensa maioria de usuários do fornecimento de energia elétrica em nosso País não têm, de utilizar a eletricidade sem jamais poder tal serviço ser-lhes suprimido, mesmo diante de reiterada falta de pagamento.

Outrossim, a violação legal por parte do venerando acórdão se consubstanciou ao não haver considerado o disposto no art. 6º, § 3º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, já em vigor ao tempo de sua prolação, que permite, após prévio aviso, a interrupção do serviço (*in casu*, de fornecimento de energia), por inadimplemento do usuário.

Tudo isso posto, acolho o pedido inaugural para desconstituir o *decisum* hostilizado e, nos termos do art. 494 do CPC, julgar improcedente a pretensão formulada na ação civil pública originária.

Deixo de condenar a parte ré ao pagamento de honorários, por ser o Ministério Público isento dos ônus sucumbenciais, conforme preconizado pelo art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Autorizo a restituição, à parte autora, do depósito efetuado *ex vi* do art. 488, II, do CPC.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.078-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Partes Rés: YOLANDA BASSILA OTOCH E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. CARLOS EDUARDO DE LUCENA CASTRO E OUTRO (PARTES R)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. LOCAÇÃO DE IMÓVEL AO INSS POR PRAZO INDETERMINADO. DENÚNCIA NÃO EFETIVADA. ALUGUÉIS DEVIDOS. IMPROCEDÊNCIA.

- Ação rescisória ajuizada pelo INSS com a finalidade de desconstituir sentença que reconheceira o direito dos réus à percepção dos aluguéis referentes a contrato de locação de imóvel por prazo indeterminado firmado entre os mesmos e a Autarquia Previdenciária, em 1980, e prorrogado por prazo indeterminado, em 1990.

- A sentença rescindenda considerou que o INSS não havia denunciado previamente o contrato, avisando do seu desinteresse em prosseguir locando o bem, por escrito e no prazo de 30 (trinta) dias (Lei nº 8.245/91, art. 6º), considerando, portanto, devidos os aluguéis desde 1990.

- No entanto, o autor defende que a inobservância das formalidades da denúncia apenas autoriza o locador a exigir quantia correspondente a 1 (um) mês de aluguel e encargos, vigentes quando da resilição, tudo na forma do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 8.245/91, dispositivo este que entende violado.

- Sem embargo, no processo em que proferida a sentença rescindenda, o INSS não negava ser possuidor do imóvel durante o período apontado pelos ora réus, insurgindo-se somente contra o valor cobrado pelos aluguéis. Demais dis-

so, em 1997, ajuizou ação de reintegração de posse para reaver o imóvel, que havia sido invadido por sem-tetos, demonstrando que ainda agia como seu legítimo possuidor.

- Tratando da matéria, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante à dos autos, decidiu: “A transmissão da posse do imóvel ao locador, contudo, somente se opera com o restabelecimento do seu poder de uso e gozo do bem restituído, induvidosamente inocrecente quando se tem a embaraçá-lo a existência de bens do locatário no seu interior” (STJ, Sexta Turma, REsp 254949/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. em 17/09/2002, publ. DJU de 24/02/2003, pág. 312).

- Ação Rescisória improcedente. Honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social ajuizou a presente ação rescisória contra Yolanda Bassila Otoch, Ivan Jereissati, Espólio de Henrique Barbosa Chaves, Maria Cecília Otoch Chaves, Cláudia Pessoa Otoch e Nelson Otoch, visando à suspensão

da execução da obrigação de fazer decorrente do r. acórdão rescindenda, que, por sua vez, restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGÉIS. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL POR PRAZO INDETERMINADO. EXTINÇÃO. DENÚNCIA POR ESCRITO PELO LOCATÁRIO NO PRAZO DE 30 DIAS.

1. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de 30 dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado. Inteligência do art. 56, parágrafo único, da Lei 8.245/91.

2. A extinção da locação de imóvel por prazo determinado dar-se-á pela denúncia do contrato por escrito nos trinta dias antecedentes à desocupação do imóvel.

3. Apesar de haver o INSS desocupado o imóvel não foi formulada a denúncia escrita do contrato aos locadores, não se havendo por extinta a locação.

4. Remessa oficial improvida.

(Terceira Turma, REOAC nº 191.643/CE, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, julg. em 1º/08/2002, publ. DJU 20/09/2002, trânsito em julgado: 22/10/2002 - fl. 87).

Segundo o INSS, o imóvel de propriedade dos ora réus de fato foi por ele locado em 1980, tendo o contrato durou até 1990, “quando o INSS deixou de utilizar o bem. Contudo, e apesar disso, os proprietários do imóvel ajuizaram, em 1997, ação ordinária pretendendo o reconhecimento de dívida atinente aos aluguéis e consecutários do imóvel, no período compreendido entre julho de 1990 até aquele momento” (fl. 03).

Ainda de acordo com o INSS, a r. decisão viola o art. 5º e o parágrafo único do art. 6º, ambos da Lei nº 8.245/91, *in verbis*:

Art. 5º. Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.
(...).

Art. 6º. O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias.

(...).

Parágrafo único. Na ausência do aviso, o locador poderá exigir quantia correspondente a 1 (um) mês de aluguel e encargos, vigentes quando da resilição.

Ou seja, o autor entende que ainda que tivesse ocorrido o abandono do imóvel e ausência da denúncia escrita do fim da locação, os réus somente fariam jus ao valor correspondente a um mês de aluguel, e não a todos os aluguéis devidos até a data em que proferida a sentença condenatória, posteriormente confirmada pelo acórdão ora rescindendo, que já totalizam R\$ 657.562,39 (seiscentos e cinqüenta e sete mil, quinhentos e sessenta e dois reais e trinta e nove centavos).

O autor indica, também, ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37) e aos arts. 160, I, do Código Civil de 1916 (Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido). Além disso, defende a ocorrência de erro de fato a justificar a rescisão.

Contestando o feito, os réus defenderam a improcedência do pedido, alegando que o INSS de fato abandonou o imóvel sem ter rescindido o contrato de locação, sendo devidos, pois, os aluguéis do período de julho de 1990 até outubro de 2002, nos termos da sentença de primeira instância proferida nos autos da ação de cobrança, não cabendo falar, segundo entendem, em violação a qualquer disposição de lei (fls. 132/149).

Indeferida a medida antecipatória dos efeitos da tutela judicial (fls. 218/220), decisão mantida por este egrégio Pleno, em julgamento de agravo regimental interposto pelo INSS (fls. 242/258).

O Ministério Público Federal, em Parecer lavrado pelo eminente Procurador Regional da República Luciano Mariz Maia, opinou pela improcedência do pedido de rescisão (fls. 232/234).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Segundo o INSS, o imóvel de propriedade dos ora réus de fato foi por ele locado em 1980, tendo o contrato durado até 1990, “quando o INSS deixou de utilizar o bem. Contudo, e apesar disso, os

proprietários do imóvel ajuizaram, em 1997, ação ordinária pretendendo o reconhecimento de dívida atinente aos aluguéis e consecutários do imóvel, no período compreendido entre julho de 1990 até aquele momento". (Fl. 03).

Ainda de acordo com o INSS, a r. decisão rescindenda viola o art. 5º e o parágrafo único do art. 6º, ambos da Lei nº 8.245/91, *in verbis*:

Art. 5º. Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.
(...).

Art. 6º. O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias.
(...).

Parágrafo único. Na ausência do aviso, o locador poderá exigir quantia correspondente a 1 (um) mês de aluguel e encargos, vigentes quando da resilição.

Ou seja, o autor entende que ainda que tivesse ocorrido o abandono do imóvel e ausência da denúncia escrita do fim da locação, os réus somente fariam jus ao valor correspondente a um mês de aluguel, e não a todos os aluguéis devidos até a data em que proferida a sentença condenatória, posteriormente confirmada pelo acórdão ora rescindendo, que já totalizam R\$ 657.562,39 (seiscentos e cinqüenta e sete mil, quinhentos e sessenta e dois reais e trinta e nove centavos).

De fato, na sentença prolatada em 1997, que julgara improcedente o pedido de reintegração de posse, foi reconhecido que o INSS não comprovava ser possuidor do imóvel, para efeito de ser reempossado na mesma.

Sem embargo, é fato que o próprio INSS ajuizou tal ação, o que demonstra que o ele agia, no mínimo até 1997, como legítimo possuidor do imóvel.

Além disso, a sentença rescindenda foi prolatada em uma ação na qual se discutiu apenas o valor dos aluguéis, sem que fosse duvidosa a efetiva posse do imóvel. Tal conclusão pode ser extraída a partir da leitura do seguinte excerto da r. sentença:

Sem embargo, a presente querela notadamente resume-se na discordância havida entre as partes litigantes quanto ao valor do aluguel renovado, argüindo o INSS em sua defesa que dito valor originou-se de um erro que introduziu nos respectivos cálculos uma duplicitade de correção, porquanto no acerto formalizado em novembro/90 foi aplicado indevidamente o BTN de junho de 1989, quando o correto seria aplicar o BTN de dezembro/89, data do último reajuste de preço, o que resultou no cômputo em dobro da correção monetária referente ao período compreendido entre junho/89 a dezembro/90. (Fl. 22).

Assim, entendo que a Lei nº 8.245/91, mesmo se aplicando ao contrato de locação multicitado, não elide a obrigação do INSS de pagar os aluguéis reconhecidos na sentença rescindenda como devidos, simplesmente porque não se pode ter como certa a devolução do imóvel em 1990, ou seja, não é possível afirmar-se que a locação tenha sido extinta naquele ano, pelo contrário, há prova de que ainda em 1997 o INSS defendia a sua posse.

Não se cuida de aplicação da norma do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 8.245/91 simplesmente porque não houve abandono da posse pelo INSS, que apenas discutiu o valor dos aluguers.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. ENTREGA DE CHAVES. RECURSA. NÃO DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL.

1. O poder de denúncia do contrato de locação por prazo indeterminado é de natureza potestativa, estando o seu exercício condicionado à prévia comunicação no prazo assinado pela lei e à transmissão da posse do imóvel ao locador, pela entrega de suas chaves.

2. A transmissão da posse do imóvel ao locador, contudo, somente se opera com o restabelecimento do seu poder de uso e gozo do bem restituído, individualmente incorrente quando se tem a embaraçá-lo a existência de bens do locatário no seu interior.

3. Recurso não conhecido.

(STJ, Sexta Turma, REsp 254.949/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. em 17/09/2002, publ. DJU de 24/02/2003, pág. 312).

Dante de todo o exposto, julgo improcedente a rescisória.
Condeno o INSS a pagar honorários sucumbenciais, no valor de R\$ 500,00 (quinhetos reais).

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA N° 5.782-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Partes A.: JONAS GIRÃO DE SOUZA E OUTROS
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. FLÁVIO JACINTO DA SILVA (PARTES A.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO RESCISÓRIA. TAIFEIROS DA AERONÁUTICA. AUSÊNCIA DA PROVA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DESCISÃO RESCINDENDA. MERA REITERAÇÃO DO FEITO ANTERIOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

- Um dos pressupostos para a propositura da ação rescisória é a existência de decisão meritória transitada em julgado (art. 485, caput, CPC), sendo, em consequência, indispensável para a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o que não ocorreu no caso sub judice. Tal situação, por si só, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito.

- Incabível o ajuizamento da ação rescisória que traz os mesmos argumentos discutidos na ação rescisória anteriormente ajuizada, ou seja, o direito dos autores serem promovidos, na condição de Taifeiros da Aeronáutica, às graduações superiores, até a de Suboficial, com base na Lei nº 3.953/61.

- Precedentes do egrégio STJ.

- Ação rescisória que se extingue, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, extinguir sem resolução de mérito a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de agosto de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de ação rescisória na qual Jonas Girão de Souza e outros buscam desconstituir acórdão com que o Pleno desta Corte, em acórdão relatado pelo eminentíssimo Desembargador Federal Convocado Paulo Machado Cordeiro, julgou procedente uma outra ação rescisória, proposta pela União em face dos ora requerentes. Eis a ementa:

SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. TAIFEIROS. PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL. LEI N° 3.953/61. DECRETO N° 92.577/86. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. PRECEDENTES DO TRF/1ª REGIÃO E DO STJ.

1 - A Lei nº 3.953, de 2 de setembro de 1961, assegura aos Taifeiros da Marinha e da Aeronáutica acesso até a graduação de Suboficial, isentando “atuais taifeiros” (§ 2º, art. 1º) do curso de especialização, mas obrigando-os ao preenchimento dos demais requisitos estabelecidos no § 1º (§ 1º id).

2 - Precedentes do TRF/1ª Região e do STJ.

3 - Ação procedente. (Fl. 38).

Os autores, invocando o art. 485, V, do CPC, sustentam que o referido *decisum*, ao negar-lhes o direito de acesso à graduação de Suboficial, violou flagrantemente as normas inseridas na Lei nº 3.953/61, nos Decretos nºs 364/61 e 68.951/71, na Lei nº 6.880/80, no Decreto nº 92.577/86, e na Portaria 119-GPG – de 02.02.89, publicada no boletim externo da DIRAP nº 14, de 03.02.1989.

Argumentam, ainda, que o acórdão rescindendo desconstituiu o justo direito dos autores à promoção à patente de Suboficial do Quadro de Suboficiais e Sargentos da Aeronáutica (QSS), quando os mesmos preenchiam os requisitos estabelecidos na legislação de regência, uma vez que todos ingressaram na Aeronáutica antes da edição da Lei nº 3.953/61 (fls. 19-28).

Na contestação, a União argüiu as seguintes preliminares:

- a) inépcia da inicial, por ausência de documentos indispensáveis à propositura da demanda, porque não apresentada certidão do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, nem cópia de peças e documentos constantes da ação rescisória precedente (AR 3.069 CE);
- b) impossibilidade de se propor ação rescisória em face de acórdão proferido em outra ação rescisória, quando se pretende unicamente reiterar matéria já decidida no feito anterior.

No mérito, a União argumenta, em suma, que não se verificou qualquer violação a literal dispositivo de lei (fls. 161-173).

Réplica apresentada pelos autores (fls. 203-209).

Apresentadas razões finais pelos autores (fls. 213-231) e pela ré (fl. 232).

Por fim, a douta Procuradoria Regional da República opinou, em preliminar, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, mercê da inépcia da inicial. No mérito, o parecer é pela improcedência da ação rescisória (fls. 234-244).

É o relatório.

Submeti o feito à apreciação da douta Revisão.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Entendo que devem ser acolhidas as preliminares suscitadas pela ré e pelo ilustre representante do MPF, para que a presente ação seja extinta sem exame do mérito.

De início, ao verificar que a presente ação foi proposta apenas com cópia da petição inicial e procurações, determinei à fl. 18, que os requerentes providenciassem a juntada dos documentos indispensáveis à propositura da demanda, dentre os quais a certidão de trânsito em julgado e cópias de peças processuais e demais documentos constantes dos autos da ação originária, para fins de compreensão da controvérsia trazida a Juízo.

Ocorre que, às fls. 33/158 foram colacionadas várias cópias reprográficas que não satisfazem a determinação legal para o conhecimento da presente ação.

Primeiro porque a certidão de fl. 36 não traz em seu bojo a informação da data em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, no caso, a proferida na AR 3.069/CE. Mencionado documento diz apenas que o trânsito em julgado foi certificado à fl. 217 daqueles autos, sem especificar a data. Confira-se:

CERTIFICA, a pedido da parte interessada, que encontra-se em tramitação neste Tribunal a Ação Rescisória nº 2001.05.00.01492-2 - Autora: UNIÃO; Réu: JONAS GIRÃO DE SOUZA e outros. Certifica ainda que em 23.04.2003 a referida ação foi julgada, por maioria, procedente e desta decisão foi interposto pela parte ré recurso especial ao qual foi negado seguimento. Da decisão que negou seguimento ao recurso especial a parte ré interpôs agravo regimental o qual foi julgado e proferida a seguinte decisão: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental". O acórdão da decisão que não conheceu do agravo regimental transitou em julgado, conforme certificado às fl. 217 dos referidos autos.

Segundo, não foi colacionada cópia integral dos fundamentos da decisão que se pretende rescindir. À fl. 38 consta apenas a

ementa da mencionada decisão. As cópias das decisões proferidas no Recurso Especial e no Agravo Regimental interposto no mencionado REsp (fls. 39-43), também colacionadas, são inservíveis porque os fundamentos da petição inicial da ação ora em julgamento demonstram que não se busca rescindir tais decisões.

Ora, um dos pressupostos para a propositura da ação rescisória é a existência de decisão meritória transitada em julgado (art. 485, *caput*, CPC), sendo, em consequência, indispensável para a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo a prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o que não ocorreu no caso *sub judice*. Tal situação, por si só enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito.

De todo modo, ainda que se ultrapassassem essas questões, no caso dos autos se verifica que os fundamentos da pretensão exordial trazem, em linhas gerais, os mesmos argumentos discutidos na ação rescisória anteriormente ajuizada, ou seja, o direito dos autores serem promovidos, na condição de Taifeiros da Aeronaútica, às graduações superiores, até a de Suboficial, com base na Lei nº 3.953/61.

É sabido que a ação rescisória de rescisória somente será cabível “se alguns dos fatos mencionados no art. 485, incisos I a IX, do CPC, tiver ocorrido na relação processual da ação rescisória antecedente” (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 19^a edição: 1997, vol. I, pág. 653).

Nesse sentido, o entendimento do colendo STJ, como se vê dos seguintes julgados:

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 485, V, CPC. EX-COMBATENTE. PENSÃO. LEI 5.315/67. REITERAÇÃO DE ANTERIOR RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que admitido o processamento e julgamento de ação rescisória de ação rescisória, deve-se salientar que o mesmo não tem cabimento quando trata-se de simples reiteração da ação rescisória, tendo por fundamento a mesma questão decidida na anterior, como no caso que se apresenta.

Divergência de posicionamento jurisprudencial, principalmente quando trata-se de caso isolado, eis que a jurispru-

dência desta Corte é mansa no sentido da decisão rescindenda, não dá margem à rescisória.

Precedentes.

Ação extinta, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

(AR 1.555/PE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. em 12.12.2001, *DJU* 01.04.2002).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. VENCIMENTO. REAJUSTE. 26,05%. URP. FEVEREIRO DE 1989. REITERAÇÃO DE RESCISÓRIA ANTERIORMENTE AJUIZADA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Embora seja possível o ajuizamento de ação rescisória visando desconstituir o julgado proferido em outra ação rescisória, inadmissível que a segunda intentada seja apenas reiteração da primeira, por quanto, assim, o pleito se renovaria indefinidamente. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido. Julgo prejudicada a Medida Cautelar nº 6.404, requerida com o escopo de emprestar efeito suspensivo ao recurso.

(REsp 495.283/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 27.05.2003, *DJU* 30.06.2003). Destaquei.

Com esses fundamentos, o meu voto, em preliminar, é no sentido de declarar extinta a presente ação, sem exame do mérito, com amparo no art. 267, IV e VI, do CPC.

Deixo de condenar os autores em custas e honorários advocatícios, em face do requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita, os quais ora tenho por reconhecidos.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A Lei nº 3.953/61 estabelece:

Art. 1º. Fica assegurado aos taifeiros da Marinha e da Aeronáutica, o acesso até a graduação de suboficial, com vencimentos e vantagens relativas à referida graduação.

§ 1º. A seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso, serão efetuados de acordo com a regulamentação exis-

tente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade.

§ 2º. Os atuais taifeiros da Aeronáutica estão isentos do curso de especialização, ficando obrigados, todavia, ao preenchimento dos demais requisitos previstos no parágrafo anterior.

Art. 2º. O Poder Executivo, por intermédio dos Ministérios da Marinha e da Aeronáutica, regulamentará, dentro do prazo de 90 dias a presente lei.

A supracitada lei determina que cada Força Armada proceda à respectiva regulamentação, estabelecendo regras específicas para as promoções na carreira, desde que atendidas aquelas condições. Dessa forma, fica descaracterizada a previsão de idêntica possibilidade de acesso na carreira para os militares da Marinha e da Aeronáutica.

Ao analisarmos o citado diploma legal, fica claro que foi dispensada, no parágrafo segundo, a realização do Curso de Especialização para a promoção dos Taifeiros, devendo, no entanto, serem preenchidos os requisitos relacionados no parágrafo primeiro.

No caso, os autores não provaram o preenchimento de tais requisitos.

Acerca das normas que regulamentaram a referida Lei, entendendo que os requisitos estabelecidos pelos Decretos nº 364/61, nº 68.951/71, nº 89.394/84 e nº 92.577/86 não feriram o princípio da isonomia ao determinar as condições necessárias para a referida ascensão, com base nas especificidades da respectiva Força Armada.

É de se ressaltar que o colendo STJ já firmou entendimento no sentido de que a garantia assegurada aos Taifeiros da Aeronáutica, de acesso à graduação de suboficial sem a necessidade de realização do curso de formação não excluiu a obrigatoriedade de serem aprovados em concurso destinado para tal fim. Cito, nesse sentido, o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MILITAR DA AERONÁUTICA. TAIFEIRO. PROMOÇÃO. CUMPRIMENTO DE REQUISITOS. ISEN-

ÇÃO DO CURSO. NECESSIDADE DE CONCURSO.

Somente no recurso especial o tema sobre a “prescrição” foi suscitado: ausência do necessário prequestionamento. Nos termos da legislação pertinente (Lei 3.953/61 e decretos regulamentares), os taifeiros estão dispensados do Curso de Especialização para fins de promoção, mas, no entanto, devem cumprir os demais requisitos, dentre eles o necessário concurso.

Precedentes.

Recurso provido.

(REsp 503.154/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5^a Turma, DJU 25/08/2003, p. 369)

Da mesma forma, a edição do Decreto nº 3.690/2000 não significou que tenha havido reconhecimento de que as normas anteriormente existentes tenham violado o princípio da isonomia tão clamado em demandas judiciais semelhantes a esta, e preterido a promoção dos taifeiros em tempos pretéritos. Ao contrário, entendendo que tal manifestação apenas se traduz no exercício da competência, de natureza discricionária, do Poder Executivo, em proceder à reestruturação, de acordo com as peculiaridades próprias da carreira dos integrantes da Aeronáutica.

Nesse sentido transcrevo julgados mais recentes do colendo STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. TAIFEIRO DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO PARA SUBOFICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. LEI Nº 3.953/61. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM REGULAMENTO.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requisita não apenas a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

(...)

4. Aos Taifeiros da Aeronáutica foi assegurado o acesso até à graduação de suboficial, ficando, entretanto, ressalvado que a seleção, habilitação, aperfeiçoamento e aces-

so serão efetuados de acordo com a regulamentação existente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 3.953/61).

5. Embora estejam isentos da realização de curso de formação (artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 3.953/61), os Taifeiros da Aeronáutica só terão acesso até a graduação de suboficial depois de realizar concurso destinado para tal fim. Inteligência dos Decretos nº 68.951/71, 89.394/84, 92.577/86 e Portaria nº 1.213/GM3/61. (REsp 325.705/RJ, da minha Relatoria, *in DJ* 24/3/2003).

3. Recurso improvido.

(REsp 392.514/RJ, Ministro Hamilton Carvalhido, *in DJ* 15.12.2003, p. 413).

MANDADO DE SEGURANÇA. MILITARES. TAIFEIROS. PROMOÇÃO. SARGENTO. SUBOFICIAL. REQUISITOS REGULAMENTARES. NÃO ATENDIMENTO. REVISÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

O Decreto 3.690/2000 não possui dispositivo regulamentando a revisão dos atos de aposentadoria já praticados. Precedentes.

A ascensão do militar taifeiro até o grau de Suboficial depende do cumprimento dos requisitos estabelecidos em regulamento. Precedentes.

Segurança denegada.

(STJ - MS 9.066 - DF, Terceira Seção, julg. em 28.04.2004, decisão unânime, publ. 24.05.2004, Relator Ministro Paulo Medina).

O Decreto nº 3.690/2000, revogando o Decreto nº 880/93, veio modificar as normas regulamentadoras da supratranscrita Lei, ao prever, expressamente, em seu art. 44 e parágrafos, a promoção de taifeiros ao último nível do respectivo quadro e à graduação de terceiro-sargento, aos que tiverem, respectivamente, mais de 7 e menos de 14 anos de serviços prestados na graduação de taifeiro.

Não há, pois, ilegalidade a ser corrigida. A matéria trazida a julgamento nestes autos envolve atos jurídicos realizados em conformidade com a legislação vigente à época em que praticados, não se tornando nulos, pois, com a alteração legislativa posterior que expandiu a carreira de taifeiro.

Posto isto, julgo improcedente a presente ação rescisória.
É como voto.

AGRADO INOMINADO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.875-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA
DE ALMEIDA FILHO
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Requerente: UNIÃO
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: SILENE MAURÍCIO DASILVA

***EMENTA: AGRADO INOMINADO. SUSPENSÃO
DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍ-
TICAS PÚBLICAS. SERVIÇOS DE SAÚDE. SE-
PARAÇÃO DOS PODERES. AGRADO INOMINA-
DO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.***

- A União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva ad causam para figurar no feito em que se discute política pública envolvendo tratamento de saúde, haja vista a solidariedade que emerge da exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã.***
- A princípio, não compete ao Judiciário direcionar as verbas orçamentárias do Poder Executivo a pretexto de cumprir as normas referentes à saúde pública.***
- Decisão que não se apresenta consentânea com o princípio da separação dos poderes, na medida em que invade a esfera política do Poder Executivo.***
- Agrado inominado a que se nega provimento.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identifica-

das, acordam os Desembargadores Federais deste Tribunal Regional Federal da 5^a Região, em sessão plenária, realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Recife, 23 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de agravo inominado manejado pelo Ministério Públíco Federal objetivando, sucessivamente, que a Presidência desta Corte, em juízo de retratação, reconsidere a decisão proferida às fls. 53/56, a qual suspendeu, parcialmente, os efeitos da antecipação de tutela proferida nos autos da ação civil pública nº 2007.83.00.019039-7, sob o fundamento de que a amplitude conferida naquela decisão não se conforma ao interesse público, revelando uma impertinente ingerência do judiciário, no que diz respeito ao direcionamento das verbas orçamentárias do governo ou, entendendo de forma diversa, que seja levado o presente recurso ao Pleno, com vistas à reforma da decisão vergastada.

Historia que o MM. Juiz Federal da 2^a Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.83.00.019039-7, teria determinado, em sede de antecipação de tutela, que a União e o Estado de Pernambuco, de forma concorrente, tomassem todas as providências necessárias para proporcionar aos pacientes portadores do mal de Parkinson a prestação de serviços médicos, inclusive com realização de cirurgia neurológica, e, no caso da paciente Silene Maurício da Silva, “a realização de cirurgia, em caráter de urgência, preferencialmente no Hospital da Restauração, fixando multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento da decisão” (v. fl. 85).

Em prol dos seus argumentos, alega que a oponibilidade da exceção da cláusula da reserva do possível não pode ser levanta-

da em relação à saúde pública, visto que esta seria um direito social que ostenta proteção constitucional.

Suscita, ainda, que não se pode privilegiar o interesse público secundário (equilíbrio orçamentário), em detrimento de um interesse público primário (direito à saúde e à vida), dado que a proteção deste último significa, em última análise, atender ao bem geral da coletividade.

Assevera, também, que o valor da multa diária arbitrada na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não tem o condão de comprometer as finanças públicas da União, bem como do Estado de Pernambuco.

Devidamente intimada, a União ofereceu contra-razões (v. fls. 108/115).

O Ministério Público, com vistas, manifestou-se mediante cota nos autos (v. fl. 117).

É o relatório

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

De logo, como já dito quando da apreciação do pedido de provimento liminar, a discussão sobre a competência quanto à atribuição para execução de programas e distribuição de medicamentos de custo vultoso se encontra dirimida na jurisprudência pátria, no sentido de que a União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva *ad causam* para figurar no feito em que se discute tal matéria, haja vista a solidariedade que emerge da exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã, qual textual entendimento do STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.
2. O acórdão *a quo* determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.

4. Agravo regimental não-provido.

(STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 858.899-RS, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, DJ: 30/08/2007).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, B. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a hipótese de cabimento prevista na alínea *b* do permissivo constitucional passou a ser limitada à afronta de lei federal por ato de governo local, transferindo-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar causas que tratam de afronta de lei local em face de lei federal.

2. O Estado não paga honorários advocatícios nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública. Precedentes.

3. Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 318 do Código Civil atual).

4. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp nº 674803-RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ: 06/03.2007)

Outrossim, dada a sua relevância e identidade de fundamento com os valores sociais contemporâneos ressaltados neste incidente, trago a lume recentíssimo precedente do eg. STF, de lúcida clareza e sensibilidade (SS nº 3.231)¹, proferido em 28.05.2007, da lavra da Min. Ellen Gracie, discorrendo sobre questão envolvendo tratamento dos portadores de doenças crônicas que necessitam de medicamentos de alto custo, à semelhança do caso em apreço. No referido precedente, ressaltou-se a importância da assistência pelo Estado – compreendido este no sentido amplo – nos casos de doenças crônicas que exigem cuidados permanentes, no escopo de evitar danos irreparáveis. Ademais, no que toca à atribuição para a execução de programas e distribuição de medicamentos de custo vultoso, infere-se, das razões ali expostas, que a discussão sobre a competência “não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo artigo 196 da Constituição Federal, que obriga todas as esferas de governo a atuarem de forma solidária”.

Ultrapassada esta questão preliminar, sem adentrar o mérito do processo originário, atendo-me, apenas, ao interesse público tutelado pela Lei nº 8.437/92, observa-se que a União Federal não fez prova indene de dúvida de que a decisão ora impugnada, no que tange à determinação da realização da cirurgia em relação à paciente Silene Maurício da Silva, poderia ensejar o efeito advindo das “demandas múltiplas”, não sendo bastante para este fim mera alegação desassociada de um conjunto probatório mínimo, mormente, no particular, em que se avulta questão isolada referente à prestação de serviço de saúde – que possui assento constitucional (CF/88, art. 196) – a uma portadora de doença grave e degenerativa, não traduzindo, por conseguinte, qualquer repercussão de expressão econômica, mesmo que potencial, em relação à Fazenda Pública.

Não obstante, ainda em exame de deliberação, tenho que a amplitude que foi conferida à tutela antecipada hostilizada, no sen-

¹ Decisão extraída do site eletrônico do Supremo Tribunal Federal, disponibilizado no dia 28 de maio de 2007, *in* <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=234006&tip=UN¶m=>

tido de obrigar a União Federal e o Estado de Pernambuco a tomarem as providências necessárias para adquirirem os materiais imprescindíveis aos procedimentos neurocirúrgicos, para todos os portadores do mal de Parkinson existentes no referido Estado, não se conforma ao interesse público, revelando uma impertinente “ingerência do judiciário”, no que diz respeito ao direcionamento das verbas orçamentárias do governo para cumprimento da medida liminar em questão, não se apresentando, por evidência, consentânea com o princípio da separação dos poderes, na medida em que invade a esfera política do Poder Executivo. Neste particular, pois, denota-se potencial vulneração à ordem e à economia públicas.

Nesse diapasão, a multa diária fixada no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por descumprimento da decisão objeto da suspensão de liminar, ora agravada, revela-se, outrossim, danosa à ordem e à economia públicas, ostentando potencialidade lesiva na concreção das obrigações do Estado e metas governamentais, comprometendo, em última análise, a normal implementação de suas políticas públicas.

Sob estes fundamentos, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 320.004-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (CONVOCADO)

Apelantes: JOEL DANTAS DE OLIVEIRA E FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. CLEODON FONSECA E OUTROS (1º APTE.)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTIFICAÇÃO DE CONTRIBUINTE. IMPOSTO DE RENDA. INFORME EQUIVOCADO DE RENDIMENTOS. DADOS FORNECIDOS PELA FONTE (CONDEPE). NOTIFICAÇÃO DO AUTOR PELA RECEI-

TA FEDERAL, MESMO APÓS O ESCLARECIMENTO DOS FATOS, ONDE SE DEMONSTROU A AUSÊNCIA DE CULPA. PAGAMENTO DE MULTA. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS DEVIDOS AO AUTOR, POR PARTE DO ÓRGÃO FORNECEDOR DOS DADOS INCORRETOS.

- Autor que pretendeu ser indenizado por danos morais e materiais, em face de ter sido notificado para regularizar sua situação perante a Receita Federal, que identificou divergência nos seus rendimentos anuais, relativos ao Imposto de Renda do exercício de 1994, Ano-Calendário 1993, cujos dados equivocados foram fornecidos pela repartição a que era vinculado, o Instituto de Planejamento de Pernambuco - CONDEPE.
- Alegações de grave lesão de ordem moral que restaram demonstradas, uma vez que o autor/apelante, um respeitável cidadão e professor universitário, contando com 73 (setenta e três) anos, na época do ajuizamento da ação, após ter sido notificado pela Receita Federal, foi àquela repartição demonstrar que não rendera ensejo ao erro apontado, e, mesmo assim, fora novamente notificado e compelido a pagar a multa.
- Condenação da União e do CONDEPE ao pagamento de, cada um, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ao autor, pelos danos morais a este causados. É um valor que possibilita minimizar o abalo sofrido ao autor, e que, por outro lado, ocasiona, aos réus, um efeito didático para que situações como estas não venham a se repetir.
- Danos materiais devidos ao apelante pelo CONDEPE, relativos à multa e aos juros de mora impostos àquele, eis que, se a sua repartição procedesse com a entrega do documento com as informações corretas, aquele contribuinte não pagaria a referida parcela do imposto de renda, sem esses adendos.

- Condenação imposta à União e ao CONDEPE ao pagamento, dividido entre eles, das custas processuais dispendidas pelo autor e de honorários advocatícios, no valor equivalente a 10% (dez por cento) do valor da condenação, monetariamente atualizados (os honorários) nos termos da Lei 6.899, de 1981.*
- Provimento, em parte, das apelações e da remessa oficial*

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, às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Joel Dantas de Oliveira ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra a União e o Instituto de Planejamento de Pernambuco - CONDEPE, sustentando os seguintes argumentos:

- a) apesar de ter realizado a sua Declaração de Imposto de Renda do exercício de 1994, Ano-Calendário 1993, fazendo constar todas as informações corretas e necessárias para a boa consecução daquele dever, foi notificado, em 1995, pela Receita Federal, através da Notificação nº 5.000.058, que lhe informou que havia irregularidades na referida declaração;

- b) descobriu que as mencionadas irregularidades advieram das informações contraditórias, no tocante aos seus rendimentos tributáveis do referido Ano-Base, fornecidas pelo CONDEPE;
- c) ao se dirigir àquele Instituto, para se certificar do correto valor dos seus rendimentos, obteve um quantitativo totalmente diverso do que, inicialmente, lhe fora fornecido e utilizado em sua declaração de Imposto de Renda;
- d) diante da notificação da Receita Federal, pagou integralmente o valor devido, referente ao crédito principal, conforme a cópia do Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, em anexo;
- e) inconformado com a cobrança de multa de 20% (vinte por cento), bem como pela incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, que incorreu no valor do principal, sem qualquer responsabilidade sua, apresentou, na data de 07/6/95, suas razões de defesa perante a Receita Federal em Pernambuco, onde expôs todo o caso, que culminou na instauração do Processo Administrativo nº 100480. 006146-95-74;
- f) para sua surpresa, foi autuado pela Receita Federal, através do Auto de Infração nº 0410100/01149/99, de 21/02/2000, que fora fundamentado sob a referida Notificação nº 5.000.058, cuja defesa, conforme antes fora relatado, foi apresentada, sem que, até aquela data, não lhe tenha dado a ciência do resultado, eis que, dela, não fora intimado;
- g) a União, sem qualquer respeito ao seu direito de contribuinte de tomar conhecimento do resultado do referido processo administrativo-fiscal, procedeu à sua autuação;
- h) apesar de ciente de que havia declarado o seu imposto de renda de acordo com as normas legais, pagou, em 21/3/2000, o débito em comento, no valor de R\$ 545,23 (quinhentos e quarenta e cinco reais e vinte e três centavos), referente ao saldo restante do valor devido na declaração do imposto de renda do exercício de 1993;

- i) simultaneamente àquele pagamento, apresentou ao CONDEPE um requerimento, expondo os fatos e solicitando providências no sentido de reembolsar ao autor os valores cobrados pela Receita Federal;
- j) o CONDEPE reconheceu o erro apontado, pelo que determinou que fosse emitida uma certidão, esclarecendo os fatos com os valores corretos, para que ele, o autor, pudesse fundamentar o seu requerimento para cancelar a notificação em tela, junto à Receita Federal.

Aduziu, ainda, que foi tratado como um sonegador, quando, na verdade, não teve culpa alguma dos acontecimentos anteriormente narrados, sentindo-se constrangido e moralmente abalado, razão pela qual objetivou a condenação da União Federal, para que lhe fosse paga indenização por danos morais, em razão da sua negligência na observância do devido processo legal.

Requeru, também, que o CONDEPE, causador dos danos e aborrecimentos que culminaram com a referida autuação, fosse condenado ao pagamento da indenização pelos danos morais e materiais suportados, em razão do pagamento indevido de R\$ 481,79 (quatrocentos e oitenta e um reais e setenta e nove centavos), referente aos valores expressos no Auto de Infração MPF nº 0410100/01149/99, cujo montante, relativo aos danos materiais, com arrosto no art. 1.531 do Código Civil, deveria ser pago em dobro, perfazendo R\$ 963,58 (novecentos e sessenta e três reais e cinqüenta e oito centavos).

Pugnou, ainda, pela fixação dos danos morais em valores razoáveis, ao arbítrio do julgador, e dentro dos parâmetros legais previstos, considerando a posição econômica dos requeridos, a intensidade da dor moral, da depressão, do aborrecimento, da vergonha, da humilhação, do constrangimento e do seu desassossego, por ser um cidadão, à época do ajuizamento da presente demanda (2000), contando com 73 (setenta e três) anos de idade, que se deparou com a sua integridade moral denegrida diante dos seus familiares, amigos e ex-colegas de trabalho.

O CONDEPE, ao contestar, sustentou a tese de que o autor não lhe imputara qualquer fato danoso, a não ser a inexatidão do informe de rendimentos do exercício financeiro de 1993. Prosse-

guiu, afirmando que não seria responsabilidade sua a não observância do devido processo legal pela Receita Federal, que foi quem lavrou o Auto de Infração e ameaçou o autor de enviar o seu nome ao CADIN.

Afirmou, também, que caberia ao autor declarar suas rendas, sendo dele a responsabilidade exclusiva, quanto à exatidão das informações prestadas ao Fisco, pois ele seria o melhor conhecedor de tudo que auferisse a título de rendas e que não existe, no ordenamento jurídico pátrio uma norma para obrigar aquele instituto a informar ao autor os seus ganhos patrimoniais.

Pugnou, ainda, que não poderia ser responsabilizado pelo pagamento do tributo devido e as supostas irregularidades no procedimento administrativo não teriam o condão de provocar dano moral, mormente quando o autor saíra vitorioso do processo.

A União (Fazenda Nacional), ao contestar, alegou, em síntese, que competiria privativamente à autoridade administrativa a constituição do crédito tributário através do lançamento. Proseguiu, afirmando que, uma vez constituído o crédito tributário, sua exigibilidade apenas seria suspensa através das hipóteses elencadas em lei, entre as quais não figuraria a impugnação da notificação de lançamento.

Acrescentou, também, que a comunicação enviada ao autor seria enviada a todo e qualquer contribuinte em débito com a Fazenda Nacional e que o referido contribuinte não teria sido constantemente ameaçado de ter seu nome incluso no CADIN, mas, ao contrário do que afirmara, teria sido notificado apenas uma única vez pela Receita Federal. Requereu, ao final, que a ação fosse julgada improcedente.

Réplica às contestações, às fls. 97/101, ratificando as razões expostas na inicial.

O douto Magistrado, ao prolatar a sentença, inferiu que não houve, por parte da União, na pessoa da Receita Federal, qualquer violação a direito público subjetivo do autor, pois, segundo seu entendimento, aquele órgão da administração tributária apenas cumpriu o seu poder-dever legal de lançar e exigir as diferenças encontradas em decorrência do erro atribuído ao CONDEPE.

O emérito Julgador inferiu, ainda, que restou incontroversa a exclusiva responsabilidade do CONDEPE pelo ocorrido, ao cometer o erro de fornecer o comprovante de rendimentos do autor, realizando a discriminação equivocada daqueles valores, situação esta que levou aquele a declarar, de maneira errônea, o seu imposto de renda, culminando com a sua autuação pela Receita Federal, obrigando-o a recolher as diferenças adicionadas ao pagamento de multa e juros de mora, sofrendo, inclusive, a ameaça de ter o seu nome lançado no “tenebroso” CADIN.

Ao decidir acerca do *quantum* indenizatório relativo aos danos materiais, o MM. Juiz considerou que estes ocorreram, tão-somente, em relação ao pagamento da multa, juros de mora e correção monetária, no valor de R\$ 275,95 (duzentos e setenta e cinco reais e noventa e cinco centavos), descabendo a pretensão original do autor, que havia requerido, com arrimo no art. 1.531 do Código Civil, o pagamento, em dobro, dos valores expressos no Auto de Infração MPF nº 0410100/01149/99, o que resultaria em R\$ 963,58 (novecentos e sessenta e três reais e cinqüenta e oito centavos). Entendeu aquele magistrado que o referido artigo do Código Civil é inaplicável à espécie, por ser norma de caráter privado, inaplicável ao disciplinamento das relações tributárias.

No tocante aos danos morais, o douto julgador os arbitrou em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ao final, por considerar que o pedido foi deferido em 70% (setenta por cento) do que fora requerido, aquele sentenciante condenou o CONDEPE a ressarcir o autor no mesmo percentual das custas processuais despendidas pelo autor, atualizadas desde a data do efetivo desembolso e acrescidas de juros de mora legais, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados a partir da citação. O CONDEPE foi condenado, ainda, ao pagamento da verba honorária, na razão de 10% (dez por cento) de 70% (setenta por cento) do valor do total da condenação.

O autor foi, também, condenado ao pagamento de verba honorária ao CONDEPE, no valor de 10% (dez por cento) de 30% (trinta por cento) do valor do total da condenação imposta àquele Instituto. Condenou-se, ainda, o autor, ao pagamento de honorários advocatícios à União (Fazenda Nacional), em 10% (dez por

cento) do valor atribuído à causa, atualizados a partir da data da propositura desta ação.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação, ratificando os seus argumentos expendidos na sua inicial, pugnando, ao final, pela condenação da União em danos morais, pela condenação do CONDEPE ao pagamento da quantia relativa aos danos materiais em dobro, conforme requerido na sua inicial, bem como que fosse majorada a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que foi arbitrada em desfavor do CONDEPE, relativa aos danos morais.

Quanto à sua condenação aos honorários advocatícios, requereu o autor/apelante que ela fosse alterada, de acordo com as seguintes alternativas:

- a) em caso de provimento total do presente apelo, que seja invertido o ônus da sucumbência, para que os apelados paguem a totalidade dos honorários aos seus patronos, cujos valores devam ser prudentemente arbitrados por este Tribunal;
- b) se a sentença for, em parte, mantida, que se exclua por, completo, os honorários, eis que foram vencidos o Autor e os Réus ou, então, que aquela verba honorária seja reduzida de 20% (vinte por cento) para o mínimo previsto em lei, na forma do art. 20 e seguintes do Código de Processo Civil - CPC.

O CONDEPE, por vez, também apelou, reiterando, basicamente, as suas argumentações expostas na sua contestação, pugnando para que não seja responsabilizado pelos danos materiais, muito menos pelos danos morais arbitrados na sentença.

Contra-razões do CONDEPE à apelação do autor às fls. 168/173. Contra-razões do autor à apelação do CONDEPE às fls. 174/180.

É, no que importa, o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Com a devida vénia aos que se posicionam em contrário sentido, estou em que a douta sentença mereça ser, em parte, reformada.

Pretendeu o autor ser indenizado por ter sofrido, segundo o seu entendimento, danos morais e materiais, pelo fato de a Receita Federal tê-lo notificado para que realizasse o pagamento de um débito fiscal referente ao seu Imposto de Renda, sob pena de ter o seu nome incluído no Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais - CADIN.

Segundo o autor, aquela notificação se deu por culpa do Instituto de Planejamento de Pernambuco - CONDEPE, que lhe forneceu informações contraditórias, no tocante aos seus rendimentos tributáveis, que foram informados na sua Declaração de Imposto de Renda do exercício de 1994, Ano-Calendário 1993.

Inconformou-se, também, o autor, por ter sido autuado pela Receita Federal, sem qualquer responsabilidade sua, mesmo após ter apresentado, na data de 07/6/95, suas razões de defesa perante aquele órgão da União, onde expôs todo o caso, que culminou na instauração do Processo Administrativo nº 100480.006146-95-74, de 21/02/2000, que fora fundamentado sob a referida Notificação nº 5.000.058, cuja defesa, conforme antes fora relatado, foi apresentada, sem que, até aquela data, não lhe tenha sido dada a ciência do resultado, eis que, dela, não fora intimado.

Para se configurar o dever de indenizar do Estado, mister se faz que o lesado comprove a existência do dano e o nexo causal entre aquele e a atividade estatal. Estou convencido de que, no caso que ora se examina, o ocorrido causou um grande desconforto e lesão de cunho moral ao autor/apelante, eis que se sucederam, na condição de um respeitável senhor de idade avançada, idas e vindas à sua repartição pública e à Receita Federal, tendo que se explicar por um ato a que não dera ensejo, por puro erro da Administração, adicionado à insistência, por parte do Fisco, mesmo após as devidas explicações e explanações de que não sone-

gara o imposto devido, em lhe cobrar valores consabidamente indevidos.

Em assim sendo, estou em que o suposto evento danoso não foi um mero dissabor, e sim, um verdadeiro dano moral, configurado pela agressão à vida ordeira daquele cidadão, respeitável ancião e professor universitário, possuindo, na época do ocorrido, 73 (setenta e três) anos de idade, cumpridor de suas obrigações, e que se deparou com quebra injusta da naturalidade dos fatos da sua vida, causando-lhe fundadas aflições e angústias no seu espírito. Não há, pois, como se acolher a tese da União e do CONDEPE de que o autor/apelante não teria suportado danos morais.

Verifico, também, a ocorrência do dano material, este bem delineado, de acordo com as bem lançadas palavras do douto julgador monocrático, que passo a transcrever, *in verbis*:

Quanto ao dano material, o autor pretende que o CONDEPE seja condenado a lhe restituir em dobro os R\$ 481,79, que alegou ter pago a mais, a título de Imposto de Renda, em decorrência do erro acima discutido praticado pelo CONDEPE, e fundamenta a dobra no art. 1.531 do Código Civil.

Todavia, mencionada parcela tributária era devida, não tendo o ora autor recolhido em face das informações incorretas que o CONDEPE lhe forneceu. Houve, portanto, dano material apenas quanto à respectiva multa, juros de mora e correção monetária.

Finalmente, de todo incabível a pretensão acerca do recebimento em dobro do valor recolhido aos cofres federais. O art. 1.531 do Código Civil é norma de caráter privado, inaplicável ao disciplinamento das relações tributárias, por expressa vedação legal.

Ademais, se realmente tivesse sido pago tributo maior que o valor devido, caberia a respectiva restituição apenas do valor pago (tributo mais multa de mora, art. 165-166 do CTN), com correção monetária e juros de mora, estes a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença judicial (parágrafo único do art. 167 do CTN), sendo que, para tributos pagos indevidamente a partir de janeiro de 1996, os juros de mora são pela tabela SELIC (Lei nº 9.250/95, art. 39, § 4º), sem correção monetária. E a restituição deveria ser feita pela União Federal, recebedora do respecti-

vo valor, não por parte do CONDEPE, que nada cobrou do ora autor.

Assim, o dano material montou apenas no valor da multa (R\$ 73,44) e juros de mora (R\$ 202,51), conforme atesta o documento de fl. 50, pois se o CONDEPE tivesse entregue o documento com as informações corretas o ora autor teria pago referida parcela do imposto de renda sem esses adendos. É de tais parcelas que o ora autor deve ser resarcido pelo CONDEPE, a título de indenização por danos materiais.

É inquestionável, no caso concreto, o fato de a parte autora haver suportado gravames de ordem moral, ante o fato de ter passado pelo constrangimento acima descrito.

Por isso, há a necessidade de, de forma objetiva, compensar-se o vexame e a dor suportados pela vítima, proporcionando-lhe, na medida do possível, alguma sensação agradável em feito a atenuar a extensão do dano.

A indenização tem, pois, caráter compensatório, podendo residir, inclusive, no simples reconhecimento judicial de que houve o dano e que necessita ser reparado.

Ao se fixar o valor da indenização, é cediço que se deve observar os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, de sorte que, nem haja a fixação de uma quantia exagerada, que se converta em fonte de enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento de outra, nem também numa soma inexpressiva, que não possibilite ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

À espécie, estou em que a União e o CONDEPE devam ser condenados a pagar a quantia de, cada um deles, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ao autor, pelos danos morais a este causados. Penso ser um valor que possibilita minimizar o abalo sofrido ao autor, e que, por outro lado, ocasiona, aos réus, um efeito didático para que situações como estas não venham a se repetir.

Condeno, outrossim, a União e o CONDEPE ao pagamento, dividido entre eles, das custas processuais dispendidas pelo autor e de honorários advocatícios, no valor equivalente a 10% (dez por

cento) do valor da condenação, monetariamente atualizados (os honorários), nos termos da Lei 6.899, de 1981.

Esforçado nessas razões, dou provimento, em parte, às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 373.877-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC E ESTADO DO CEARÁ
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA DA UFC
Advs./Procs.: DRS. STELIO LOPES MENDONÇA JUNIOR E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVÊNIO ENTRE A UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC E ESCOLA DA MAGISTRATURA ESTADUAL DO CEARÁ - ESMEC. CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRITO SENSU (MESTRADO). RESERVA DE VAGAS. MAGISTRADO ESTADUAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA. OCORRÊNCIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- O Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a Universidade Federal do Ceará - UFC, a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC e o Estado do Ceará, em virtude de suposta ofensa ao princípio da isonomia na celebração do convênio firmado entre as partes réis, cujo objetivo consistia em

um programa de ação conjunta que permitisse o funcionamento de uma “turma especial” do curso de Mestrado em Direito, constando na cláusula 2.6 que, na seleção pública para ingresso, pelo menos 7 vagas seriam destinadas a magistrados da Justiça Estadual do Ceará, com seleção realizada em grupo à parte, bem como não se confundindo a classificação do restante dos candidatos não juízes estaduais.

- É certo que as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal/88, mas tal prerrogativa institucional não autoriza atividades dissociadas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentro de uma perspectiva de igualdade material com inclusão social.

- Neste contexto, não há justificativa razoável para reserva de vagas para magistrados estaduais em curso de mestrado, mormente quando promovido por Universidade Federal pública, porquanto a condição de juiz estadual revela situação privilegiada dentro da sociedade brasileira, de logo entremostrando bom nível educacional, social e financeiro; pelo que, a restrição editalícia caracteriza “discriminação negativa”.

- Por outro lado, a teoria do fato consumado, de construção jurisprudencial, embora controversa, tem sido aplicada em situações excepcionais, quando se pretende convalidar situações jurídicas já consolidadas pelo tempo, corroboradas pela demora da prestação jurisdicional, notadamente quando as partes beneficiadas procederam com boa-fé.

- Destarte, considerando a ponderação dos interesses envolvidos na causa, entendo que merecem ser preservados os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica em detrimento ao da legalidade estrita, para, con-

quanto seja reconhecido o vício de inconstitucionalidade que inquia o Edital de seleção pública sob análise, resguardar a situação jurídica daqueles, magistrados ou não, que concluíram o curso de Mestrado em Direito Público da UFC, preenchendo as condições daquele instrumento convocatório publicado em 10 de setembro de 2002, diante da aplicação da teoria do fato consumado.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 373.877-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5^a Região, por unanimidade, em dar parcial provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal do Ceará - UFC, a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC e o Estado do Ceará, em virtude da suposta ofensa ao princípio da isonomia na celebração do convênio firmado entre as partes réis, cujo objetivo consistia em um programa de ação conjunta que permitisse o funcionamento de uma turma do curso de Mestrado em Direito, constando na cláusula 2.6 (fl. 30) que na seleção pública para ingresso pelo menos 7 vagas seriam destinadas a magistrados da Justiça Estadual do Ceará, com seleção realizada em grupo à parte, bem como não se confundindo a classificação do restante dos candidatos não juízes estaduais.

2. Na primeira instância, foi concedida decisão liminar no sentido de suspender os efeitos da mencionada cláusula 2.6 do convênio, sendo, entretanto, tal decisão reformada por este Tribunal Regional, em sede de pedido de suspensão de execução de liminar, cujo despacho, da lavra do Desembargador Federal Geraldo Apoliano, concluiu nos seguintes termos:

Por isso que não preserva a ordem pública (na modalidade ordem jurídica) a decisão judicial que vislumbra o *periculum in mora* onde deveras assim não se apura, eis que o eventual deferimento do pedido, pelo mérito, tal como esvoçado na peça pórtico da ação civil pública, só produzirá efeitos em relação aos magistrados, pondo a salvo os demais operadores que se inscreveram no torneio seletivo, e deixa de preservar a autonomia administrativa ínsita às Instituições Públicas de Ensino Superior (aí incluída a UFC) ao glosar ato jurídico por esta última, em tese, validamente praticado. Isso é melhor que não ocorra.

Esforçado nessas razões DEFIRO o pedido suspensivo. Intime-se. Publique-se. Cautelas. Comunicações. Urgência. (Fl. 57)

3. Em seguito, a Juíza Federal em exercício perante a 2^a Vara da Seção Judiciária do Ceará julgou parcialmente procedente o pedido constante da Ação Civil Pública, declarando a nulidade do item 2.6 da Cláusula Segunda do Convênio celebrado entre a UFC, a ESMEC e o Tribunal de Justiça, condenando a UFC a se abster em oferecer os cursos que mantém direcionados ao público em geral, em convênio com instituições públicas ou particulares, em que haja privilégio de acesso aos membros ou associados; e, por consequência, invalidou o item do Edital de seleção pública para o ingresso no mestrado que continha a concorrência distinta, de modo a viabilizar a concorrência conjunta para todas as vagas.

4. Irresignada, apela a Universidade Federal do Ceará - UFC, aduzindo, em síntese articulada que: a) não houve afronta ao princípio da igualdade, haja vista que o edital ao prever a turma especial para funcionar na ESMEC possibilita a qualquer candidato a participar das duas seleções, tanto a da turma especial quanto a outra; b) a referência ao número de vagas refere-se ao compromisso do Tribunal em liberar apenas sete juízes de suas atividades funcio-

nais para realização do mestrado; c) não destoa da igualdade e isonomia o objetivo da UFC de contribuir para o aperfeiçoamento da magistratura da justiça comum; d) que o critério utilizado pela UFC está amparado por sua autonomia administrativa; e) que a atitude da UFC atende a integração constante entre profissionais da área jurídica, haja vista que a turma especial seria composta por juízes e membros da comunidade jurídica.

5. Apela, ainda, o Estado do Ceará aduzindo que: a) não houve afronta ao princípio da isonomia; b) que o objetivo do convênio está previsto na Constituição, qual seja, contribuir para elevação do nível cultural e intelectual da coletividade na qual se insere, até mesmo o Judiciário.

6. O Ministério Público Federal, apresenta contra-razões defendendo a evidência do malferimento do princípio da isonomia, inexistindo justificativa razoável para a reserva de 7 vagas para os Juízes estaduais, sendo a possibilidade de tratamento diferenciado destinada àqueles que de fato se encontrem em situações desiguais. Prosegue aduzindo que as exigências a que aludem o artigo 44, III, da LDB, devem ser pautadas por um mínimo de razoabilidade.

7. A Procuradoria da República da 5ª Região apresenta parecer opinando pela manutenção da sentença em todos os seus termos, porquanto considera grave ofensa ao princípio da igualdade, afirmando que no edital impugnado, bem como no convênio firmado entre as instituições públicas, há “visível, detestável e reprochável inconstitucionalidade”, sendo tal prática inadmissível neste momento da democracia brasileira.

8. É o relatório.

VOTO

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

1. Como visto no relatório, a Universidade Federal do Ceará firmou convênio com o Tribunal de Justiça do Ceará e a Escola da Magistratura do Ceará, cujo objeto consistiu na “implantação de um programa de ações conjuntas de cooperação científico cultural que permitam o funcionamento de uma turma do curso de Mes-

trado em Direito”, cabendo à Faculdade de Direito a responsabilidade acadêmica do referido curso.

2. Em seguimento, a cláusula 2.6 do aludido convênio estabelecia, textualmente que: “Na seleção a que reporta o item 2.5, anteriormente, pelo menos 7 (sete) vagas serão destinadas a magistrados da Justiça Estadual do Ceará, razão pelo qual apesar de tanto a banca examinadora quanto o conteúdo das provas serem iguais, a seleção dos integrantes das Justiça Estadual será feita em grupo à parte, não se confundindo a classificação do restante dos candidatos não juízes estaduais”.

3. Em cumprimento do pacto acima descrito, em 10 de setembro de 2002, foi publicado Edital tornando pública as condições de habilitação às vagas oferecidas pela Universidade Federal do Ceará - UFC para o Mestrado em Direito, constando no item 6 a oferta de 15 vagas para uma “turma especial”, a funcionar na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC, sendo a seleção dividida em dois grupos de vagas, “sendo 7 (sete) vagas destinadas a juízes da Justiça Estadual e 8 (oito) vagas para terceiros candidatos”.

4. Não merecem prosperar os argumentos trazidos pelos apelantes, UFC e Estado do Ceará, no sentido de que não restou violado o princípio da isonomia, haja vista que os critérios de seleção seriam os mesmos para todos, sendo a simples previsão de reserva de vagas “incapaz de lesar qualquer direitos”, bem como que a Universidade está contribuindo para o aperfeiçoamento da magistratura estadual, estando amparada pela sua autonomia administrativa.

5. É certo que as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal/88, mas tal prerrogativa institucional não autoriza atividades dissociadas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentro de uma perspectiva de igualdade com inclusão social.

6. Pois, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro tem fomentado a implementação das políticas de inclusão social, consideradas como “discriminação positiva”, haja vista que consagra

o direito à igualdade em sentido material, garantido o direito daqueles que se encontram em situação de desvantagem social.

7. Neste contexto, não há justificativa razoável para reserva de vagas para magistrados estaduais em curso de mestrado, mormente quando promovido por universidade federal pública, porquanto a condição de juiz estadual revela situação privilegiada dentro da sociedade brasileira, de logo entremostrando bom nível educacional, social e financeiro; pelo que, a restrição editalícia caracteriza “discriminação negativa”.

8. Em sendo assim, reconheço que o item 6 do Edital para seleção pública para o curso de Mestrado em Direito da UFC incorreu em clara violação ao Princípio da Igualdade, em sua forma mais basilar: reduzindo as oportunidades de uns em benefício de outros, sem qualquer justificativa legítima, sendo forçoso reconhecer sua constitucionalidade.

9. Entretanto, observo que o Edital de seleção para o ingresso no mestrado da UFC previa a realização das provas para dezembro de 2002, e, embora o Juiz na primeira instância tenha suspenso a cláusula impugnada, em 14 de dezembro de 2002, foi deferido o efeito suspensivo à decisão liminar, por decisão monocrática do Desembargador Federal Geraldo Apoliano, possibilitando a realização da seleção com as restrições constantes na redação originária do Edital.

10. Por sua vez, o Ministério Público Federal, ao opor Embargos Declaratórios da sentença, em 17 de dezembro de 2004, dá notícia que o certame se realizou, ao afirmar o seguinte:

Assim diz porque, ao se reconhecer que houve gritante ofensa aos princípios do Direito Administrativo, inexoravelmente haveria de ser anulado o certame em que se concretizou o privilégio em favor dos magistrados cearenses, partindo daí todas as demais consequências decorrentes da invalidação, com a necessária e adequada exclusão de todos os candidatos aprovados que se valeram da indevida previsão editalícia. (Fl. 128)

11. Desse modo, outra conclusão não se chega senão a de que determinados Juízes Estaduais se submeteram a seleção pública, foram aprovados, matriculados, freqüentaram aulas e de-

fenderam suas teses, preencheram todas as condições do Edital e, conseqüentemente, receberam o título de mestre.

12. Assim, não pretendo olvidar as graves conseqüências jurídicas que poderiam advir desta decisão, com incidência direta na vida profissional, especificamente, daqueles que concluíram o curso, razão porque entendo que os efeitos merecem temperamentos.

13. E, neste ponto, merece especial atenção os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, dos quais o Judiciário não pode se afastar, para admitir a aplicação da teoria do fato consumado.

14. De construção jurisprudencial, embora controvertida, a teoria do fato consumado tem sido aplicada, em situações excepcionais, quando se pretende convalidar situações jurídicas já consolidadas pelo tempo, corroboradas pela demora da prestação jurisdicional, notadamente quando as partes beneficiadas procederam com boa-fé.

15. Precisamente neste sentido, temos a orientação do Superior Tribunal de Justiça pelos seguintes precedentes, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM CONCURSO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PREVALÊNCIA E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A aplicação da “a teoria do fato consumado”, em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Precedentes.

2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a “teoria do fato consumado”, quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração.

Efetividade à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 446.077/DF - Embargos de Divergência no Recurso Especial 2004/0127683-8, Ministro Paulo Medina; Órgão Julgador S3 - Terceira Seção, data do julgamento: 10/05/2006, data da publicação *DJ*: 28.06.2006, p. 224)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. CONVALIDAÇÃO E TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, prossegue no certame e é aprovado, e assim permanece no exercício da função por mais de dez anos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 139.279/ES, Agravo Regimental no Recurso Especial 1997/0047046-6; Ministro Hamilton Carvalhido; órgão julgador T6 - Sexta Turma; data da publicação *DJ*: 22.04.2008, p. 1)

16. Isto posto, considerando a ponderação dos interesses envolvidos na causa, entendo que merecem ser preservados os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica em detrimento ao da legalidade estrita, para, con quanto reconheça o vício de constitucionalidade que inquinha o Edital de seleção pública sob análise, resguardar a situação jurídica daqueles que concluíram o curso de Mestrado em Direito Público da UFC, preenchendo as condições daquele instrumento convocatório publicado em 10 de setembro de 2002 (fl. 20).

17. Enfim, dou provimento parcial às apelações no sentido de manter os termos da sentença que declarou a nulidade do item 2.6 do convênio celebrado entre a UFC e o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, e, por conseguinte, reconheceu a nulidade do item 6, a, do Edital de seleção pública publicado em 10.09.02; bem como a condenação no dever de abstenção quanto às novas práticas de restrição apriorística de competitividade nos certames públicos; reconhecida, entretanto, a validade das situações jurídicas daqueles que concluíram o curso sob as condições ilegítimas.

18. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 399.947-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: ADELIA MARIA DE MIRANDA HENRIQUES SOUZA E OUTRO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. LUCIA MARIA DE FIGUEIREDO (APTES.) E ANTONIO XAVIER DE MORAES PRIMO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO REGIDO PELO PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA PREVISTO NA LEI Nº 8.692/93. MUDANÇA DE ATIVIDADE. REDUÇÃO DE RENDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRETENSÃO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIMINUIÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO A PATAMAR INFERIOR AO INICIALMENTE PACTUADO. DESCABIMENTO. MOMENTO DE AMORTIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE DA TAXA REFERENCIAL COMO INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR.

- A mutuária do SFH que alega ter mudado de atividade, deixando de ser profissional liberal para exercer exclusivamente cargo de médico em

quadro efetivo estatal, sem comprovar redução de renda, não pode ver reconhecido em juízo pretenso direito à revisão para menor do valor das prestações do financiamento.

- Suposto direito que não encontra amparo na legislação que regulamenta o contrato do SFH em causa (Lei nº 8.692/93), em disposições da Lei 8.078/90 (CDC) ou no contrato firmado.*
- É admissível a atualização do saldo devedor antes da dedução das parcelas do financiamento, nos contratos do SFH não indexados ao salário-mínimo, e, portanto, não sujeitos às regras do art. 6º da Lei nº 4.380/64.*
- Nos mútuos celebrados após a vigência da Lei nº 8.177/91, nos quais haja previsão de correção monetária do saldo devedor pelo mesmo indexador das cadernetas de poupança, não é ilegal a utilização da Taxa Referencial – exegese da Súmula 295 do colendo STJ.*
- Apelação improvida.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedente a pretensão formulada pelos autores da ação de obter provimento judicial que obrigasse a CEF - Caixa Econômica Fede-

ral, ré na lide, a revisar para menor o valor das prestações de financiamento imobiliário que firmaram sob a égide das normas que regulamentam o SFH.

Sustentam os apelantes que a decisão recorrida não atentou para a legislação e finalidades sociais que balizam o Sistema Financeiro de Habitação, além de cláusulas do contrato, haja vista não ter considerado os índices de reajustes das prestações e encargos estranhos ao PES/CP pactuado, utilizados pela apelada, o que reduziu a capacidade de pagamento das prestações e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; o fato de ter havido a redução de seus vencimentos desde a celebração do mútuo, o que justifica o pedido de redução do valor da prestação para que se ajuste ao teto de 30% de seus atuais rendimentos; a não amortização das prestações pagas, conforme se verifica, assevera, do laudo pericial; e o uso ilegal da TR como indexador de correção monetária da dívida. Cita precedentes jurisprudenciais que entendem albergar as teses que defendem, requerendo, ao final, a modificação da r. sentença, para que seja determinada a revisão das prestações da forma requerida, levando-se em conta, nos reajustes, exclusivamente os aumentos da categoria profissional da autora/apelante, Médica do quadro funcional do Estado de Pernambuco, assim como passe o saldo devedor a ser corrigido pelo INPC.

Oferecidas as contra-razões, subiram os autos, vindo-me conclusos.

Determinei a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Conforme consta do relatório, trata-se de ação em que se discute cláusulas de mútuo habitacional celebrado sob a égide das normas que regulamentam o Sistema Financeiro de Habitação.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes as pretensões deduzidas pelos recorrentes, por verificar que o contrato discutido é regido pelo Plano de Equivalência Salarial - PES, regulamentado pela

Lei nº 8.692/93, e não com base no PES/CP de que trata o Decreto-Lei nº 2.164/84, como alegam os autores da ação/apelantes, sendo assim, comprovado pelo laudo pericial que as prestações, desde quando deixaram de ser adimplidas, não ultrapassavam o percentual de 30% da renda bruta dos demandantes no momento da assinatura do contrato, entendeu como descabida a suspensão dos pagamentos das prestações do mútuo sob o argumento da necessidade da redução do seu valor, em face de alegada diminuição de renda.

Examo os inconformismos manifestados.

*** PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - COMPROMETIMENTO DE RENDA - RENDUÇÃO DE RENDA**

Do que consta dos autos, verifica-se que no momento da contratação, os autores apresentaram comprovação de renda familiar ao agente financeiro no valor de R\$ 3.277,64, sendo composta em 70,47% pelos ganhos da apelante Adélia Maria de Miranda Henriques Souza como Médica Neurologista do quadro efetivo na Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco - Fundação de Saúde Amaury de Medeiros - FUSAM, pela renda por ela obtida, na condição de profissional liberal, pelos serviços prestados como Neurologista Infantil ao Instituto Materno Infantil de Pernambuco (IMIP), além dos ganhos por idênticos serviços, prestados na mesma condição, ao Hospital Geral João XXIII Ltda (fls. 136/145), e 29,53% pelos vencimentos auferidos pelo recorrente William Marconi Queiroz Souza, como Gerente de Vendas da empresa Toda Carne Com. Representações Alimentos Ltda (fl. 146).

Asseveraram os recorrentes que não mais exercem, a apelante, serviço médico-neurológico na condição de profissional liberal, e o apelante, o emprego que tinha no momento da contratação, razões pelas quais, entendem, a prestação deve ser reduzida para se adequar ao padrão remuneratório que atualmente detêm.

Não se preocuparam, no entanto, de trazerem aos autos qualquer prova do que alegam, como, por exemplo, declaração de imposto de renda, declaração dos hospitais contratantes sobre o desinteresse nos serviços medido-neurológico da recorrente, a carteira profissional do apelado onde constasse a rescisão do ví-

culo empregatício, e, ainda, comprovação de motivos incapacitantes para o trabalho, de forma a justificar a drástica redução de renda, somente alegada, a impossibilitar-lhes pagar as prestações que assumiram na obtenção do empréstimo.

Desse modo, tenho que a pretensão dos devedores/apelantes de verem reduzido o valor da prestação para R\$ 184,26, em janeiro/1999 (fl. 16) – bem inferior à parcela inicia contratada, de R\$ 758,38, em 24/10/1995 (fl. 15) –, para adequá-la ao alegado padrão de renda que atualmente detêm, levando em conta apenas o ganho mensal da apelante como Médica Neurológista do Governo do Estado de Pernambuco - FUSAM, em torno de R\$ 913,15 (fls. 113/115), não encontra respaldo nos dispositivos legais e contratuais aos quais se reportam.

Incide no caso, as disposições da Lei nº 8.692/93, que criou o Plano de Comprometimento de Renda (PCR), previsto no contrato, a qual, em seu Artigo 11, assim determina:

Art. 11. O percentual máximo de comprometimento de renda do mutuário nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, correspondente à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário verificada no mês imediatamente anterior, não poderá ser superior a trinta por cento.

§ 1º. Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.

§ 2º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido em contrato, mediante a diliação do prazo de liquidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas. Grifei.

E ainda o que prevê o próprio contrato no parágrafo oitavo de sua cláusula décima segunda, que, em conformidade com o dispositivo legal acima citado, prevê:

Não se aplica o disposto no parágrafo sexto desta cláusula às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao disposto na Cláusula DÉCIMA tenha se verificado em razão da redução da renda, mesmo que por mudança ou perda de emprego, ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes, ou ainda, quando se tratar de DEVEDOR enquadrado no Págrafo Décimo Terceiro desta Cláusula. (Grifos na origem).

Ressalte-se que, como fez ver o MM. Juiz sentenciante, o laudo pericial demonstra que o percentual de 30% de comprometimento de renda estabelecido no pacto, que, como já dito, atende o que dispõe o Artigo 11 da Lei 8.692/93, estava sendo observado pelo agente financeiro apelado quando os recorrentes deixaram de adimplir as prestações – a partir da vencida em 25/11/1997 (fl. 124).

É de frisar-se, ainda, que a redução de renda não permite ao mutuário residir graciosamente no imóvel adquirido com recursos que financiam o Sistema Financeiro de Habitação. A conduta própria do devedor é renegociar as condições de amortização, buscando adequar o novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liquidação do financiamento, conforme prevê o § 2º do artigo 11 da Lei 8.692/93, fazendo as devidas comprovações, é evidente, perante o agente financeiro.

No caso em deslinde, os mutuários/apelantes somente tiveram a preocupação de procurar o agente financeiro “na tentativa de fazer um acordo para quitação do saldo devedor”, conforme suas próprias alegações à fl. 155, quando a execução extrajudicial já estava em curso, e o imóvel em hasta pública. Não obtendo êxito na transação pretendida, é que vieram, através da presente ação, na qual sequer depositam as prestações no valor que entendem devidas, para inibir a mora e demonstrar a boa-fé na discussão judicial.

A jurisprudência, em casos como o presente, firma-se em sentido contrário à pretensão de reduzir-se a prestação do mútuo, conforme os arestos, inclusive desta egrégia Quarta Turma, que, a título de ilustração, peço vênia para transcrever:

CASA PRÓPRIA. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR E DAS PRESTAÇÕES MENSAIS. REDUÇÃO DA RENDA FAMILIAR.

(...)

- Diminuição da renda familiar que não repercute no montante da prestação mensal, não só por força de expressa estipulação pactual, como também diante do disposto no art. 11, § 1º, da Lei nº 8.692, de 28.07.93.

- (...) (STJ, REsp 228.031-RS, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, julg. 14/12/2000, DJ 19/03/2001 p. 114, v.u.) - grifei.

SFH. CONTRATO DE MÚTUO. AUTOR DESEMPREGADO. REVISÃO DO CONTRATO. CORREÇÃO DAS PRESTAÇÕES. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. PEDIDO DE DEPÓSITO CONSIGNATÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO.

I - Não é razoável a alegação de desemprego superveniente do autor como causa imprevisível a ensejar a revisão contratual. Especialmente para os que trabalham na iniciativa privada como corretor, caso do apelante. Tal contingência deve ser mensurada no momento de decidir sobre a viabilidade de contratar, eis que são conhecidas de todos as dificuldades advindas das sucessivas crises que assolam o País, não havendo qualquer surpresa nesta circunstância.

II - Questões como a que ora se põe sob apreciação não podem ser consideradas de maneira isolada pelo magistrado. Deve se levar em conta que são milhares os que se encontram em idêntica situação, e precedentes como o que se impugna neste recurso pode acarretar consequências extremamente graves para todo o sistema.

III - Entendimento desta Corte no sentido de que “havendo previsão no contrato de opção pelo plano de equivalência salarial, o critério de reajuste das prestações não pode ser diverso daquele empregado no reajuste da remuneração da categoria profissional do mutuário”. (AC 318005, Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, julgado em 30/11/2004, DJ de 07/03/2005).

IV - Impossibilidade de acolher o pedido de depósito consignatório. Os fundamentos apresentados pelos apelantes não ensejam o deferimento do pleito ante a irrazoabilidade do requerimento de depositar apenas R\$ 64,00 (ses-

senta e quatro reais), valor inferior ao que se obrigaram no início do contrato em março de 1991.

V - Apelação a que se nega provimento. (TRF 5^a Reg., AC 293.347-PE, 4^a T., Rel. Des. Fed. Conv. Ivan Lira de Carvalho, julg. 14/06/2005, *DJ* 19/07/2005 p. 615, j. u.) grifei.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL POR CATEGORIA PROFISSIONAL. REDUÇÃO DE RENDA. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

(...)

2. **À míngua de prova para comprovar a real perda de renda do mutuário, em confronto com o laudo pericial que diz ter havido cumprimento do patamar de comprometimento salarial inicial, o pedido deve ser julgado improcedente, especialmente em face da insuficiência de depósito.**

(...) (TRF 1^a Reg., 3^a T., Rel. Des. Federal Vallisney de Souza Oliveira (Conv), julg. 18/09/2002, *DJ* 16/10/2003 p. 138, v.u.) - grifei.

SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. APLICABILIDADE DA TR.

- **A redução de renda familiar em decorrência de perda ou mudança de emprego há que ser resolvida nos moldes estabelecidos no contrato.**

- (...) (TRF 2^a Reg., 6^a T., AC 204193-RJ, Rel. Des. Federal Fernando Marques, julg. 28/02/2007, *DJ* 14/03/2007, p. 188, v.u.) - grifei.

ADMINISTRATIVO. SFH. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. COMPROMETIMENTO DA RENDA. INOVAÇÃO RECURSAL. DIREITO À RENEGOCIAÇÃO COM ELASTECIMENTO DO PRAZO CONTRATUAL.

- **Inexplicável a redução dos salários do mutuário da ordem de um quarto. A redução substancial de renda, que implique quebra de relação sinalagmática e da comutatividade do contrato, não autoriza o aviltamento do valor da prestação e o rompimento da equação econômico-financeira do ajuste. Hipótese em que somente a renegociação contratual, com elasteci-**

mento do prazo contratual – não pleiteada – poderia resolver.

- Ressalva de direito e conhecimento parcial do recurso, para, no ponto, negar-lhe provimento. (TRF 4^a Reg., AC 199804010254277-PR, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, julg. 26/10/2000, DJ 17/01/2001 p. 405, v.u.) - grifei.

Mantenho, portanto, a r. sentença no que decidiu acerca do comprometimento de renda dos devedores/apelantes.

*** AMORTIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES**

Em resposta à pergunta número três do apelante (fl. 126), a perita é categórica no seu laudo ao afirmar que as prestações pagas estão sendo devidamente abatidas do saldo da dívida.

As considerações feitas pelas partes acerca das conclusões do laudo produzido pela perita nomeada, fls. 122 a 128, não deslustram o seu teor, de forma que não há óbice ao seu acolhimento.

No mais, no concernente ao momento em que deve ocorrer a amortização das prestações, entendo que saldo devedor deve, primeiramente, ser corrigido, para, logo após, ser amortizado. Não assiste razão aos apelantes, quando defendem o contrário, evocando em seu favor a Lei nº 4.380/64.

Ocorre que a referida norma, consoante o disposto nos seus artigos 5º e 6º, regula a forma e os requisitos para aplicação da correção monetária ao contrato de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação que prevê a indexação das prestações à variação do salário-mínimo.

O artigo 6º da Lei nº 4.380/64, faz algumas exigências para que se efetue o reajustamento das prestações de acordo com a variação do salário mínimo e posterior correção monetária, entre eles, que a amortização do saldo devedor deveria anteceder a correção do mesmo.

Esse dispositivo de lei, como já reconheceu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Representação nº 1.288-DF) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 6.908-BA, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, DJ 18.03.1991), foi parcialmente revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66, que vedou a indexação

da prestação ao salário-mínimo para os imóveis cujo valor superasse 75 (setenta e cinco) salários-mínimos e tornou obrigatória a cláusula de correção monetária em todos os contratos de SFH.

Neste caso particular, o contrato não prevê a indexação de suas prestações ao salário-mínimo, nem atribuiu ao imóvel valor venal inferior a 75 salários-mínimos, circunstâncias que afastam a incidência do artigo 6º da Lei nº 4.380/64.

Acrescente-se que o critério utilizado pela CEF – de atualização do saldo devedor previamente à sua amortização – tem amparo na lógica do contrato, uma vez que a prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, sendo este valor, que constitui o saldo devedor, aquilo que se pretende remunerar, e não o valor do saldo devedor subtraído do que foi pago na primeira parcela.

Com efeito, pretender o contrário fere a lógica do financiamento, pois, nesse caso, o mutuário terá permanecido com a disponibilidade do montante emprestado por trinta dias, devolvendo-o com idêntico valor nominal, porém com menor valor real, situação que trará prejuízo ao detentor do capital.

* CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR - TAXA REFERENCIAL

O contrato discutido foi firmado em 24 de junho de 1995 (fl. 28), portanto, já na vigência da Lei nº 8.177/91 e, em sua cláusula nona, prevê a atualização do saldo devedor com base no coeficiente aplicável aos depósitos de poupança, que hoje é a Taxa Referencial, não havendo qualquer ilegalidade em sua utilização, conforme o tranquilo entendimento jurisprudencial sobre a matéria, espe- lhado no enunciado da Súmula nº 295 do c. STJ, de seguinte teor:

A taxa referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada.

Não merece acolhida, portanto, a irresignação no que tange a correção monetária do saldo devedor pela Taxa Referencial.

Com essas considerações, e na esteira dos precedentes colacionados, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 417.488-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: INÁCIO MANOEL DO NASCIMENTO
Apelados: UNIÃO E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU
Advs./Procs.: DRS. ALCIDES PEREIRA DE FRANCA E OUTRO
(APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). LICITAÇÃO. CONVÊNIO. INEXECUÇÃO DO CONTRATO. IRREGULARIDADES. CONDENAÇÃO. RESSARCIMENTO DO CRÉDITO DA UNIÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA.

- *O Tribunal de Contas da União constatou a existência de inúmeras irregularidades na execução do Convênio n.º 006/96, firmado entre o Município de Nazaré da Mata e a FUNASA, para a construção de 400 (quatrocentas) privadas higiênicas.*

- *Em apertada síntese, teriam sido as seguintes: a) o uso da modalidade licitatória “convite” para valores superiores ao previsto em lei; b) contratação fraudulenta de empresa, cujos reais sócios não reconhecem as assinaturas existentes no contrato; c) a execução de obras em total desacordo, seja numérico, seja qualitativo, ao previsto no convênio, tornando-as inservíveis para o fim almejado; d) a construção de privadas em locais distintos dos indicados no termo.*

- *Houve a reverência adequada ao princípio do devido processo legal, tanto das comissões de vistoria, como do TCU, pois as inspeções foram acompanhadas por um representante do réu/apelante e dada inúmeras oportunidades para ele se pronunciar quanto às supostas irregularidades, inclusive com ampliação do prazo para apresentar defesa.*

- Responsabilidade do prefeito imposta pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, por ser a autoridade máxima do Poder Executivo municipal e o ordenador de despesas, respondendo, inclusive, pela legalidade dos atos administrativos de seus prepostos.*
- Apelação cível desprovida.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação cível, e, por maioria, denegar a medida cautelar, vencido o Relator, nos termos do voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 19 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Inácio Manoel do Nascimento interpôs apelação contra sentença, fls. 639/646, da lavra do MM Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada na Ação Ordinária nº 2004.83.00.012879-4.

O autor narra ter exercido o cargo de prefeito do Município de Nazaré da Mata, Estado de Pernambuco, entre 1993 e 1996, e firmado o Convênio nº 006/96 junto à FUNASA para a construção de 400 (quatrocentas) privadas higiênicas, cuja verba federal foi de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), figurando como empresa contratada a Serviterra Ltda.

Em razão de auditoria do Tribunal de Contas da União, porém, teriam sido constatadas diversas irregularidades – fraude à licitação, má-qualidade das obras e construção de unidades em número inferior e locais distintos do acordado –, sendo-lhe imposta a

sanção de ressarcimento atualizado de toda a verba, além do pagamento de multa em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Almeja a anulação dessa decisão, ao fundamento de ter havido afronta ao devido processo legal, pois as inspeções locais do TCU “não tiveram o acompanhamento de profissional assistente indicado pelo autor”, cuja presença seria fundamental para serem localizadas todas as obras. Razão pela qual, aliás, teria havido divergência entre três vistorias do Tribunal quanto ao número de privadas construídas.

Ademais, sustenta que lhe fora subtraído o acesso a vários documentos trazidos aos autos do processo do TCU pela empresa privada contratada para realizar as obras.

Para melhor visão da lide, transcrevem-se abaixo os fundamentos do voto do Relator, o Ministro Benjamin Zymler, consagrados à unanimidade perante a 2^a Câmara do TCU, *in verbis*, fls. 182/184:

1. Conforme registrado no Relatório supra, houve repasse ao município, por meio do Convênio FNS nº 006/96, de recursos para construção de 400 privadas higiênicas em 12 comunidades do município. Em razão de irregularidades na gestão dos respectivos recursos, que consistiram na inexecução do objeto pactuado, foi o responsável citado em solidariedade com a empresa Serviterra Ltda.

2. Inspeção realizada pela Coordenação Regional de Pernambuco da FNS, realizada em 1/4/1997, acusou que:

- a Prefeitura de Nazaré da Mata/PE atestara a confecção de 500 privadas higiênicas;
- “Das 12 (doze) comunidades relacionadas como tendo recebido as melhorias, apenas em uma delas foram encontradas as construções, mesmo assim, em uma quantidade bem inferior à relatada pelo município”;
- apenas 88 privadas haviam sido executadas; e
- tais privadas não apresentavam qualidade técnica e não atendiam aos objetivos do convênio.

3. Em seguida, a Secretaria de Controle Interno, após realizar inspeção em 1/7/1997, registrou que havia sido identificada a confecção de apenas 88 privadas. Observou, contudo, que:

- "... em nenhuma das privadas existe ponto de água, bacia sanitária de louça c/ fixação, tampa e demais acessórios, chuveiro plástico, nem registro de gaveta c/ canopla de 3/4", conforme especificação do projeto (fl. 38)"; e
- que as obras não atendiam às especificações constantes do Plano de Trabalho.

4. Veja-se, pois, que deve-se considerar não realizado o objeto pactuado, visto que, além de terem sido as privadas higiênicas confeccionadas em número muito inferior ao previsto no Plano do Trabalho do Convênio, não apresentavam condições mínimas de qualidade, conforme se pode depreender do trecho do Relatório de inspeção realizada pela Secretaria Federal de Controle Interno acima transcrita.

5. Observo, ainda, que, a despeito de haver sido apontada em Relatório de Fiscalização elaborado pela FUNASA a realização de parte do objeto, (nesse relatório foram identificadas 374 privadas higiênicas no município), a grande maioria das fossas estavam situadas em localidades distintas das constantes no Plano de Trabalho do Convênio em exame. Ademais, foi apontado pela fiscalização que grande parte dessas privadas apresentava-se em péssimas condições.

6. Além disso, a vistoria efetuada pela FUNASA apenas foi concluída em 22/12/2000, muito tempo, portanto, após a data de encerramento da vigência desse Convênio (28/2/1997). Por esse motivo, não se poderia sequer garantir que tais fossas tivessem sido confeccionadas com recursos oriundos do convênio em exame.

7. Os elementos de convicção acima explicitados já seriam suficientes para a conclusão de que os recursos repassados por conta do mencionado convênio não foram corretamente utilizados. Há, além disso, provas robustas de que o Sr. ex-Prefeito simulou a realização de procedimento licitatório para execução do objeto pactuado, mediante contratação da empresa Serviterra Ltda.

8. Anoto, inclusive, que o responsável foi chamado a se justificar sobre as seguintes ocorrências, que revelavam a ocorrência de procedimento licitatório fraudulento, sem que a mencionada empresa tenha sequer participado do procedimento licitatório:

- a) celebração de contrato com a empresa SERVITER-RA Ltda., representada por pessoa que afirma não

haver participado de tal ato e que afirma sequer possuir poderes de representação da referida empresa;

b) assinatura de contrato com empresa que, comprovadamente, não possui registro no CREA/PE, nem possui escritório ou instalações no endereço fornecido e cujo capital registrado na JUCEPE não possui expressão monetária (nulo);

c) recebimento de notas fiscais e recibos falsos, haja vista que: I) os sócios da empresa SERVITERRA Ltda. apresentaram talão contendo notas fiscais de idêntico intervalo de numeração, algumas ainda sem qualquer uso; II) o suposto representante da empresa negou qualquer negócio realizado com a Prefeitura de Nazaré da Mata/PE; III) as assinaturas constantes do contrato e recibos não coincidem com a do Sr. José Duarte Alves de Miranda; d) realização de certame licitatório (Convite nº 042/96) para contratação de valor superior ao permitido, à época, para a modalidade Convite, em afronta ao art. 23, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.666/93.

9. As razões de justificativa apresentadas pelo Sr. ex-Prefeito foram examinadas nos itens 39 a 42 da instrução do Sr. Analista contida no Relatório supra e que incorporo ao presente Voto, como razões de decidir.

[REPRODUÇÃO INCIDENTAL DOS ITENS]

39. Em resposta, o Sr. Inácio Manoel dos Santos, em peça (fls. 316 a 324) subscrita conjuntamente com seu advogado, o Sr. Alcides Pereira de França, alegou que, na qualidade de ex-prefeito do Município de Nazaré da Mata (PE), “é a pessoa que menor ou nenhuma responsabilidade” (fl. 316) possui em relação às irregularidades apontadas pelo ofício de audiência.

40. Para consubstanciar tal tese, os autores da peça de defesa começam por invocar o artigo 51 da Lei nº 8.666/93, que trata de algumas das competências de comissão de licitação. Citam, a seguir, comunicação interna pela qual o ex-prefeito autorizou a deflagração do processo licitatório que culminou com a indigitada “contratação” fraudulenta. Reproduzem, desnecessariamente, na íntegra, os artigos 27 a 32 da lei de licitações, para, então, observarem que “ao Prefeito *in casu*, no final do processo licitatório, coube apenas aprovar a adjudica-

ção exarada pela Comissão Permanente de Licitação, o que fez consciente de que não havia qualquer defeito jurídico” no certame, “vez que é dever dos agentes responsáveis pela licitação, desde a primeira fase (habilitação), aferir toda a documentação apresentada pelas empresas licitantes e pelos seus representantes”. Sincelamente, concluem por afirmar que, “se a posteriori restar comprovada a inidoneidade de qualquer licitante, seja [pela] apresentação de documentos falsos, seja pelo descumprimento do contrato, ou qualquer ato desabonador de sua conduta, a ela (comissão de licitação) e aos seus responsáveis cabe a total responsabilidade pelo ilícito, ou de quem tenha concorrido para que o mesmo se efetivasse, que não é o caso do então Prefeito”. Por fim, alegam, equivocadamente, que o limite para a adoção da modalidade Convite, vigente à época da licitação impugnada, era de R\$ 150.000,00. Conforme consignado pela instrução antecedente, “a Portaria MARE nº 2115, com vigência de 09.07 a 06.08.1996, estabeleceu o valor de R\$ 146.660,56 como limite para contratações de obras e serviços de engenharia na modalidade Convite”.

41. A tese de isenção de responsabilidade do Prefeito pelas fraudes que se verifiquem nos processos licitatórios conduzidos no âmbito da prefeitura não pode prosperar por uma razão simples : o Prefeito é o responsável pela homologação do certame e a ele compete, na sua qualidade de autoridade maior dos processos licitatórios zelar pela licitude de todos os atos do procedimento. Deste ponto de vista por conseguinte, sua responsabilidade é absolutamente inafastável.

42. A insistência do ex-prefeito em alegar defesa, mesmo ante os fatos aqui constatados em seu desfavor, obrigam a que se observem indícios de má-fé. Além disso, as graves irregularidades constatadas nos autos desta tomada de contas especial merecem o encaminhamento ao Ministério Público para a adoção das medidas cabíveis.

[ENCERRAMENTO DA TRANSCRIÇÃO INCIDENTAL]

Ressalto (...) que não merece acolhida a alegação de que caberia à Comissão de Licitação identificar a irregularidade consistente na contratação fraudulenta da empresa Servi-

terra Ltda., visto que não se poderia considerar razoável que a mencionada fraude pudesse se consumar sem o conhecimento do responsável pela gestão daqueles recursos, que era a autoridade competente para homologação do referido certame.

10. Na verdade, tais elementos de convicção impõem a conclusão de que aquele ex-Prefeito foi o responsável pela concepção e implementação dos atos fraudulentos descritos no Relatório e no presente Voto. Tais atos, além de justificarem julgamento pela irregularidade das presentes contas, com imputação de débito ao responsável, impõem a cominação de multa do art. 57 da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Considero, ainda, conveniente remeter ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e à Câmara de Vereadores daquele município cópia do Acórdão que se segue, assim como do presente Voto e do Relatório supra, tendo em vista a natureza das irregularidades verificadas nestes autos, cuja sistemática pode ter se repetido em ações implementadas com recursos estaduais ou municipais.

11. Necessário, por último, acatar as alegações de defesa apresentadas pela Construtora Serviterra Ltda., por haver restado demonstrada a não participação dessa empresa nas irregularidades verificadas no presente feito, consoante anotado nos itens 19 e 20 da instrução acima transcrita.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à apreciação desta Segunda Turma.

O recurso apelatório foi recebido no duplo efeito e traz, à guisa de preliminar, a alegação de nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Contra-razões da União, fls. 659/673.

Chamado a se pronunciar, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso, consoante parecer às fls. 678/683 do ilustre Procurador Regional da República Fábio George Cruz da Nóbrega.

Por fim, convém registrar pedido de liminar para suspender a eficácia do decisório do TCU, até o julgamento da lide, para garantir ao apelante a sua elegibilidade junto ao egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, fls. 686/695.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O apelante ventila, preliminarmente, a nulidade absoluta da sentença, pois esta adotara como razões de decidir o parecer ministerial de primeira instância, contendo “poucas linhas da lavra do MM. Juiz *a quo*”, fl. 651.

Essa tese não merece, entretanto, maiores digressões. A jurisprudência é tranqüila no sentido de inexistência de qualquer nódoa legal, mesmo quando o magistrado adota integralmente como seus os fundamentos delineados pelo Ministério Público, desde que abordadas todas as questões essenciais e de ordem pública imprescindíveis à solução da lide.

Nesse sentido, apontaríamos: STJ, HC nº 62.083-SE, Relator o Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, unânime, julgado em 14.11.2006; TRF da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 86.873-CE, Relator o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Quarta Turma, unânime, julgado em 29.06.2004

Rejeitada a preliminar, ingressa-se no mérito causal.

Na singela exordial da ação ordinária de anulação da decisão colegiada do Tribunal de Contas da União, a irresignação apóia-se unicamente numa suposta afronta ao devido processo legal: as inspeções técnicas “não tiveram o acompanhamento de profissional assistente indicado pelo autor” e não lhe fora dado acesso aos documentos apresentados pela Serviterra Ltda. junto ao TCU.

Analizando os autos, todavia, essa alegação não encontra nenhum respaldo probatório. Ao contrário, inúmeras peças levam à inequívoca conclusão de respeito à defesa ampla do ora apelante. Destaquemos algumas:

1. Ofício nº 2060/00 da FUNASA, solicitando a sua participação ou de representante para fiscalização local, fl. 22;
2. Ofício nº 2063/00, de idêntico teor, renovando o prazo, fl. 24;
3. Relatório de acompanhamento técnico de convênios, da FUNASA, subscrito por Antônio Gonçalves de Santana, representante do ex-prefeito, fls. 29 e segs., pessoa

- expressamente indicada por ele por meio do Ofício nº 39/97, fls. 250/251;
4. Ofício nº 103/98 da FUNASA, noticiando ter verificado total descumprimento do objeto conveniado e dando-lhe o prazo de 10 (dez) dias para prestar justificativas, fl. 255;
 5. Notificação da Comissão de Tomadas de Contas Especial da FUNASA para apresentar defesa em 15 (quinze) dias, fl. 273;
 6. Citação regular do TCU, fl. 59;
 7. Deferimento de prorrogação de prazo para defesa, fl. 67;
 8. Ofício nº 1038/2002, intimando-o para audiência de esclarecimento das irregularidades apontadas por vistoria, concedendo-lhe 15 (quinze) dias, via AR, fls. 132/134;
 9. Notificação da decisão da 2ª Câmara do TCU, obrigando-o ao ressarcimento dos valores recebidos do convênio e ao pagamento de multa, fl. 191.

Igualmente não merece acolhida a alegação de violação do princípio do contraditório por suposta falta de acesso a “documentos” da Serviterra Ltda.

Observe-se em relação a este ponto que os donos da citada empresa apresentaram defesa perante o TCU, declarando o seguinte, fls. 121/125:

Permissa máxima vénia et ad argumentandum tantum, as próprias assinaturas firmadas no Contrato de Construção à fl. 145 dos autos do próprio processo administrativo nº 000.735/2000-4, não pertencem a nenhum dos sócios da Empresa Serviterra Ltda., nem tão pouco é do sr. José Duarte Alves de Miranda, que inclusive sequer tem qualquer poder de representação social da dita sociedade, tudo como bem possa ser perciado em comparação às próprias assinaturas que firmam a presente defesa.

Ora, quanto a essa declaração o réu/apelante teve acesso e oportunidade para se posicionar, e de fato o fez, atribuindo a culpa à comissão de licitação, mas essa defesa foi rechaçada pelo TCU.

Realmente, não poderia ter outro destino. Afinal, o prefeito, como autoridade máxima do Poder Executivo municipal e ordenador de despesas, responde diretamente pela legalidade dos atos administrativos, inclusive de seus prepostos, nos termos do Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inciso III, de seguinte dicção:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

- I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
 - II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;
 - III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;
- (*omissis*) [grifo nosso]

Nessa trilha, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO - TRIBUNAL DE CONTAS: FUNÇÕES (ARTS. 49, IX, C/C 71 DA CF/88).

1. O Tribunal de Contas tem como atribuição apreciar e emitir pareceres sobre as contas públicas (inciso I do art. 71 da CF/88), ou julgar as contas (inciso II do mesmo artigo).
2. As contas dos agentes políticos – Prefeito, Governador e Presidente da República – são julgadas pelo Executivo, mas as contas dos ordenadores de despesas são julgadas pela Corte de Contas.
3. Prefeito Municipal que, como ordenador de despesas, comete ato de improbidade, sendo julgado pelo Tribunal de Contas.
4. Recurso ordinário improvido.

(ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 13.499. Processo: 200100919647. UF: CE Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 13/08/2002, Documento: STJ000455118, ROMS 13.499/CE, Segunda Turma, Decisão: 13/08/2002, DJ data: 14/10/2002, página: 198, Relator Eliana Calmon)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO DO NOME DO MUNICÍPIO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE RECEBIMENTO DE REPASSE POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PARTE DE EX-PREFEITO. ILEGITIMIDADE.

1. Em direito financeiro, a responsabilidade pelas infrações à regular aplicação dos recursos públicos é do ordenador de despesas, ao qual cabe demonstrar a regularidade de sua atuação administrativa (Carta Magna, art. 70, parágrafo

fo único; Lei 8.443/92, arts. 1º, I; 5º, VII e 19). Precedentes do STF.

(*omissis*)

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.
(TRF - Primeira Região, AG - 200501000653271/AP, Sexta Turma, Decisão: 6/11/2006, DJ Data: 4/12/2006 Página: 172, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues)

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Uma questão remanesce, todavia.

Naturalmente, o objeto deste feito é a declaração de nulidade da decisão do TCU e, nesse aspecto, não vislumbro, por todas as razões já expostas, o direito vindicado. Entretanto, quanto ao pleito cautelar incidentalmente formulado neste processo, com vistas à garantia, se for o caso, de registro da candidatura do promovente, julgo merecer exame à parte.

Explico.

Muito embora não enxergue a nulidade do ato atacado, penso que o regular exercício do direito de cidadania, no caso materializado pelo eventual concurso a cargo político, não resta prejudicado pela improcedência desse pedido.

Encontra-se o direito ao exercício da cidadania dentre os mais fundamentais e relevantes para a manutenção da soberania de uma nação.

Das idéias às palavras e destas às ações, eis aí o *iter* que o gênio humano tem percorrido, com engenho e arte, para usar das palavras de Cervantes, e que trouxe à humanidade os progressos dos quais usufruímos.

As idéias, todos as temos, a voz para proferir as palavras, que inspiram as ações condutoras de nossos destinos, esta, no âmbito de uma nação, faz-se através do exercício dos direitos políticos, até os dias de hoje, com algumas lamentáveis interrupções. O último estado de “exceção” ao exercício desses direitos teve fim com o nascimento desta mesma Constituição que nos rege. Talvez por esse motivo os Constituintes tenham tratado com tanto cuidado do tema em foco. Eles têm razão, a história tem sempre razão.

Em capítulo próprio, dada a relevância do tema, a Constituição começa por afirmar, no art. 14, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. O reverso do exercício desse direito, o outro lado da moeda, é a chamada capacidade eleitoral passiva, só obstada excepcionalmente, que a constituição tratou por inelegibilidade.

Cuidando do tema das inelegibilidades, Alexandre de Moraes vaticina:

Sua finalidade é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, conforme expressa a previsão constitucional (art. 14, § 9º).

A Constituição estabelece, diretamente, vários casos de inelegibilidades no art. 14, §§ 4º a 7º, normas estas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, além de permitir que lei complementar estabeleça outros casos (CF, art. 14, § 9º. A lei complementar correspondente é a LC nº 64/90), com a mesma finalidade acima descrita.

O apontado parágrafo 9º do art. 14 da CF tem a seguinte dicção:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Pois bem, no que pertine ao caso dos autos, a Lei Complementar a que alude o texto constitucional, de nº 64/90, já em seu art. 1º, adverte:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente,

salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político **apurado em processo, com sentença transitada em julgado**, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

Resta claro, já num primeiro exame, que o princípio fundamental da presunção de inocência fora levado às últimas consequências também pelo legislador ordinário. Para José Jairo Gomes (*in* Direito Eleitoral, pág. 157, 2^a ed. Del Rey, Belo Horizonte/MG):

A questão a respeito das contas, ou melhor, da rejeição delas, pode sempre ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Isso é feito via ação desconstitutiva ou anulatória do ato. Neste caso, fica sobrestada a incidência da inelegibilidade até decisão judicial final.

Penso que este é o ângulo exato através do qual se deve enfoiar a questão.

Passemos a examiná-lo.

Há quem pretenda necessário o vislumbre do direito invocado na ação anulatória, aquela proposta com o fim de desconstituir o ato de rejeição das contas, para só então, através de provimento liminar, ver-se suspensa a inelegibilidade. Como já assinalei, não me parece razoável que uma exceção a um direito tão relevante se materialize em detrimento do princípio da inocência, quando ainda não se haja definitivamente sedimentado o juízo negativo sobre a conduta do agente político.

O exercício dos direitos inerentes à cidadania é a regra, este exercício deve existir enquanto não cabalmente demonstrado por decisão irrecorribel configurada uma das exceções capazes de suprimi-los, podendo competir esta ao Judiciário, como no caso dos autos, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, quando lhe for submetida a questão.

Nesse ponto, vale destacar recente decisão do TSE (CTA nº 1607) em que a Corte Superior Eleitoral respondeu afirmativamente à seguinte indagação: *A normatização a respeito do assunto (das inelegibilidades), ainda que por Lei Complementar, colide com o princípio da presunção de inocência?*

A afirmação do TSE pôs fim, portanto, à controvérsia, levando, também a Corte Superior Eleitoral, às últimas consequências o princípio da inocência. Penso que o fez com sabedoria, pois a democracia não se apraz do açodamento, tampouco a justiça, apenas o sentimento de vingança se compadece da pressa, talvez porque ele próprio esmoreça com o tempo, abrindo espaço à justiça.

O mesmo autor já citado, José Jairo Gomes, em sua obra adverte:

A ressalva constante do final da presente letra *g* tem em mira evitar que o homem público imbuído da certeza de ter trilhado o bom caminho na gestão estatal não seja prejudicado por interpretação equivocada dos dados constantes das contas que prestou.

Pois bem, todos nós, por mais experiência que tenhamos, por mais confiança que depositemos em nossos juízos a respeito dos casos que nos são submetidos à apreciação, estamos sujeitos às falhas, na mesma medida em que o estamos também ao aprendizado. Faz parte da condição humana, espécie à qual nós magistrados pertencemos, embora alguns, não raro, nos esqueçamos.

Nesse sentido, regozija-me a idéia de que nossas decisões sejam revisadas, mesmo que para isso seus efeitos sejam diferidos.

Por todo o exposto, penso que o direito ao exercício pleno da cidadania subsiste, muito embora não enxergue a procedência desta ação anulatória, pelo menos até o trânsito em julgado desta decisão.

Defiro, portanto, o pedido formulado pelo autor para determinar que quaisquer efeitos tendentes a suprimir direitos inerentes à cidadania do postulante, mormente no tocante à sua elegibilidade, apenas se materializem após o trânsito em julgado desta decisão.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.064-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TIMBAUBENSE LTDA. - DISBETIL E FAZENDA NACIONAL

Apeladas: AS MESMAS

Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JÚNIOR E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. LANÇAMENTO PARCIALMENTE IRREGULAR. EXTINÇÃO DO CRÉDITO (= ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO ATACADO), RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE NOVO LANÇAMENTO A SER FEITO, ADMINISTRATIVAMENTE, PELO FISCO (NA PARTE RESTANTE). MULTA DE 75% INCIDENTE SOBRE O VALOR DEVIDO. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE QUALIFICÁ-LA COMO CONFISCATÓRIA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Ação anulatória intentada contra lançamento por meio do qual o Fisco constituiu crédito concernente às contribuições para o PIS, sendo certo que a sentença houve por bem reconhecer que parte da cobrança não se sustentava, notadamente porque, com o reconhecimento da inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nº 2.445 e 2.449/88, era impossível fosse tomado, como base-de-cálculo, o faturamento do mês anterior, porquanto ainda vigorantes os ditames da LC nº 07/70 (a base-de-cálculo deveria ser o faturamento do 6º mês anterior, em valor não corrigido; a alíquota deveria ser de 0,75%); tal realidade somente foi alterada a partir do advento do pleno vigor da MP 1212/95 (março de 1996), a partir de quando a base-de-cálculo passou a ser o faturamento do mês anterior, com aplicação

de alíquota de 0,65%.

- Desconstituído judicialmente, então, o auto de infração atacado na presente ação anulatória, porquanto parte da cobrança foi feita ora com a base-de-cálculo errada (competências de agosto de 1994 a setembro de 1995), ora com a alíquota equivocada (competências de outubro 1995 a fevereiro de 1996), é certo que não cabe ao Poder Judiciário proceder ao lançamento corretivo (isto é, realizar um novo lançamento, sem os vícios identificados no anterior), porquanto a medida é privativa da autoridade fazendária (CTN, art. 142) – daí a extinção total da exigibilidade dos créditos nele supedaneados (isto é, fundados no auto de infração aqui impugnado).

- Multa não é tributo, donde não se sujeitar à lógica da vedação ao efeito confiscatório, razão por que, finalmente, exsurge viável a sua fixação em 75% do valor devido, consoante entendimento consagrado inclusive no Pleno desta Corte (declaração que se ora faz para a hipótese de o Fisco entender realizar o lançamento “corretivo”, nos exatos termos referidos no item anterior).

- Uma vez vencida a fazenda pública (forte em que o particular decaiu de parte mínima do pedido), os honorários advocatícios devem ser estipulados em seu desfavor e eqüitativamente (CPC, art. 20, § 4º), mas não no patamar de irrisórios 10% do valor da causa, que correspondem, hoje, à quantia próxima a R\$ 100,00 (cem reais), e daí a elevação para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

- Apelação do Fisco e remessa oficial parcialmente providas (apenas para declarar a possibilidade de multa no patamar de 75%, sem a minoração dos honorários sucumbenciais, que também se pretendeu); apelação do contribuinte parcialmente provida (para extinguir totalmente a

exigibilidade do crédito consubstanciado no auto de infração combatido na presente relação processual, bem assim para majorar o valor dos honorários sucumbenciais, embora não nos termos pretendidos no recurso, mais vultosos).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação do Fisco e à remessa oficial, vencida a Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, que negava provimento a ambos; e, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo autoral, vencida a Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, apenas quanto ao valor dos honorários sucumbenciais devidos pela Fazenda, os quais ela aumentava para R\$ 1.000,00, contrariamente aos R\$ 2.500,00 fixados pela maioria, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 27 de março de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de ação anulatória intentada contra lançamento por meio do qual o Fisco constituiu crédito concernente às contribuições para o PIS; para o a sentença impugnada, parte da cobrança é irregular, sendo certo que, no que resta de válida, não estaria sujeita à imposição de multa estipulada em 75%, dado o seu pretenso caráter confiscatório.

Foram interpostas duas apelações: a do Fisco, deseja ver reformada a sentença quanto à multa (fl. 119), com a minoração dos honorários advocatícios que foram estipulados (fl. 121); a do contribuinte, para extinguir totalmente a exigibilidade do crédito con-

substanciado no auto de infração combatido na presente relação processual (sem que se cogitasse de lançamento substitutivo feito judicialmente, cf. fl. 101), bem assim para majorar o valor dos honorários sucumbenciais (fl. 104).

Houve contra-razões de ambas as partes.

Nesta instância, veio aos autos petição (fls. 144 e ss.) noticiando que a cobrança continuaria sendo feita, apesar de uma antecipação de tutela dada em primeiro grau (fls. 65 e ss.); em resposta (fls. 150 e ss.), a notícia de que a cobrança diria respeito à parte do crédito não apanhada pela suspensão da exigibilidade.

A hipótese comporta remessa oficial.

É breve, o quanto possível, o relatório.

VOTO

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

Ressalto que o recurso do Fisco não discute as principais eronias do lançamento atacado, isto é, não há mais qualquer dissenso quanto ao fato de que, com o reconhecimento da inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nºs 2.445 e 2.449/88, era impossível fosse tomado, como base-de-cálculo, o faturamento do mês anterior, porquanto ainda vigorantes os ditames da LC nº 07/70 (a base-de-cálculo deveria ser o faturamento do 6º mês anterior, em valor não corrigido; a alíquota deveria ser de 0,75%).

Para o ato decisório combatido, tal realidade somente fora alterada a partir do advento do pleno vigor da MP 1212/95 (março de 1996), a partir de quando a base-de-cálculo passou a ser o faturamento do mês anterior, com aplicação de alíquota de 0,65%.

O assunto, de fato, é absolutamente tranqüilo nas Cortes Superiores, donde a certeza de que parte do lançamento, sim, não se sustenta.

Desconstituído judicialmente, então, o auto de infração atacado na presente ação anulatória, porquanto parte da cobrança foi feita ora com a base-de-cálculo errada (competências de agosto de 1994 a setembro de 1995), ora com a alíquota equivocada (com-

petências de outubro 1995 a fevereiro de 1996), é certo que não cabe ao Poder Judiciário proceder ao lançamento corretivo (isto é, realizar um novo lançamento, sem os vícios identificados no anterior), porquanto a medida é privativa da autoridade fazendária (CTN, art. 142) – daí a extinção total da exigibilidade dos créditos nele supedaneados (isto é, fundados no auto de infração aqui impugnado).

Demais disso, penso que multa não é tributo, donde não se sujeitar à lógica da vedação ao efeito confiscatório, razão por que, finalmente, exsurge viável a sua fixação em 75% do valor devido, consoante entendimento consagrado inclusive no Pleno desta Corte (declaração que se ora faz para a hipótese de o Fisco entender de realizar o lançamento “corretivo”, nos exatos termos referidos no parágrafo anterior). Há precedentes do Pleno desta Corte neste sentido.

Alfim, registro que, uma vez vencida a fazenda pública (forte em que o particular decaiu de parte mínima do pedido), os honorários advocatícios devem ser estipulados em seu desfavor e eqüitativamente (CPC, art. 20, § 4º), mas não no patamar de irrisórios 10% do valor da causa, que correspondem, hoje, à quantia próxima a R\$ 100,00 (cem reais), e daí a elevação ora feita para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Em resumo, penso que a apelação do Fisco e a remessa oficial devem ser parcialmente providas (apenas para declarar a possibilidade de multa no patamar de 75%, sem a minoração dos honorários sucumbenciais, que também se pretendeu); a apelação do contribuinte deve ser parcialmente provida (para extinguir totalmente a exigibilidade do crédito consubstanciado no auto de infração combatido na presente relação processual, bem assim para majorar o valor dos honorários sucumbenciais, embora não nos termos pretendidos no recurso, mais vultosos, cf. fl. 105).

Nestes termos, dou provimento, em parte, às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 418.647-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FRANCISCO CONSTANTINO DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO DA SILVA ARAÚJO E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA CONDICIONAL. NULIDADE. APLICAÇÃO DO § 3º, ART. 515, CPC. PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. PROVA. REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

- Nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil, 38ª edição, p. 518). Exame de mérito pelo Tribunal.*
- Ampliação do efeito devolutivo pelo § 3º do art. 515 do CPC.*
- Segurado que demonstrou tempo de serviço em condições especiais por 15 anos, 5 meses e 7 dias, quando a legislação exige 25 anos, no mínimo, de tempo de atividade em condições especiais.*
- Não cabimento da aposentadoria especial.*
- Apelação e remessa oficial providas.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar, do ofício a nulidade da sentença e dar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 12 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

O Instituto Nacional do Seguro Social apelou de sentença que julgou procedente pedido de reconhecimento de tempo de serviço especial para fins de aposentadoria.

Sustentou o apelante que, a partir da Lei 9.032/95, o reconhecimento do tempo de serviço em condições especiais pressupõe a prova técnica que confirme a exposição aos agentes nocivos respectivos, hipótese não configurada o caso em exame, sendo indevida a contagem qualificada e, consequentemente, a aposentadoria.

Com resposta ao recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório, em síntese.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A sentença julgou procedente o pedido de reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais para os períodos de 2 de novembro de 1981 a 4 de junho de 1982, 1º de outubro de 1985 a 20 de fevereiro de 1986 e de 1º de maio de 1989 a 4 de março de 1997, determinando à entidade promovida a rever a decisão que indeferiu seu pedido de aposentadoria, concedendo-lhe dito benefício se, com o lapso temporal resultante da conversão antes determinada, preencher o autor as condições para alcançar sua aposentadoria especial, fl. 209.

Ensina Theotônio Negrão que *nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor* (In Código de Processo Civil, 38ª edição, p. 518).

Declaro, em preliminar, a nulidade da sentença e passo ao exame do mérito por força do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, estando a ação pronta para julgamento.

O demandante objetiva o deferimento de aposentadoria especial, atroando que todo seu período contributivo foi na atividade de motorista, fls. 20-34.

Do cotejo dos autos, infere-se que os períodos em que o segurado exerceu a atividade de motorista foi: 17 de agosto de 1976 a 05 de outubro de 1976, 6 de outubro de 1976 a 14 de fevereiro de 1977, 27 de setembro de 1977 a 18 de janeiro de 1978, 19 de janeiro de 1978 a 13 de setembro de 1979, 2 de novembro de 1981 a 4 de junho de 1982, 19 de agosto de 1983 a 13 de março de 1984, 11 de abril de 1984 a 30 de dezembro de 1984, 1º de outubro de 1985 a 31 de dezembro de 1985, 10 de março de 1986 a 19 de maio de 1986, 2 de junho de 1986 a 31 de março de 1989 e de 1º de maio de 1989 a 5 de setembro de 2005, fls. 21, 31-33, 41-53, 82.

O anexo do Decreto 53.831/64, no item 2.4.4, e o anexo do Decreto 83.080/79, no item 2.4.2, indicavam como penosa a atividade de motoristas e ajudantes de caminhão, fixando o tempo mínimo para a aposentadoria 25 (vinte e cinco) anos de trabalho.

Nesse sentido, cite-se julgado desta egrégia Turma, da lavra do Desembargador Geraldo Apoliano:

Previdenciário. Aposentadoria especial. Conversão de tempo especial em comum. Motorista de caminhão. Atividade insalubre. Conversão. Direito à averbação. Cortador industrial. Impossibilidade. Conversão de tempo especial em comum. A aposentadoria especial é espécie do gênero aposentadoria por tempo de serviço, detendo caráter especial, porque requer, além do tempo de serviço, a exposição ao risco, para a sua configuração. Deve-se, no caso em epígrafe, adotar o entendimento de que somente a partir da vigência da Lei nº 9.032/95 deve ser exigida a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos a caracterizar o trabalho em condições especiais. Antes da vigência da referida norma, deve revalecer o mero enquadramento nos grupos profissionais previstos no regulamento previdenciário. A conversão do tempo de especial em comum, em sua maioria, é anterior à vigência da Lei nº 9.032/

95 a qual deve-se adotar o entendimento de que basta o enquadramento nas atividades previstas nos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/1979, para que seja assegurado o reconhecimento do tempo de serviço como especial. No caso dos autos, constata-se que a categoria profissional de cortador industrial, não se enquadra dentre as consideradas especiais pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79. O autor faz jus à averbação do tempo de serviço prestado no labor de motorista de caminhão, eis que logrou demonstrar que o exerceu, no período de 18.01.91 a 12.05.92 e de 06.09.93 a 13.12.1996. Apelação, em parte, provida. (AC Nº 429.774/RN, Órgão Julgador: Terceira Turma, data de Julgamento: 6 de março de 2008)

Apenas com a edição da Lei 9.258/97, na soleira da jurisprudência do STJ, passou a ser imprescindível, para reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais, a realização de laudo pericial para fins de comprovação da exposição aos agentes nocivos respectivos, portanto, entendo cabível a contagem qualificada até 4 de março de 1997:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91. LEI 9.032/95. LAUDO PERICIAL EXIGÍVEL APÓS O ADVENTO DA LEI 9.528/97.

No caso em exame, os períodos controvertidos foram compreendidos entre 24.01.1970 e 01.03.1971, trabalhado junto à empresa COPEL, e 01.04.1976 e 07.12.1999, junto à empresa VIAÇÃO GRACIOSA. A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários. A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo

INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada a situações pretéritas, portanto, a atividade especial exercida entre 24.01.1970 a 10.12.1997, anteriormente ao advento da Lei nº 9.528/97, não está sujeita à restrição legal, porém, o período posterior, compreendido entre 11.12.1997 a 07.12.1999, não pode ser enquadrado na categoria especial, por não existir nos autos laudo pericial comprobatório da efetiva exposição do segurado a agentes nocivos, como exigido pela legislação previdenciária. Precedentes desta Corte. Recurso conhecido e parcialmente provido (RE 602.639, UF: PR, Órgão Julgador: Quinta Turma, Data da decisão: 25 de maio de 2004, DJ data: 02 de agosto de 2004, Rel. min. Jorge Scartezzini).

Tranquilo, portanto, o direito do demandante à contagem qualificada do tempo de serviço, até 4 de março de 1997, exercido na função de motorista de caminhão.

Somando-se o tempo de serviço em condições especiais, períodos de 17 de agosto de 1976 a 5 de outubro de 1976, 6 de outubro de 1976 a 14 de fevereiro de 1977, 27 de setembro de 1977 a 18 de janeiro de 1978, 19 de janeiro de 1978 a 13 de setembro de 1979, 2 de novembro de 1981 a 4 de junho de 1982, 19 de agosto de 1983 a 13 de março de 1984, 11 de abril de 1984 a 30 de dezembro de 1984, 1º de outubro de 1985 a 31 de dezembro de 1985, 10 de março de 1986 a 19 de maio de 1986, 2 de junho de 1986 a 31 de março de 1989 e de 1º de maio de 1989 a 4 de março de 1997, afere-se que o segurado possui 15 anos, 5 meses e 7 dias de tempo de serviço em condições especiais, portanto, não alcançou o mínimo exigido para fazer jus à aposentadoria pretendida, no esteio do art. 57 da Lei 8.213/91.

Ante o exposto, em preliminar, de ofício, declaro a nulidade da sentença e dou provimento à apelação e à remessa para julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial.

Deixo de condenar a parte vencida ao pagamento das verbas sucumbenciais por ser beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 419.332-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO)

Apelantes: UNIÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: FERNANDO ANTÔNIO MENDES FAÇANHA E OUTROS

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ DJALRO DUTRA CORDEIRO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ETNIA INDÍGENA (PITAGUARY). DEMARCAÇÃO. TERRAS PARTICULARES. COMPROVAÇÃO DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL PELOS ÍNDIOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES (STF E STJ). EXCLUSÃO DA FAZENDA DOS AUTORES DA ÁREA DEMARCAVEL.

- Trata-se de apelação interposta pela União e pelo Ministério Público Federal contra a sentença que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial, para determinar que, na demarcação das terras indígenas da etnia pitaguary a ser levada a efeito pela FUNAI, por força do Processo Administrativo nº FUNAI/BSB/2671/98 ou qualquer outro que lhe faça as vezes –, seja excluída a gleba de terra de posse e propriedade dos autores, denominada “Fazenda Pouso Alegre”, antigo “Sítio Latoeiro”, situada no município de Maracanú/CE.

- Rejeição das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse de agir.

- Os índios, mesmo misturados aos brancos e adotando costumes comuns a toda a comunidade em que residem, não deixam de ser índios. A mudança de comportamento e hábitos é natural e até mesmo necessária, sob pena de marginalização social do grupo. Demais disso, os estudos antropológicos realizados indicam que os índios Pitaguarys, ainda com todas as mudan-

ças a que foram obrigados a se submeter, mantiveram costumes de seus ancestrais, destacando-se a agricultura de subsistência, a pesca, o extrativismo vegetal, o artesanato e diversas manifestações culturais, tais como a dança do Toré, a união em torno da mangueira e a crença no poder milagreiro da água que brota do buraco de Santo Antônio.

- Os depoimentos não são suficientes para classificar de ilegítima a aquisição da propriedade. Cuida-se de depoimentos de índios relatando histórias que ouviram dizer, ou que lhes contaram os seus ancestrais, tudo muito vago e impreciso. O desaparecimento de livros do cartório não representa, necessariamente, qualquer irregularidade, tendo em vista a antiguidade do registro.

- Não se pode negar vigência à previsão constitucional de nulidade de qualquer ato que dê a posse ou o domínio de terras indígenas a particulares (CF, art. 231, § 6º), previsão essa que também se encontra insculpida no art. 62 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 16/12/1973). Porém, no caso, não há prova ou qualquer evidência de que se trata de terras tradicionalmente ocupadas por índios.

- É necessária a comprovação da posse permanente dos índios na terra para que possam ser consideradas “tradicionalmente ocupadas”, nos termos e para os fins do art. 231 da Constituição Federal. Precedentes do STF e do STJ.

- Trata-se de propriedade registrada em nome da família dos apelados há mais de 150 (cento e cinqüenta) anos. Na hipótese, tendo em vista a ausência de comprovação de que a fazenda em questão alguma vez tenha feito parte de terras indígenas, deve prevalecer a legitimidade do título dominial exibido por eles, como bem destacado na sentença recorrida.

- Preliminares rejeitadas. Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento às apelações e à remessa oficial, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta pela União e pelo Ministério Público Federal contra a sentença da lavra do MM. Juiz Federal Alcides Saldanha Lima (10^a Vara/CE), que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial, para determinar que, na demarcação das terras indígenas da etnia pitaguary a ser levada a efeito pela FUNAI, por força do Processo Administrativo nº FUNAI/BSB/2671/98 ou qualquer outro que lhe faça as vezes –, seja excluída a gleba de terra de posse e propriedade dos autores, denominada “Fazenda Pouso Alegre”, antigo “Sítio Latoeiro”, situada no município de Maracanaú/CE.

A sentença recorrida recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA. ETNIA INDÍGENA (PITAGUARY). DEMARCAÇÃO. TERRAS PARTICULARES. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA POSSE PERMANENTE DOS ÍNDIOS. PRECEDENTES (STF E STJ). INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. EXCLUSÃO DA GLEBA DOS AUTORES DA ÁREA DEMARCÁVEL. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

- É necessária a comprovação da posse permanente dos índios na terra para que possam ser consideradas “tradicionalmente ocupadas”, nos termos e para os fins do art. 231 da Constituição Federal. Precedentes do STF e do STJ.

- Nos termos da mesma regra constitucional, exige-se dos silvícolas que habitam essas terras que estejam nelas fixados, utilizando-as para a prática de atividades produtivas e imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, bem como para a conservação de sua raça, respeitados os usos e costumes próprios de sua origem, de modo a preservarem sua reprodução física e cultural.

- Não estando comprovados esses requisitos, na espécie, não podem as terras de que se trata ser incluídas em área de demarcação indígena.

- Procedimento administrativo de demarcação no qual não se constata vício ou irregularidade.

- Exclusão da gleba de propriedade e posse comprovadas dos autores da área de demarcação.

- Procedência parcial do pedido.

- Preenchidos os requisitos legais, é de se conceder tutela antecipatória dos efeitos da sentença.

Em suas razões recursais (fls. 2.566/2.573), a União defende, como preliminares: a) a inépcia da petição inicial, alegando que se trata de pedido juridicamente impossível, tendo em conta que a CF/88 estabelece que é da competência da União a demarcação das terras indígenas (CF, art. 231); b) a ausência de interesse processual, pois ainda não há ato de demarcação das terras indígenas. No mérito, defende a nulidade do título de propriedade dos apelados, em face da Norma Constitucional insculpida no § 6º do art. 231 da CF/88 e da norma do § 1º do 62 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 16/12/73). Sustenta, ainda, que o Estudo Técnico Antropológico realizado pelo INCRA atesta a habitação dos indígenas na área objeto da presente ação.

Os apelados apresentaram contra-razões à apelação da União (fls. 2.584/2.598).

O Ministério Públco Federal também apelou (fls. 2612/2639), aduzindo: a) a nulidade da decisão que antecipou os efeitos da tutela judicial, porquanto tal medida não teria sido requerida pelos

autores, ora apelados; b) “a área em questão retrata região tradicionalmente ocupada pelos índios desde 1607, data da realização de aldeamento pelos Jesuítas na região, consoante demonstra o processo administrativo de identificação e delimitação da terra indígena Pitaguary, no Município de Maracanaú, acostado aos autos pelos autores” (fl. 2.619); c) a terra em questão fora esbulhada dos índios, que há muito ficaram privados de suas terras; d) a sentença teria desconsiderado todo o processo histórico de extermínio físico e cultural dos povos indígenas existentes no Brasil; e) a posse indígena não se confunde com a posse civil, porquanto é alicerçada em conceitos antropológicos, onde se buscará saber, considerados os costumes da etnia, se aquela área é ou não considerada pelos próprios indígenas como de seu domínio. A posse decorre do instituto do indigenato; f) a inexistência de direito adquirido frente à CF; g) a desconsideração do laudo antropológico fere o princípio da separação dos poderes. Por fim, pugna pela total reforma da sentença.

Os apelados apresentaram contra-razões à apelação do Ministério Público Federal (fls. 2648/2661).

A Procuradoria Regional da República da 5^a Região, através de parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República Joaquim José de Barros Dias, opinou pelo provimento das apelações (fls. 2.666/2.691).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

A questão é bastante complexa porque de um lado há os autores, ora apelados, que exibem o registro de propriedade da “Fazenda Pouso Alegre”, antigo “Sítio Latoeiro”, situada no município de Maracanú/CE. Tal registro fora efetivado no Cartório de Manguape, ainda no distante ano de 1854. De outro lado, existe um estudo antropológico realiado pelos técnicos da FUNAI, indicando que tal fazenda encontra-se inserida em área tradicionalmente ocupada por índios, para os fins da titularidade a que se refere o art. 231 da Constituição Federal.

Passo a apreciar as preliminares.

DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. O fato de a CF atribuir à União a competência para demarcar as terras indígenas (CF, art. 231, *caput*) não constitui óbice ao acesso ao Judiciário, tendo em vista o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (CF, art. 5º XXXV). Assim, em tese, o ordenamento jurídico admite que se questione o ato administrativo de demarcação de terras indígenas, de sorte a verificar a sua juridicidade, sua adequação a esse ordenamento jurídico.

DA PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR

A preliminar de falta de interesse de agir porque ainda não há demarcação não pode ser admitida. A demarcação é ato iminente de ser praticado, tendo em vista a conclusões dos estudos técnicos que a precedem. Assim, não se trata de falta de interesse, considerando-se a natureza preventiva da tutela judicial pretendida.

DA NULIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Tal preliminar, em realidade, deverá ser apreciada junto com o mérito, ao final do julgamento, quando se poderá aquilatar a presença dos requisitos para a sua manutenção.

DO MÉRITO

Primeiramente, permito-me observar que as razões dos autores, ora apelados, parecem indicar que os mesmos consideram que os Pitaguarys, em realidade, não existem mais, na medida em que alegam que os mesmos não podem ser considerados uma tribo, chegando a afirmarem textualmente o seguinte:

A verdade é que, considerando os ancestrais comuns, brancos e índios, os residentes de Santo Antônio do Pitaguary em Maracanaú/CE, não são “índios”, muito menos “índios puros”. Admite-se-lhes descendência remota, assim como se verifica em grande parte da população brasileira (afinal não se pode negar a presença de forte miscigenação na nossa população).

Assim, mestiços, residentes em Santo Antônio do Pitaguary vivem e viveram no último século plenamente integrados à sociedade nacional, sem qualquer distinção, não guardando relação imediata com qualquer grupo indígena denominado “pitaguary” senão, como dito, em razão do genoma ancestral (note-se que esta relação também válida quanto ao antepassado branco).

Em síntese, os apelados entendem que a ascendência indígena não legitima dos habitantes de Santo Antônio do Pitaguary a pleitear direitos indígenas, porque a sua cultura tradicional, a sua língua, os seus costumes mais antigos não teriam sido mantidos ao longo do século. Os índios atuais estariam tão integrados à sociedade que não poderiam ser diferenciados dos demais habitantes do lugar.

No entanto, tal premissa, ao meu sentir, não encontra guarida no Texto Constitucional, na medida em que a CF/88 não exige que os índios mantenham sua língua, seus costumes mais tradicionais ou mesmo seus trajes típicos para serem considerados índios. O ilustre Representante do Ministério Público Federal, Dr. Márcio Andrade Torres, “a cultura não é um dado estático, mas dinâmico, construído e reconstruído ao longo do tempo, através das diferentes gerações e da interação com outras culturas. Não é possível hoje em dia pensar-se no índio com aquela visão romântica, como aquele que vive no mato, anda nu, usa arco e flexa”. (Fl. 2.621).

Os índios, mesmo misturados aos brancos e adotando costumes comuns a toda a comunidade em que residem, não deixam de ser índios. A mudança de comportamento e hábitos é natural e até mesmo necessária, sob pena de marginalização social do grupo. Demais disso, os estudos antropológicos realizados indicam que os índios Pitaguarys, ainda com todas as mudanças a que foram obrigados a se submeter, mantiveram costumes de seus ancestrais, destacando-se a agricultura de subsistência, a pesca, o extrativismo vegetal, o artesanato e diversas manifestações culturais, tais como a dança do Toré, a união em torno da mangueira e a crença no poder milagreiro da água que brota do buraco de Santo Antônio.

Enfim, a questão da manutenção da identidade indígena desafiou estudos complexos por parte de técnicos da FUNAI e de ou-

etros cientistas, não sendo suficiente para infirmar as conclusões desses técnicos as alegações de que os índios não são índios porque se comportam como brancos. Essa adaptação é natural e, como dito, é uma exigência da própria evolução social da comunidade, à toda evidência misturada às demais raças de gente existentes na área.

Uma comparação que se pode fazer é a seguinte: os brasileiros descendentes de japoneses perdem ou deixam de ter a sua origem porque falam português, vestem-se como brasileiros e comem feijoada? A resposta somente pode ser negativa. A origem é sempre japonesa, não importa que a necessidade de viver no Brasil os tenha levado à adaptação.

O processo de colonização do Brasil e especificamente do Ceará foi cruel com os indígenas, que se viram obrigados a abandonar suas tribos, seus costumes, sua língua, numa tentativa de sobrevivência pela adoção de hábitos “civilizados”. Nesse sentido, trago à colação o artigo do jornal *O Povo*, de 18/09/2007, da Professora de Antropologia da UFC Isabelle Braz, que ilustra a apelação do MPF. Veja-se o que disse a estudiosa sobre o processo de colonização cearense:

No caso do Ceará, a longa história de expropriação que os grupos indígenas viveram foi marcada também pela violenta negação de suas existências, atestada simbolicamente pelo relatório provincial de 1863, no qual o presidente da província, José Bento da Cunha Figueiredo Júnior, declarou solenemente: “Já não existem aqui índios aldeados ou bravios. Das antigas tribos Tabajaras, Cariris e Pitaguaris, que habitavam a província, uma parte foi destruída, outra emigrou, e o resto (...) acha-se hoje misturado na massa geral da população (...).” Essa morte simbólica, hoje é veementemente contestada pelos mesmos Tabajaras, Cariris e Pitaguaris, e tantas outras etnias que continuam a existir no Ceará. E felizmente, uma outra história começa a ser contada, história que admite a atualidade dos povos indígenas e que não lhes subtrai o direito à existência, com suas memórias e racionalidade. (Fl. 2.623).

A premissa de que não há mais índios Pitaguaris, ao meu sentir, não encontra respaldo na história ou na prova técnica pro-

duzida pela FUNAI. Mesmo pulverizados, os índios sobreviveram, assim como sobreviveram diversas outras tribos indígenas, a exemplo dos Xucurus de Pernambuco, dentre outros povos.

Uma outra questão é a inclusão das terras dos apelados na área de terras indígenas.

Com efeito, a situação dos autos mostra-se bastante peculiar. Os apelados comprovam que desde 1854 têm registrado o domínio e posse da fazenda. Porém, segundo o Ministério Público Federal, tais terras teriam sido indevidamente tomadas dos índios, por meio de coação e violência. Para tanto, faz menção à suposta truculência de Miguel Baptista Fernandes Vieira, o Miguel Barão, pessoa que consta como o primeiro proprietário na cadeia dominial do imóvel em questão.

A truculência do mencionado Miguel Barão, segundo o MPF estaria até hoje viva na memória dos índios, inclusive em depoimentos prestados em juízo. Sem embargo, ao meu sentir, tais depoimentos não são firmes o suficiente para desconstituir a legitimidade da aquisição da propriedade. Cuida-se de depoimentos de índios relatando histórias que ouviram dizer, ou que lhes contaram os seus ancestrais, tudo muito vago e impreciso.

Com efeito, tais depoimentos não me parecem suficientes para, como pretende o MPF, classificar de ilegítima a aquisição da propriedade. Demais disso, o desaparecimento de livros do cartório não representa, necessariamente, qualquer irregularidade, tendo em vista a antiguidade do registro.

Não se está negando vigência à previsão constitucional de nulidade de qualquer ato que dê a posse ou o domínio de terras indígenas a particulares (CF, art. 231, § 6º), previsão essa que também se encontra insculpida no art. 62 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 16/12/1973). O que se diz é que não há prova ou qualquer evidência de que se trata de terras tradicionalmente ocupada por índios.

Nesse sentido, permito-me transcrever o seguinte excerto da sentença recorrida:

(...).

Os índios, aqui representados pela União/FUNAI, ace-

nam com a condição de posse contínua e ininterrupta. Todavia, o único documento que parece vir em seu socorro é o aludido recebimento de duas sesmarias em 20 de abril de 1722, com registro no cartório da cidade de Manguape, em 06 de setembro de 1854. A posse contínua, mansa, duradoura e, sobretudo, permanente, perdurando até os dias de hoje, contudo, não ficou evidenciada, como se colhe do depoimento de Raimundo Carlos da Silva (fls. 2.344/2.347), qualificado como Pajé da tribo, que assim declarou:

“(...) que exerce há 8 anos a função de Pajé; que a família do autor adquiriu a propriedade de descendentes de um afilhado de Miguel Barão; que não foram os autores que tomaram posse da comunidade indígena; que, desde a época de Isaías, havia um respeito aos limites entre as terras que eram ocupadas e exploradas pelos antepassados do depoente e aquelas ocupadas por Isaías e seus sucessores; que com o documento de 1722, encontrado por Dom Aloísio Lorscheider, à época arcebispo de Fortaleza, relativo a duas sesmarias, no cartório de Maranguape, é que se iniciaram os estudos para a verificação se os índios ainda se mantinham na região, isto porque a seca de 1915 e o surto de febre amarela estabeleceram um êxodo na região (...); que além das atribuições de pajé é vigilante da Prefeitura de Pacatuba, mas também trabalha na agricultura (...);

(...).

A legislação pertinente, com início imperial até os dias de hoje, exigiu que os índios se mantivessem sempre nas terras que eles, originariamente, habitavam e, ainda, com a fidelidade a seus costumes e usos. Uma coletânea dessa legislação foi efetivada pela FUNAI, cuja consulta pode ser feita no sítio daquela organização e cujo teor assim se expõe:

CARTA RÉGIA DE 09 DE MARÇO DE 1718:

“... (os índios) são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão ...”
(Os Direitos do Índio - Manuela Carneiro da Cunha - pág. 61)

LEI POMBALILINA DE 06 DE JULHO DE 1755:

“... Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras ... para gozarem delas por si e todos seus herdeiros.” (Os Direitos do Índio - Manuela Carneiro da Cunha - pág. 62)

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934:

“Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937:

“Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946:

“Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969:

“Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes.

1º. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.”

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

(...)

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer

respeitar todos os seus bens.

§ 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

(...)

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

(...)

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo (...)."

Não há prova cabal da permanência dos índios nas terras por eles reivindicadas, apenas presunção, que não é suficiente para lhes acolher o pedido, de modo a impor o desalojamento dos autores de suas terras, pois a posse destes, ao revés, apresenta-se melhor provada, ou comprovada, pois a farta documentação juntada com a inicial, a par da prova testemunhal produzida, dão conta de que são, deveras, proprietários e possuidores, das terras que reivindicam como suas.

(...).

Da orientação jurisprudencial dimana igual entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI JURIS*.

1. (...).

2. Se por um lado a Constituição Federal confere proteção às terras 'tradicionalmente' ocupadas pelos índios (art. 231), por outro, também confere proteção ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII). A eventual colisão de direitos com sede constitucional há de ser resolvida com lastro na prova produzida nos autos sobre as respectivas titulações.

3. Na espécie, vista a controvérsia sob a perspectiva sumaríssima da tutela de urgência, ressalvi com mais nitidez a produção, até este momento, de prova no sentido da

posse com utilização econômica, desautorizando provimento cautelar fundando na simples alegação de posse imemorial.

4. Medida cautelar improcente.

(STJ, MC 6.480/BA; Medida Cautelar 2003/0078262-1), Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, pub. *DJ* de 17.05.2004, p. 105).

BENS DA UNIÃO. TERRAS. ALDEAMENTOS INDÍGENAS. ARTIGO 20, INCISOS I E XI, DA CARTA DA REPÚBLICA. ALCANCE.

- As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas. (STF, RE 219.983/SP - São Paulo, Recurso Extraordinário, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, pub. *DJ* 17/09/1999, pp. 00059, Ementa Vol-01963 PP. 00632, RTJ vol. 00171-01 pp. 00338).
(...) (fls. 2.553/2.557).

Com efeito, trata-se de propriedade registrada em nome da família dos apelados há mais de 150 (cento e cinqüenta) anos. Na hipótese, tendo em vista a ausência de comprovação de que a fazenda em questão alguma vez tenha feito parte de terras indígenas, deve prevalecer a legitimidade do título dominial exibido por eles, como bem destacado na sentença recorrida.

Assim, mesmo reconhecendo a legitimidade dos trabalhos de pesquisa desenvolvidos pela FUNAI, com a finalidade de resgatar a identidade do povo Pitaguary, não há como negar que a Fazenda Pouso Alegre não está incluída nas terras indígenas, porquanto as provas carreadas aos autos são insuficientes para infirmar a legitimidade do título de propriedade exibido.

No tocante à antecipação dos efeitos da tutela judicial, hei por bem manter a medida, seja porque presentes os requisitos para tanto, seja em face da fungibilidade entre a medida assim denominada e as medidas cautelares, que podem ser concedidas de ofício pelo juiz.

Diante do exposto, rejeito as preliminares e nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 429.319-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Apelado: FRANCISCO LINDOMAR DE SOUZA
Repte.: PROCURADORIA DA UFRN
Adv./Proc.: DRS. EDUARDO ANDRÉ DANTAS SILVA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO EM ENFERMAGEM. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. CANDIDATO APROVADO EM SEGUNDO LUGAR. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE TRANSFORMA EM DIREITO SUBJETIVO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA, EIS QUE A REPARAÇÃO DO DANO SE COMPLETA COM A NOMEAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS QUE TÊM COMO TERMO INICIAL A POSSE E O EXERCÍCIO DO SERVIDOR.
- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, determinando que a Universidade-ré proceda à nomeação do autor no Cargo de Técnico em Enfermagem, com efeitos a partir da data da nomeação do primeiro colocado aprovado no certame promovido pela Requerida. Condenou, outrossim, a Universidade-ré no pagamento de indenização correspondente aos vencimentos do respectivo cargo e demais vantagens que dele provenham, inclusive contagem de tempo de serviço e contribuições previdenciárias, a partir da data da nomeação do primeiro classificado no concurso, Wellington Soares Gonçalves, até a data da efetiva nomeação do requerente.

A Universidade alega que não há direito assegurado à nomeação de candidato cuja classificação exceda o número de vagas, porquanto o provimento depende de autorização e de disponibilidade orçamentária do Executivo. Sustenta que, no intento de minimizar a situação enfrentada pelos hospitais universitários procedeu à contratação temporária de Técnicos em Enfermagem, dando preferência aos profissionais classificados, mas não convocados, todavia o recorrido recusou a oferta de contratação. Afirma que a nomeação para o cargo decorrente de aprovação no concurso público é apenas expectativa de direito, não sendo cabível qualquer tipo de indenização. Por fim, aduz que não restaram preenchidos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, deferida por ocasião da sentença.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O recorrido interpôs a presente ação, com o objetivo de garantir a sua nomeação para o concurso em que foi aprovado em

segundo lugar, para o cargo de Técnico em Enfermagem, haja vista que ainda dentro do prazo de validade do certame a UFRN contratou profissionais em caráter temporário, infringindo, assim, a ordem de classificação e o seu direito à nomeação.

O MM. Juiz sentenciante, Dr. Francisco Barros Dias, entendeu que “a contratação de profissional, em situações excepcionais, sem a necessidade de um concurso público amplo, é legal, contudo na hipótese dos autos, há profissionais concursados aptos a assumirem os cargos existentes, o que impediria a contratação temporária inclusive dos próprios aprovados no certame”. Tal manifestação se ajusta à orientação reiterada do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a expectativa de direito à contratação, após aprovação em concurso público, transforma-se em direito subjetivo para os candidatos se, dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária ou temporária para exercício dos cargos. Seguem precedentes

Acórdão	Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 21.123 Processo: 200502098657 UF: SC Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 26/06/2007 Documento: STJ000759812
Fonte	DJ DATA: 06/08/2007, PÁGINA : 542, RB VOL.: 00526, PÁGINA: 36
Relator(a)	ARNALDO ESTEVES LIMA
Decisão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa	<p>ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO. ATO OMISSIVO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RECORRENTE CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.</p> <p>1. Em se tratando de ato omissivo, consistente em não nomear candidato aprovado em concurso público, a relação é de trato sucessivo, que se renova continuamente, razão pela qual não há decadência do direito de impetrar mandado de segurança, desde que referido direito seja exercido dentro do prazo de validade do certame. Precedentes.</p> <p>2. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária ou temporária para exercício dos cargos.</p> <p>3. Hipótese em que o próprio recorrente firmou contrato de trabalho por tempo determinado e vem se renovando há longa data, para a função de Médico, especialidade gastroenterologia, na cidade de Chapecó/SC, exatamente para o qual prestou concurso público e foi aprovado em 1º lugar, demonstrando a necessidade perene de vaga.</p> <p>4. Recurso ordinário provido.</p>
Indexação	VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.
Data Publicação	06/08/2007

Acórdão	Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 11.222 Processo: 199900902580 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 15/12/2005 Documento: STJ000664109
Fonte	DJ DATA: 06/02/2006, PÁGINA: 288
Relator(a)	LAURITA VAZ
Decisão	Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Ementa	ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DO GOVERNADOR. NOTIFICAÇÃO DO PRESIDENTE DA FHEMIG. DESNECESSIDADE. PEDIDO MERAMENTE DECLARATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM A PETIÇÃO INICIAL COMO UM TODO. DIREITO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DIREITO À NOMEAÇÃO CONFIGURADO. 1. Estando o Presidente da FHEMIG impedido de realizar as nomeações ora pretendidas, em razão do Decreto nº 36.647/95, emanado do Governador de Estado, este deve figurar como autoridade coatora no mandado de segurança, sendo desnecessária a formação do litisconsórcio passivo necessário. Precedentes do STJ. 2. O pedido inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, e não apenas no item apresentado como "Do pedido". Assim, objetivando as Impetrantes a efetivação nos cargos para os quais foram aprovadas, e não apenas a declaração do direito à investidura no cargo, é de ser afastada a natureza meramente declaratória do pedido.

	<p>3. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o recurso ordinário em mandado de segurança tem natureza similar ao recurso de apelação. Assim, a despeito da extinção do processo sem julgamento do mérito pelo Tribunal de origem, a esta Corte é permitido julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, por força do art. 515, § 3º, do CPC.</p> <p>4. Verificando-se a contratação temporária para o exercício de cargos, no prazo de validade do concurso público, para os quais existem candidatos aprovados dentro do número de vagas, surge para estes candidatos o direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.</p> <p>5. Recurso ordinário conhecido e provido.</p>
--	--

Acórdão	Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 18.105 Processo: 200400438047 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 19/05/2005 Documento: STJ000621273
Fonte	DJ DATA: 27/06/2005, PÁGINA: 415
Relator(a)	JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Decisão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.
Ementa	RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE ENFERMEIRA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO AFASTADA. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO.

	Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, comprovada a necessidade perene de preenchimento de vaga (o que se perfez com a contratação temporária reiterada) e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa de direito à nomeação convola-se em direito líquido e certo. Precedentes. Recurso provido para conceder a ordem às impetrantes Ida Ribeiro Barbosa e Maria do Rosário Costa Villefort.
Indexação	VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.
Data Publicação	27/06/2005

Quanto aos efeitos retroativos, o MM. Juiz determinou o pagamento de indenização equivalente aos vencimentos do cargo de Técnico em Enfermagem e as demais vantagens decorrentes do exercício do cargo, relativo ao período em que deixou de perceber o benefício do cargo a que fazia jus, inclusive contagem do tempo de serviço e contribuições previdenciárias, com efeitos a partir da data da nomeação do primeiro colocado aprovado no segundo certame.

Entendo que a reparação do dano causado pela omissão da Administração Pública completa-se com a nomeação do candidato, não produzindo os efeitos retroativos previstos na sentença, nem indenização pelo período de não exercício do cargo, eis que a remuneração decorreria de trabalho que não foi prestado. O tempo de serviço só poderá ser contado a partir da posse e do exercício, institutos que se não confundem com a nomeação. Quanto às contribuições previdenciárias não são devidas por falta do fato gerador.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial para afastar a condenação da UFRN a indenizar o autor e a contagem de tempo de serviço e contribuições previdenciárias.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 434.066-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)

Apelante: PANAIR DO BRASIL S.A.

Apelada: UNIÃO

Advs./Procs.: PAULO HENRIQUE MAGALHÃES BARROS E OUTROS

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSTRUÇÃO DO AEROPORTO DOS GUARARAPES. AQUISIÇÃO DOS TERRENOS E REALIZAÇÃO DE BENFEITORIAS PELA PANAIR DO BRASIL S.A. DECRETO-LEI 3.462/41. REQUISIÇÃO DOS BENS PELA UNIÃO, EM RAZÃO DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ART. 5º, XXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRETENSÃO DE NULIDADE DAS ESCRITURAS DE REVERSÃO DOS BENS IMÓVEIS EM FAVOR DA UNIÃO. REINTEGRAÇÃO DA EMPRESA NA POSSE DOS BENS, COMBINADA COM PERDAS E DANOS. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. USUCAPIÃO. ART. 550 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SÚMULA 237 DO STF. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.

- Preliminar de nulidade de sentença que se rejeita, em razão do alegado não enfrentamento das questões alegadas nos embargos de declaração, visto que o juiz não é obrigado a julgar a questão posta, de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento motivado (artigo 131 do CPC, c/c o art. 93, IX, da Constituição Federal).

- A Panair do Brasil S.A., então concessionária do serviço público de exploração de linhas regulares de navegação aérea, obteve da União, através do Decreto-Lei nº 3.462, de 25-7-1941, a autorização para construir, melhorar e ampliar os aeroportos em várias cidades do País, tendo, em

virtude do referido dispositivo legal, adquirido em Recife diversos terrenos, às suas expensas, todos destinados à construção do que veio a ser, posteriormente, o Aeroporto dos Guararapes.

- Com a conclusão das obras do referido aeroporto em 1943, foram os terrenos e as benfeitorias requisitados ao uso do Ministério da Aeronáutica, por conta do esforço de guerra.

- O instituto da requisição está previsto no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal e dispõe que, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

- Finda a Segunda Guerra Mundial em 1945 (fato notório), não havia mais causa para a requisição levada a efeito pela União, de modo que, a partir daí, nasceu para a empresa o direito de ajuizar ação, com vistas à obtenção da indenização que entendesse devida, conforme a previsão constitucional.

- A prescrição, nesses casos, é quinqüenal, disciplinada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32; portanto, no ano de 1950 (cinco anos após o fim da Segunda Guerra Mundial), ocorreu à prescrição do direito da empresa de pleitear a citada indenização, tendo ficado inerte por mais de cinquenta anos, somente vindo a ajuizar a presente ação em 1997.

- Em relação ao pedido de reintegração de posse, cumulada com perdas e danos, igualmente se encontra fulminado pela prescrição, que era de 20 (vinte) anos, nos moldes do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo ocorrido em 1965 (vinte anos após o fim da Segunda Guerra Mundial).

- No tocante ao pleito de indenização por desapropriação indireta, que ocorre quando o Poder Público se apossa de um bem de um particular,

sem a observância do procedimento legal, sendo equiparada ao esbulho, cumpre ressalvar a ocorrência da prescrição no caso concreto, que também é vintenária, a teor do enunciado da Súmula nº 119 do STJ, visto que, como a União se apossou dos imóveis em 1943, tem-se que o prazo prescricional se esvaiu no ano de 1963.

- Não se pode dizer que, com a abertura do processo de falência, ocorrida em 15-2-65, ficaria suspenso o curso da prescrição, a teor do art. 47 do Decreto-Lei 7.661/45, visto que tal suspensão é relativa a obrigações de responsabilidade do falido, ou seja, quando o mesmo é devedor na relação jurídica, não se aplicando aos casos em que é credor.

- Ocorrência do usucapião, em favor da União, em razão de estar ininterruptamente na posse dos imóveis desde 1943, somente tendo havido oposição em 1997, ou seja, mais de 50 (cinquenta) anos depois, com o ajuizamento da presente ação.

- Aplicação do inteiro teor do art. 550 do CC de 1916, que dispõe que “aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume”, combinado com a dicção da Súmula 237, do STF, que ressalva a possibilidade da argüição do usucapião em defesa contra pedidos de reintegração de posse e/ou indenização decorrente de aposseamento de imóveis.

- Verba honorária reduzida de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que, inicialmente, era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mas que foi alterado pelo Tribunal, que o elevou para R\$ 49.138.594,00 (quarenta e nove milhões, cento e trinta e oito mil, quinhentos e noventa e quatro reais), para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do

disposto no § 4º do art. 20 do CPC, tendo em vista que tal montante se revela mais consensual com os critérios delineados no citado dispositivo processual.

- Prescrição suscitada pelo Ministério Públíco Federal que se acolhe, para reformar a sentença e extinguir o feito com o julgamento do mérito e*
- Apelação provida em parte, apenas para reduzir a verba honorária.*

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, acolher a prescrição suscitada pelo Ministério Públíco Federal e 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.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Apelação interposta por Panair do Brasil S/A contra a sentença de fls. 603/608, que julgou improcedente o pedido inaugural, com a condenação da parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Nas suas razões recursais, pugna a apelante, em preliminar, pela nulidade da sentença, em razão do não enfrentamento das questões suscitadas nos embargos de declaração. No mérito, pede a reforma da sentença, sob o pálio dos seguintes fundamentos:

- a) no ano de 1941, a apelante, então concessionária do serviço público de exploração de linhas regulares de navegação aérea, recebeu da União Federal, através do Decreto-lei nº 3462/1941, a autorização para construir, melhorar e ampliar os aeroportos em Amapá, Belém, São Luiz, Fortaleza, Natal, Recife, Maceió e Salvador, tendo, como contraprestação, para fins de ressarcimento do custo das obras e investimentos, o direito ao arrendamento dos referidos aeroportos pelo prazo de 20 (vinte) anos, o não pagamento das despesas aeroportuárias de suas aeronaves, taxas de utilização, impostos, aluguéis e outros ônus de serviço, bem como isenção de impostos estaduais e municipais, que a União se comprometeu a providenciar, junto aos Estados e Municípios;
- b) com base na referida autorização, a apelante construiu, em Recife, com seus próprios recursos, o Aeroporto dos Guararapes, concluído em 1943, sendo que, naquele mesmo ano, o aeroporto foi objeto de requisição pelo Governo Federal, para uso do Ministério da Aeronáutica, em nome do esforço de guerra, não tendo sido tal fato contestado pela União;
- c) mesmo com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, o aeroporto jamais foi devolvido, para que a Apelante pudesse explorá-lo, nos termos da autorização dada pelo Decreto-Lei 3.462/1941;
- d) em 1964, em plena vigência do regime militar, foram os representantes legais da empresa forçados a assinarem escrituras de reversão de propriedade dos imóveis em favor da União, sob o inverídico argumento de que as áreas teriam sido por ela (União) compradas, como se a empresa apelante tivesse sido reembolsada das despesas que arcou com a aquisição das terras e a construção do próprio aeroporto, o que jamais aconteceu, pois nunca explorou os referidos imóveis, para poder se ressarcir dos custos e investimentos correspondentes;
- e) em 1965, o Ministério da Aeronáutica cassou a autorização para a exploração das linhas aéreas, o que levou a apelante

- a ter a sua falência decretada, tendo havido a arrecadação, pelo Juízo Falimentar, dos bens objeto da reversão;
- f) somente em 1973, a União aduziu, mediante pedido de restituição ao Juízo Falimentar, a sua propriedade como base nas referidas escrituras de reversão e, apenas em 1975, promoveu a averbação dos bens junto ao cartório imobiliário;
- g) em 1995, foram declaradas extintas as obrigações da massa falida, extinguindo-se, também, o processo de falência, e, embora sem o julgamento do mérito, o pedido de restituição.

Requer, pois:

- a) que seja dado provimento ao recurso, para que seja declarada a nulidade das escrituras de reversão de bens imóveis de sua propriedade e respectivas benfeitorias, bem como dos respectivos registros imobiliários, com a reintegração na posse de tais bens, com a condenação da União ao pagamento das perdas e danos, decorrentes da não utilização de tal patrimônio, durante todo o tempo em que esteve dele privada;
- b) alternativamente, em pedido sucessivo, condenar a União ao pagamento de indenização por desapropriação indireta, pelo valor de mercado dos imóveis e benfeitorias, acrescidos de juros moratórios e compensatórios;
- c) acaso mantida a sentença, que a verba honorária seja arbitrada de acordo com os princípios fixados na letra c do § 3º do art. 20 do CPC.

Contra-razões apresentadas pela União às fls. 674/682, pela manutenção da sentença.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 693/720, opinando pelo pronunciamento da prescrição ou pelo reconhecimento do usucapião e, no mérito, pelo improimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Suscita a apelante, em preliminar, a nulidade da sentença, em razão do não enfrentamento das questões alegadas nos Embargos de Declaração.

Diz que a sentença é omissa, pois não apreciou um fato relevante mencionado na inicial, qual seja, a requisição do Aeroporto dos Guararapes, em 1943, pela União Federal, em razão do esforço de guerra.

Argumenta, outrossim, que a União não contestou a alegada requisição, tornando-se fato incontroverso, o que também não foi considerado pela sentença.

Ora, tais argumentos não procedem, pois não está o juiz obrigado a julgar a questão posta, de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento motivado (artigo 131, do CPC, c/c o artigo 93, IX, da Constituição Federal); para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da Doutrina e da Jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.

O magistrado não tem o dever de apreciar todos os pontos trazidos pelas partes se apenas um deles tem força para firmar sua convicção. Não há obrigatoriedade de se esmiuçar todos os pontos arrazoados pelas partes, pois basta a explicitação dos motivos norteadores do convencimento. Rejeito, portanto, a referida preliminar.

Suscita o Ministério Público Federal, em preliminar, a prejudicial de prescrição, tendo em vista o grande lapso de tempo que separa os acontecimentos (a perda da posse da estrutura aeroportuária pela PANAIR foi em 1943 e o ajuizamento da ação ocorreu em janeiro de 1997) - Parecer de fls. 693/720.

A pretensão da apelante é a de que seja declarada a nulidade das escrituras de reversão de bens imóveis de sua propriedade e respectivas benfeitorias, bem como dos respectivos registros imobiliários, com a reintegração na posse de tais bens, com a conde-

nação da União ao pagamento das perdas e danos, decorrentes da não utilização de tal patrimônio durante todo o tempo em que esteve dele privada.

Alternativamente, em pedido sucessivo, requer a condenação da União ao pagamento de indenização por desapropriação indireta, pelo valor de mercado dos imóveis e benfeitorias, acrescidos de juros moratórios e compensatórios.

A Panair do Brasil S.A., então concessionária do serviço público de exploração de linhas regulares de navegação aérea, recebeu da União, através do Decreto-Lei nº 3.462, de 25-7-1941, a autorização para construir, melhorar e ampliar os aeroportos em Amapá, Belém, São Luiz, Fortaleza, Natal, Recife, Maceió e Salvador, tendo, em virtude do referido ato, adquirido em Recife diversos terrenos, às suas expensas, todos destinados à construção do que veio a ser, posteriormente, o Aeroporto dos Guararapes.

Aduz que, tendo construído, com os seus próprios recursos, o referido Aeroporto, em Recife/PE, cujas obras foram concluídas em 1943, imediatamente após tal conclusão, foram os terrenos e as benfeitorias requisitados ao uso do Ministério da Aeronáutica, por conta do esforço de guerra.

O instituto da requisição está previsto no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, **assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.** (Destaquei)

Conforme afirma a própria PANAIR, no ano de 1943, perdeu a posse de toda a estrutura aeroportuária, inclusive dos terrenos em que foi construído o Aeroporto dos Guararapes, sendo que, em 1945, acabou a Segunda Guerra Mundial, de modo que, encerrado o motivo que deu causa à requisição, poderia a empresa, a partir daí, ajuizar ação, com vistas à obtenção da indenização que entendesse devida, conforme a previsão constitucional.

A prescrição, nesses casos, é disciplinada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que ostenta a seguinte querência:

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, **seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.** (Destaquei)

Desse modo, verifica-se que, no ano de 1950 (cinco anos após o final da Segunda Guerra Mundial, que constitui fato notório), ocorreu à prescrição do direito de pleitear a citada indenização, tendo a presente ação sido ajuizada em 1997.

Em relação ao pedido de reintegração de posse, cumulada com perdas e danos, melhor sorte não assiste à apelante, visto que a prescrição era de 20 (vinte) anos, nos moldes do art. 177 do Código Civil de 1916, *verbis*:

Art. 177. **As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos**, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Destaquei)

Portanto, em 1965, vinte anos após o final do motivo que ensejou a requisição (final da Segunda Guerra Mundial), prescreveu o direito da parte postular a retomada da posse dos imóveis reclamados, com perdas e danos.

No tocante ao pedido de indenização por desapropriação indireta, que ocorre quando o Poder Público se apossa de um bem de um particular, sem a observância do procedimento legal, sendo equiparada ao esbulho, cumpre ressalvar a ocorrência da prescrição, que também é vintenária, a teor do enunciado da Súmula nº 119 do STJ:

Súmula 119. A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos.

Como a União se apossou dos imóveis em 1943, tem-se que o prazo prescricional se esvaiu no ano de 1963.

Não se pode dizer que, com a abertura do processo de falência, ocorrida em 15-2-65 (fls. 84/85), ficaria suspenso o curso da prescrição, a teor do art. 47 do Decreto-Lei 7.661/45, visto que tal suspensão é relativa a obrigações de responsabilidade do falido,

ou seja, quando o mesmo é devedor na relação jurídica, não se aplicando aos casos em que é credor.

Se não bastasse às pretensões estarem irremediavelmente fulminadas pela prescrição, some-se a isso ao fato de ter havido a prescrição aquisitiva da propriedade, mediante usucapião, em favor da União, visto que está ininterruptamente na posse dos imóveis desde 1943, somente tendo havido oposição em 1997, ou seja, mais de 50 (cinquenta) anos depois, com o ajuizamento da ação. Confira-se a dicção do art. 550 do Código Civil de 1916, vigente a época:

Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume.

O STF, inclusive, editou a Súmula 237, no sentido de que “o usucapião pode ser argüido em defesa”, contra pedidos de reintegração de posse e/ou indenização decorrente de aposseamento de imóveis.

Corroborando tal entendimento, manifestou-se o *Parquet Federal*, no bem elaborado Parecer de fls. 693/720:

A União possui os terrenos em questão, ininterruptamente, desde o ano de 1943. A Panair só veio opor-se a essa posse com o ajuizamento desta ação judicial em 1997, ou seja, 54 (cinquenta e quatro) anos após o aposseamento e 34 (trinta e quatro) anos depois da consolidação do domínio pleno do imóvel em razão do instituto do usucapião, o qual se operou em 1963.

Impõe-se, portanto, a reforma da sentença, para extinguir o processo com o julgamento do mérito, pelo acolhimento da prescrição, nos moldes do art. 219, § 5º, e 269, IV, do CPC.

No tocante à verba honorária, pugna a apelante pelo seu arbitramento de acordo com os princípios fixados na letra c do § 3º do art. 20 do CPC, que se refere à natureza e à importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço.

No caso, o percentual fixado na sentença – 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, que, inicialmente era de R\$

10.000,00 (dez mil reais), mas que foi alterado pelo Tribunal, que o elevou para R\$ 49.138.594,00 (quarenta e nove milhões, cento e trinta e oito mil, quinhentos e noventa e quatro reais) – fls. 465/468, deve ser reduzido para 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no § 4º do art. 20 do CPC, tendo em vista que tal montante se revela mais consentâneo com os critérios delineados no retro citado dispositivo processual.

Pelo exposto, acolho a prescrição suscitada pelo Ministério Público Federal e dou provimento, em parte, à apelação, apenas para reduzir a verba honorária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 439.086-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO
GURGEL DE FARIA
Apelantes: MUNICÍPIO DO RECIFE -PE, INSTITUTO DO PA-
TRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL -
IPHAN E MOURA DUBEUX ENGENHARIA S/A
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA DO IPHAN
Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO SANTOS BARBOSA (1º APTE.) E
THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES E OU-
TROS (3º APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. AGRAVO RETIDO. PERITO JUDICIAL. SUSPEIÇÃO. MOTIVOS INSUFICIENTES. PROVA TÉCNICA. REABERTURA. IMPOSSIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSE DE AGIR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IPHAN. LEGITIMIDADE PASSIVA. BENS TOMBADOS A NÍVEL NACIONAL. REALIZAÇÃO DE OBRAS EM SUAS PROXIMIDADES. REDUÇÃO DA VISIBILIDADE.

DADE. INOCORRÊNCIA. MANIFESTAÇÃO PRÉ-VIA DO IPHAN ACERCA DA VIABILIDADE DA CONSTRUÇÃO. DESNECESSIDADE. TERRENO SITUADO FORA DA POLIGONAL DE ENTORNO TRAÇADA PARA PROTEGER OS IMÓVEIS TOM-BADOS NO LOCAL. DECRETO-LEI Nº 25/37. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA PROMOVER O ADEQUADO ORDENAMENTO TERRITORIAL. PRESERVAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

- A suspeição de perito deve ser fundada em uma das hipóteses previstas no art. 135 do Código de Processo Civil.

- Caso em que inexiste qualquer elemento nos autos indicativo de que o experto judicial agiu de modo contrário ao dever que lhe foi conferido, não se podendo aceitar a simples alegação de sua inabilitação profissional como uma das causas legais de parcialidade, haja vista a natureza taxativa do artigo supracitado.

- Realizada a perícia topográfica sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa e sendo ela suficiente para formar a convicção do magistrado, lícito lhe seria indeferir o pleito consistente na realização de uma nova prova técnica. Inteligência do art. 437 do CPC.

- A ordem jurídica constitucional inaugurada com a promulgação da CF/88 alargou, sobremaneira, as funções institucionais do Ministério Público, de sorte que se mostra viável o manejo de ação civil pública, pelo MPF, para defender o patrimônio público em geral, incluindo-se nesse conceito, também, o histórico e artístico nacional. Precedentes do colendo STF.

- O IPHAN é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que um dos pedidos contidos na exordial consiste em condená-lo na obrigação de emitir prévio pronunciamen-

to acerca da viabilidade de qualquer projeto para edificação no imóvel ali indicado (supostamente localizado em área de preservação do patrimônio histórico), restando patente, outrossim, o interesse de agir do autor da presente actio coletiva.

- Estando o Parquet federal no lado ativo da lide, ajuizada em face de autarquia também federal, firma-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna.

- De acordo com o art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se nêste caso a multa de cinqüenta por cento do valor do mesmo objeto”.

- Ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer bem localizado nas proximidades da coisa tombada seja alcançado por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento.

- O dispositivo legal em comento elenca requisitos simultâneos para que a Autarquia responsável pela preservação dos bens tombados a nível nacional possa emitir parecer prévio acerca da viabilidade de qualquer construção, sendo-lhe conferido o poder discricionário de delimitar, no mapa, as áreas de proteção.

- In casu, restou suficientemente demonstrado que era desnecessária a manifestação do IPHAN sobre a edificação dos Píeres Duarte Coelho e Maurício de Nassau, quando da tramitação dos respectivos projetos perante a Prefeitura, tendo

em vista que tal Instituto admitiu que o terreno onde os referidos prédios estão sendo construídos está fora da poligonal de entorno dos monumentos tombados nos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, de modo que o aludido ente não detinha competência para aprovar ou, não, a execução dos empreendimentos em tela.

- Sendo o Município dividido em zonas, conforme a Lei de Uso e Ocupação do Solo local, e, tendo aquela entidade verificado que o terreno onde estão sendo construídos os edifícios não se situa em Zona Especial de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural, mas em Zona Especial do Centro Principal, não se vislumbra qualquer pecha de ilegalidade na licença concedida à empresa-ré para levar adiante tal projeto imobiliário. Preservação da competência municipal para promover o adequado ordenamento territorial que se impõe, a teor do art. 30, VIII, da Constituição da República.

- A rigor, à falta de um dos pressupostos elencados no art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, qual seja, a constatação de que a obra não se situa nas cercanias da coisa tombada, restaria prejudicada a análise sobre a possível ocorrência de prejuízo à visibilidade. Em todo caso, porém, constatou-se que a construção em referência não apresentava qualquer dano à contemplação do acervo patrimonial dos bens tombados na região, sendo bastante evidente o fato de que eles já tinham sua visão reduzida em razão do próprio casario situado nas suas redondezas.

- Ausência de afronta aos dispositivos constitucionais que tratam da matéria (arts. 23, III; 24, VII; 30, VIII e IX; e 216, §1º), ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, ao art. 62 da Lei nº 16.176/96 (LUOS) e, por via oblíqua, aos preceitos contidos no Plano Diretor da Cidade do Recife (Lei nº 15.547/91).

- O simples fato de opor exceção de suspeição não significa dizer que a parte está agindo de má-fé, se não ficar demonstrado o intuito malicioso de atravancar o andamento do processo. Hipótese em que, à míngua dos pressupostos elencados nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, não há como considerar a Moura Dubeux Engenharia S/A litigante de má-fé.*
- Agravo retido improvido. Preliminares rejeitadas. Remessa oficial e apelações providas para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial e afastar a imposição de penalidade pecuniária por litigância de má-fé.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de agosto de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelações interpostas contra sentença que, ao julgar procedentes os pedidos veiculados na ação civil pública nº 2005.83.00.00004462-1, tornou sem efeito a aprovação concedida pelo Município do Recife à Moura Dubeux Engenharia S/A para a construção dos Edifícios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, situados no Cais de Santa Rita nº 645, Bairro de São José, nesta cidade, e determinou à referida empresa que efetuasse a demolição de tais prédios, às suas ex-

pensas, condenando-a, a título de litigância de má-fé, ao pagamento de multa e de indenização, nos percentuais de 1% (um por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor envolvido na causa (correspondente ao valor de mercado do empreendimento). Condenou, ainda, o Poder Público Municipal a submeter ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional qualquer projeto que trâmite perante aquele órgão para edificação no imóvel acima mencionado, devendo a aludida Autarquia sobre ele manifestar-se. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o montante envolto na causa, a serem rateados pelos demandados (6% para a Moura Dubeux Engenharia S/A e 2% para o Município do Recife e o IPHAN, cada um). Por fim, houve determinação no sentido de que as custas e as despesas processuais fossem resarcidas pelos réus e que fosse enviada uma cópia do laudo da perícia topográfica àquele Instituto, a fim de que, diante das conclusões desse trabalho, pudesse adotar as providências necessárias à revisão do traçado da poligonal de entorno dos bens tombados na região.

Inconformado, o ente municipal interpôs recurso, alegando, em suma, o seguinte: a) a aprovação do projeto imobiliário em questão, além de ter passado pelo crivo dos órgãos públicos competentes, atende a manifesto interesse público, pois retrata antiga intenção da Prefeitura do Recife em incentivar a moradia em áreas do centro da cidade, com vistas ao melhor desenvolvimento urbano, especialmente naquelas localidades onde as construções já existentes não atentam para nenhuma função social e apresentam baixo adensamento populacional; b) as modificações no empreendimento em tela consistiram, principalmente, mas não somente, na redução do número de edifícios a serem erguidos (de três para dois), com a consequente diminuição da área construída e atenuação do impacto por ela (a edificação) causado, em termos de infra-estrutura, e consistiram, também, na destinação, pela Moura Dubeux Engenharia S/A, de um local para a implantação de via pública, na frente dos prédios, possibilitando, assim, o acesso da população a um espaço que, hoje, é de propriedade particular; c) foi ignorado o fato de que o recorrente deu cumprimento à legislação municipal quanto a exigir-se da construtora Memorial Justificativo de Empreendimento de Impacto (art. 62 da Lei de Uso e

Ocupação do Solo); d) o parecer desfavorável à aprovação do projeto, da lavra da então Diretora de Urbanismo, restou ultrapassado pelas manifestações técnicas posteriores, inclusive a do Conselho de Desenvolvimento Urbano (colegiado); e) o *decisum* atacado transborda os limites do pedido ao tratar da propriedade do terreno onde estão sendo realizadas as obras; f) não se exigiu prévio pronunciamento do IPHAN, porque o local no qual estão sendo construídas as duas torres está situado em Zona Especial de Centro Principal, distante centenas de metros da Zona Especial de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural; g) a invalidade da prova testemunhal; h) a inconsistência do laudo da perícia topográfica; i) a inexistência de agressão ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37; j) a licença de construção é ato administrativo vinculado; k) o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário não pode substituir os órgãos técnicos responsáveis pela aprovação do projeto.

Por sua vez, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional impugnou a parte da sentença que lhe impôs as condenações anteriormente relatadas, ao argumento de que, como jamais foi instado a se pronunciar, em âmbito administrativo, sobre a viabilidade da edificação, não há que se falar em pretensão resistida e, portanto, em sua responsabilidade pelo não-cumprimento de uma suposta obrigação, faltando, pois, ao MPF, interesse de agir.

No mérito, defende que, por não ser a área dos píeres de preservação do patrimônio histórico, arquitetônico, paisagístico e cultural nacional, não haveria necessidade de o IPHAN se manifestar previamente sobre o projeto em questão, inexistindo qualquer irregularidade formal na ausência de deliberação desse Instituto sobre o assunto. Aduz que, mesmo que lhe fosse submetido à apreciação, a sua opinião não seria vinculante, porque não estaria na sua esfera de competência, motivo pelo qual se posicionou, em todas as oportunidades, pela desnecessidade de tal manifestação. Por fim, pugna pelo não-pagamento das verbas de sucumbência, sustentando que a decisão vergastada é *ultra petita*, ou pela fixação dos honorários advocatícios de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

A Moura Dubeux Engenharia S/A, no seu apelo, requereu, de início, o julgamento do agravo retido interposto contra o *decisum* que, no curso do processo, rejeitou liminarmente a exceção de

suspeição aforada em face do perito judicial que realizou a perícia topográfica. No afã de contrapor a referida prova e sob a alegação de que não pôde produzi-la no momento adequado, trouxe aos autos, juntamente com o recurso, relatório técnico elaborado por engenheiro cartógrafo.

No tocante ao cerne da controvérsia, afirma que: a) o perito topógrafo não detinha habilitação profissional para realizar trabalhos de engenharia cartográfica; b) os dois edifícios estão situados fora da área delimitada pela poligonal de entorno traçada pelo IPHAN. Aduz, por conseguinte, que dessas asserções resultam a ilegitimidade *ad causam* do MPF, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação civil pública e a inexistência de vícios no processo de licenciamento da obra.

Insiste, ainda, na ausência de prejuízo ou de agressão ao patrimônio histórico e cultural tombado na região, na impossibilidade de apreciação de matéria estranha aos limites da lide (qual seja: a propriedade do terreno onde estão sendo construídos os edifícios) e de revisão judicial do mérito do ato administrativo, sustentando, também, que eventual acolhimento dos pedidos desta *actio* consistirá em violação à segurança jurídica. Em conclusão, insurge-se contra a imposição das penalidades pecuniárias oriundas do reconhecimento da litigância de má-fé (a condenação em si e a base de cálculo para a aplicação das multas – valor de mercado dos imóveis).

Às fls. 3.158/3.162, o MPF pugnou pelo desentranhamento dos documentos novos carreados aos autos pela Moura Dubeux Engenharia S/A quando da interposição da sua apelação, tendo o magistrado *a quo* atendido tal pleito por meio da decisão de fls. 3.163/3.166.

Contra o aludido ato jurisdicional, foi interposto agravo de instrumento pela construtora (AGTR nº 87.139), no bojo do qual se deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal, com a determinação para que a mencionada documentação fosse reentranhada ao feito, o que aconteceu às fls. 3.264/3.348.

Contra-razões às fls. 3.168/3.204.

Através do *decisum* de fls. 3.210/3.211, foi indeferida a provi-

dência cautelar requerida pelo apelado, consistente na paralisação das obras.

Atuando como fiscal da lei, o Ministério Pùblico Federal opinou pelo improvisoamento dos apelos.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINARES)

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

Ao longo do processo, foram suscitadas algumas preliminares, as quais merecem ser enfrentadas antes de qualquer incurso no mérito da lide.

A primeira delas diz respeito à legitimidade *ad causam* do MPF. Argumenta-se que, como o imóvel onde estão sendo construídos os Edifícios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau situa-se, supostamente, fora da poligonal de entorno dos bens tombados nos Bairros de Santo Antônio, de São José e do Recife, demarcada pelo IPHAN, não haveria interesse federal a ser protegido e, portanto, o *Parquet* não estaria legitimado a propor a presente ação.

Abstraindo-se o debate em torno da circunstância de os aludidos prédios estarem, ou não, na vizinhança de coisa tombada, uma vez que dita controvérsia será examinada mais adiante, verifico que a prejudicial em comento deve ser rechaçada.

É que, com a promulgação da CF/88, as funções do Ministério Pùblico foram bastante alargadas, de maneira que o seu papel de guardião da sociedade restou plenamente consolidado na nova ordem jurídica constitucional, não só em relação, por exemplo, à preservação da legalidade e da moralidade administrativas, mas, também, no tocante à ampliação dos instrumentos postos à sua disposição para a defesa de interesses difusos e coletivos e para a proteção do patrimônio público em geral.

É este, portanto, o raciocínio que emerge do art. 129, III, da Carta Magna, não sendo demais destacar que outras legislações infraconstitucionais ou já previam ou vieram a corroborar a atuação do MPF no resguardo de valores semelhantes aos que aqui

são tratados, destacando-se, dentre elas, as seguintes: art. 1º, IV, c/c o art. 5º, *caput*, ambos da Lei nº 7.347/85; art. 5º, III, *a* e *b*, c/c o art. 6º, VII, *b*, da LC nº 75/93.

Na jurisprudência, este entendimento também encontra respaldo, a teor dos arestos a seguir colacionados:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. 3. **O Ministério Públíco está legitimado para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público (art. 129, III, da Constituição).** Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STF, 2ª T., RE-AgR 302522 / SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.04.08, p. 1020). (Grifos nossos)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. OFENSA INDIRETA. REEXAME DE PROVAS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. O Tribunal *a quo* não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.

3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

4. **O Ministério Públíco, como substituto processual de toda a coletividade e na defesa de autêntico interesse difuso, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público. Agravo regimental a que se nega provimento.**

(STF, 2ª T., AI-AgR 642034/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 07.12.07, p. 2553). (Grifos nossos)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUESTÃO DO OBJETO E DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRIVATIZAÇÃO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM FACE DO BNDES E DA ANTIGA COMPANHIA ELETRO-MECÂNICA-CELMA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. DISCUSSÃO SOBRE A ANULAÇÃO DE

LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Questão federal: três os fundamentos do acórdão recorrido que concluíram pela ilegitimidade do MPF: (a) O MPF não poderia utilizar da ação civil pública como sucedâneo da ação popular; (b) A legislação de regência somente autoriza o Ministério Público Estadual, não o Federal, a trilhar em demanda como esta, que visa a anulação de ato administrativo, pois – a bem da verdade – trata-se de privatização de empresa estatal do Estado do Rio de Janeiro; e (c) O princípio da tipicidade estaria em relevo e não permitiria o ajuizamento da ação da forma como foi feito, por quanto inexiste comando normativo que autorize a ação do MPF na busca da desconstituição do ato (leilão de privatização).

2. A Lei Federal nº 8.625/93, art. 25, IV, *b*, legitima o MPF para o manejo da ação civil pública para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade.

3. A ação civil pública, em regra, não tem por objeto, apenas, a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, conforme o art. 3º da Lei nº 7.347/85, pois o art. 25, IV, *b*, da Lei nº 8.625/93, passou a admitir o manejo da ação civil pública, apenas pelo *Parquet*, com objeto constitutivo ou desconstitutivo.

4. **Hodiernamente, de modo a configurar inclusive uma conquista dos jurisdicionados para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que resulta na própria defesa de um conceito mais amplo – interesses sociais –, esta Corte tem reconhecido, por inúmeras vezes, a legitimidade do órgão ministerial para a atuação na defesa da sociedade. Está o Ministério Público, tanto da União quanto dos Estados, legitimado a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público, podendo valer-se da ação civil pública como objeto constitutivo negativo. Doutrina e jurisprudência.**

(...)

7. Questão da aplicação da Teoria do Fato Consumado, levantada por alguns dos recorridos. Matéria afeta ao mérito da demanda, que deve ser analisada no Juízo de Primeiro Grau.

Recurso especial provido, com a determinação do retorno dos autos à primeira instância, para o prosseguimento do feito. (STJ, 2ª T., REsp 695.214 / RJ, Rel. Min. Humberto

Martins, DJ 23.08.07, p. 243). (Grifos nossos)

Nesse diapasão, versando este feito sobre a defesa de patrimônio histórico e artístico nacional, uma vez que se alega prejuízo a bens tombados a nível federal, nos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, mostra-se válida a veiculação desta *actio* pelo Ministério Público Federal, independentemente da demonstração, ou não, de que o IPHAN deveria ter se pronunciado previamente acerca da viabilidade da construção em tela.

Por conseqüência, figurando o MPF no pólo ativo da demanda, ajuizada em face de autarquia federal, qual seja, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, firma-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar a lide, nos termos do art. 109, I, da CF/88.

Prosseguindo-se na apreciação das preambulares, destaco que o IPHAN, no apelo, sustenta a sua ilegitimidade passiva e a ausência de interesse de agir do autor da ação. Para tanto, assevera que, *in casu*, não há pretensão resistida, pois jamais foi instado a apresentar parecer técnico, em âmbito administrativo, sobre a regularidade do empreendimento imobiliário do qual se tem notícia nestes autos.

Não vislumbro, no entanto, razões para acolher ditas prefaciais, uma vez que um dos pedidos deduzidos na inicial consiste na condenação do mencionado Instituto na obrigação de fazer referente à análise de **qualquer** projeto que tramite perante a Prefeitura do Recife para edificação no imóvel nº 645, no Cais de Santa Rita, nesta cidade. Sendo assim, na eventual hipótese de demolição dos prédios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, a aludida Autarquia estaria condicionada a emitir posicionamento, antecipadamente, favorável, ou não, a qualquer outro intento relativo à realização de obras naquele local.

Como o Ministério Público Federal objetiva, por meio desta ação, defender a visibilidade do sítio histórico do Bairro do Recife, onde existem vários monumentos tombados a nível federal, e por entender que o IPHAN deveria ter sido mais vigilante quanto a esses bens, nada mais lógico que tal Instituição figure no pólo passivo da contenda, mostrando-se patente, também, o interesse de agir do requerente.

Convém apreciar, ainda, o agravo retido interposto pela Moura Dubeux Engenharia S/A, através do qual impugna a decisão que rejeitou, liminarmente, a exceção de suspeição aforada em face do experto que fez a perícia topográfica.

O tema encontra-se disciplinado no art. 135 do CPC, *in verbis*:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeita de imparcialidade do juiz, quando:

- I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
 - II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
 - III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
 - IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender as despesas do litígio;
 - V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.
- Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

O inciso terceiro do art. 138 do mesmo diploma legal estende os motivos de impedimento e suspeição ao perito.

Na análise da questão, verifico, de logo, que, à luz do art. 135 do Estatuto de Ritos, inexiste qualquer elemento nos autos que indique seja o perito judicial suspeito ou demonstre ter ele agido de forma contrária ao dever que lhe foi conferido, não se podendo aceitar a simples alegação de sua inabilitação profissional como uma das hipóteses legais de parcialidade, haja vista a natureza taxativa daquele dispositivo normativo.

Ademais, deve-se atentar para o fato de que o argumento utilizado pela construtora para fundamentar a aludida exceção (consistente na informação de que o topógrafo havia comentado o resultado da perícia com o advogado da Mesbla S/A antes de entregá-lo em juízo), ainda que fosse considerado como motivo de suspeição, sequer restou comprovado naquele incidente, consoante se extraí da leitura do *decisum* atacado (fls. 2.874/2.878 do vol. XI),

sendo certo que, à falta de outras peças probatórias aptas a demonstrar a veracidade da alegação, não há que se falar em nulidade do referido ato jurisdicional e, por via transversa, do laudo pericial.

Ainda quanto à aludida prova técnica, saliente-se que não se enxergam motivos para a sua eventual reabertura (conforme requerido pela construtora em suas razões finais de fls. 2.895/2.923 e indeferido pelo Juiz, na sentença), visto que, no momento em que a perícia topográfica foi realizada, asseguraram-se à empresa-ré os postulados do contraditório e da ampla defesa, tendo ela tido oportunidade de pedir esclarecimentos ao profissional que a efetuou e de apresentar parecer elaborado por assistente técnico. É o que relata a maioria das peças processuais do volume XI do feito.

Além disso, é importante ressaltar que, tendo o magistrado considerado suficientes as elucidações prestadas pelo perito judicial para formar o seu convencimento, lícito lhe seria indeferir o pleito consistente na realização de uma nova perícia, tendo em vista que o comando normativo inserto no art. 437 do CPC confere à autoridade julgadora uma faculdade e, não, um dever.

Assim sendo, com base nos fundamentos acima expostos, devem ser rejeitadas as preliminares suscitadas e o agravo retido.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

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

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública com o objetivo de tornar sem efeito a licença concedida pela Prefeitura do Recife à Moura Dubeux Engenharia S/A para a construção dos prédios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, no Cais de Santa Rita nº 645, Bairro de São José.

Alegou, primordialmente, que o referido ato administrativo não teria validade, uma vez que, estando a edificação situada nas adjacências de bens tombados nacionalmente, reduzindo-lhes a visibilidade, deveria o respectivo projeto ter passado pelo crivo do

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o que não aconteceu.

Aduziu, ainda, que as torres interfeririam negativamente nas visadas do conjunto urbano dos Bairros de Santo Antônio, de São José e do Recife, que abrigam um importante acervo patrimonial (tais como Igrejas, Mercado de São José, Museu das Cinco Pontas, dentre outros monumentos), e romperiam com os padrões urbanísticos da redondeza.

Da narrativa acima citada, extraem-se dois pontos cruciais a serem examinados por este egrégia Tribunal, ambos ligados ao interesse público a que se visa tutelar (seja em relação ao autor da *actio*, seja em relação à entidade municipal, respectivamente): de um lado, a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e, de outro, a competência do Poder Público local no correto ordenamento territorial da cidade.

Sem dúvida alguma, a preservação das nossas raízes é tarefa das mais sublimes, que põe o homem em contato com sua identidade e sua formação moral, proporcionando-lhe uma direção a ser seguida, a partir do conhecimento do passado, para o planejamento de um futuro mais promissor e ajustado.

Nesse contexto, pode-se dizer que muitos fatos históricos são minuciosamente contados através de criações científicas, intelectuais, artísticas, culturais e paisagísticas, por exemplo, comumente expressados por meio de bens materiais e imateriais de diferentes grupos sociais, não se podendo negar, portanto, que tais valores ficam, por vezes, gravados na Arquitetura e nas construções da época, formando uma verdadeira herança para as gerações vindouras.

Verificando-se, pois, a necessidade de resguardar o acervo patrimonial da sociedade brasileira, o Estado (aqui empregado na sua terminologia genérica) fez nascer, no ano de 1937, pela Lei nº 378, a nível federal, um órgão especificamente destinado a dar cumprimento a esse intento, o SPHAN - Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o país, “o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional” (art. 46).

Ainda naquele ano, foi editado o Decreto-Lei nº 25, o qual organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e trouçou as regras básicas acerca do tombamento.

Sob os auspícios da CF/88, alguns dispositivos procuraram salvaguardar a memória cultural do Brasil, conforme se constata através da leitura dos seguintes artigos: 23, III; 24, VII; 30, IX; e 216, § 1º.

Assim sendo, protegem-se legalmente determinados monumentos não só pela beleza ornamental que apresentam, mas também em razão de possuírem alguma particularidade notável.

De outra banda, não menos digna de nota se revela a preocupação na manutenção da autoridade delegada aos Municípios, pelo art. 30, VIII, da Carta Magna, para planejar e ordenar adequadamente o seu território.

Nesse diapasão, cada ente municipal pode, mediante aplicação da respectiva Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano, dividir o seu espaço físico em “zonas” no intuito de melhor regular os direitos de propriedade e de construir, respeitando-se, para tanto, a realidade social, econômica, administrativa e política da região, e levando-se em conta, ainda, o futuro desenvolvimento dela.

Posta a questão sob esses dois aspectos (preservação do patrimônio histórico e artístico nacional x competência do Município para ordenar o seu território), observo que a querela aqui discutida também deve ser destrinchada a partir da análise do art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37 (cujo conteúdo se reputa violado), o qual preconiza o seguinte:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objéto, impondo-se nêste caso a multa de cincuenta por cento do valor do mesmo objeto.

Da leitura da norma supramencionada, percebe-se claramente que os efeitos do tombamento alcançam não só o bem protegido, mas, também, os imóveis que estiverem nos seus arredores,

restando manifesta, pois, a intenção do legislador em defender a visão que se tem da coisa tombada, a fim de que possa ser objeto de contemplação por todos.

Assim, são dois os pressupostos exigidos para que o IPHAN se manifeste previamente acerca da viabilidade de qualquer construção: que ela esteja nas proximidades do bem tombado e que lhe reduza ou impeça a visibilidade.

Na prática, tais requisitos devem se configurar simultaneamente, de sorte que não é suficiente que a obra esteja nos arredores da coisa tombada, mas deve, de alguma forma, reduzir ou impedir o seu campo de visão.

O dispositivo legal, no entanto, silenciou acerca da delimitação da área de entorno, deixando de especificar quais seriam as zonas de preservação em volta dos objetos sobre os quais recai dita restrição. Cabe, por consequência, àquela Autarquia o poder discricionário de delimitá-las, no que diz respeito aos imóveis protegidos a nível federal, estabelecendo no mapa os exatos limites da vizinhança.

Ciente dessas afirmações e ao estudar detidamente o caso em apreço, verifiquei que as referidas condições legais não estão conjuntamente presentes. Explico.

É que a participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, quando da tramitação dos projetos perante a Prefeitura do Recife, seria plenamente desnecessária, pois, consoante ficou constatado, ainda no bojo do procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal para apurar a ocorrência de possíveis danos ao patrimônio histórico dos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, os empreendimentos em tela não seriam executados dentro da poligonal de proteção traçada pelo IPHAN em relação aos bens tombados na região.

Esta constatação foi admitida pelo próprio Superintendente da 5^a Coordenadoria Regional do IPHAN, Sr. Frederico Faria Neves, que, ao fazer parte de uma reunião na sede da Procuradoria da República, nos idos de 03/02/05, comunicou à Representante do *Parquet*, Dra. Luciana Marcelino Martins, que “(...) o IPHAN não tem competência para aprovar ou desaprovar o projeto da obra do

Cais de Santa Rita, já que o imóvel está fora da área de entorno do tombamento dos imóveis dos bairros de São José e de Santo Antônio; que o tombamento do bairro do Recife não tem área de entorno definida pelo IPHAN (...)" (fl. 58 do vol. I).

Corroborando o que havia dito àquela Procuradora, fez juntar naquele procedimento administrativo o ofício de fl. 60, no qual registrou o seguinte:

(...) 1. a área em questão, conforme mapa em anexo, não está inserida no polígono definido para os entornos dos bens federais nos bairros de Santo Antônio e São José (...);

As aludidas afirmações foram feitas levando-se em consideração o que ficou decidido pelo Conselho Consultivo do IPHAN, em reunião realizada em 30.08.1984, em Olinda/PE, a qual teve como objetivo “(...) assegurar a integridade da vizinhança desses bens, propiciando-lhes adequada ambiência e visibilidade (...)” (fl. 64 do vol. I), oportunidade em que se traçaram os contornos de proteção em redor dos imóveis tombados no Centro do Recife.

A definição do perímetro de preservação para os bairros de Santo Antônio e de São José pode ser aferida a partir da descrição acostada à fl. 72 e consubstanciada nas cartas geográficas de fls. 73 e 540.

Ora, se a pessoa jurídica competente para delimitar as áreas de vizinhança dos bens tombados afirma, categoricamente, que determinada obra não se situa nas proximidades (protegidas por lei) da região de preservação, cai por terra qualquer argumento em sentido contrário, pois, como é cediço, tal órgão tem respaldo em legislação federal para pronunciar-se sobre ditas questões, não havendo motivos plausíveis para se desconsiderar a sua opinião técnica.

Existe, por conseguinte, na hipótese em apreço, um dado objetivo a ser levado em conta: o fato de que os prédios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau não estão dentro da poligonal de proteção definida pelo IPHAN para a localidade onde eles se inserem, pouco importando qualquer juízo de valor emitido pelo mencionado Instituto, acerca da circunstância de ser o empreendimento

em comento prejudicial, ou não, às visadas do conjunto patrimonial por ele defendido.

Esse dado, por si só, já é suficiente para descharacterizar qualquer alegação de ofensa ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, uma vez que esse dispositivo normativo deixou a cargo da autoridade administrativa a incumbência de demarcar as áreas de conservação dos monumentos tombados.

Vale destacar que os pronunciamentos do IPHAN, aos quais o Juiz se apegou para embasar sua decisão (cf. fls. 2.970/2.971 do vol. XII), não apresentam qualquer relevância para o deslinde da contenda, especificamente na parte em que concordam que haverá comprometimento à visibilidade e à ambiência do patrimônio protegido na região do Bairro do Recife, já que a afirmação anterior, esposada por dita Autarquia, admitindo que a obra em questão estaria sendo executada fora da vizinhança dos respectivos bens tombados, é o bastante para afastar a tese de que o artigo mencionado no parágrafo acima teria sido violado.

Demais disso, é imprescindível salientar que o projeto em tela passou por todas as fases necessárias à sua aprovação, no âmbito da Prefeitura, após sofrer várias adaptações, recebendo pareceres favoráveis de todos os órgãos incumbidos de apreciá-lo, a exemplo dos seguintes: DIRCON (Diretoria Geral de Coordenação e Controle Urbano e Ambiental), SAJ (Secretaria de Assuntos Jurídicos), CPRH (Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos), DIRMAM (Diretoria Geral do Meio Ambiente), DEV, DIRBAM (Diretoria Geral de Urbanismo), CCU (Comissão de Controle Urbanístico), além de receber, alfin, o aval do Conselho de Desenvolvimento Urbano (CDU).

A respeito da validade dos diversos pareceres emitidos pelo Município antes de aprovar o referido plano de edificação, registro que carece de força aquele elaborado pela então Diretora da DIRBAM, Norma Lacerda (no qual se manifestou de maneira contrária a ele), pois o ponto de vista lançado na ocasião, em 2003, restou superado por opiniões posteriores emitidas pelos demais profissionais técnicos encarregados de apreciá-lo, especialmente pelo órgão colegiado do Conselho de Desenvolvimento Urbano.

Desta feita, não enxergo motivos razoáveis para concordar com o entendimento do Magistrado sentenciante, pois aquele parecer não foi o que prevaleceu ao final do trâmite administrativo do projeto.

Ressalte-se, por oportuno, que a licença concedida pelo Município do Recife à empresa Moura Dubeux Engenharia S/A somente foi possível após constatação de que a Lei de Uso e Ocupação do Solo municipal (Lei nº 16.176/96) estaria sendo obedecida. Outrossim, verificou-se que, como o plano imobiliário em referência era considerado empreendimento de impacto (área de construção acima de 20.000 m²), exigiu-se da construtora a apresentação de um Memorial Justificativo de Empreendimento de Impacto, a teor do art. 62 da LUOS, o que restou cumprido, conforme demonstram as peças de fls. 496/499 do vol. III.

Sendo o Município do Recife, de acordo com a mencionada lei local (cf. fls. 748/900 do vol. IV), dividido em zonas de ocupação do solo e, tendo aquele ente verificado que o terreno onde estão sendo construídos os edifícios não se situa em Zona Especial de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural, mas em Zona Especial do Centro Principal, sendo esta qualificada pela predominância de concentração e complexidade de funções urbanas, não se vislumbra qualquer pecha de ilegalidade no ato administrativo exarado por aquela entidade municipal, consistente na permissão para a execução do citado projeto.

A despeito de tudo isso, a celeuma em torno de saber se a construção das duas torres estaria inserida na poligonal de entorno continuou a persistir, o que motivou o Juízo *a quo* a determinar a realização de uma perícia topográfica (cujo resultado encontra-se às fls. 2.701/2.740 do vol. XI).

Apesar de o perito judicial ter chegado às conclusões de que “(...) a área do empreendimento denominado Píer Duarte Coelho está em grande parte inserida na Poligonal de Entorno” e “(...) a área do empreendimento denominado Píer Maurício de Nassau está em pequena parte inserida na Poligonal de Entorno e o restante da área na vizinhança (...)”, ressalto que, segundo a regra disposta no art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial e pode formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos pro-

vados no processo, principalmente em um caso como este, em que o experto aponta que o “erro cometido nos traçados da Poligonal de Entorno pelo IPHAN e pela Prefeitura da Cidade do Recife” (fl. 2.729 - vol. XI) seria fruto de interpretação equivocada da descrição da Poligonal, quando, no meu sentir, após o exame dos elementos constantes nos autos, o erro foi do louvado.

Assim sendo, não posso deixar de dar crédito, também, à própria posição do IPHAN acerca da questão, segundo a qual a construção dos citados edifícios não está dentro da demarcação da vizinhança dos bens tombados nos Bairros de Santo Antônio, do Recife e de São José.

Ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer imóvel localizado nas proximidades da coisa tombada seja abarcado por aquele conceito e, em consequência, pelos efeitos do tombamento. Ora, nem sempre o cidadão comum tem condições de detectar até onde se estendem as adjacências do bem tombado, para fins de sua tutela, quando a respectiva região não se encontra previamente definida pela autoridade administrativa competente, de modo que não se lhe pode exigir que as presuma.

Para ratificar este entendimento, trago à colação as pertinentes lições transmitidas por Sônia Rabello de Castro, no seu livro *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*; Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 122/123:

(...) Outra questão, com relação ao art. 18, é a definição do que venha a ser “vizinhança” do bem tombado. Deixou a lei ao alvedrio da autoridade administrativa estabelecer, a cada caso, os limites desta vizinhança. Uma pergunta coloca-se: é possível admitir-se a incidência da tutela sem ato administrativo que se estabeleça previamente os seus limites? Isto é, sem prévia definição do objeto da vizinhança do bem tombado o art. 18 seria auto-executável? Em princípio, não há porque negar-se execução ao art. 18 para prédio que seja, indubitavelmente, vizinho a um bem tombado. Não nos parece razoável negar-se a aplicação do artigo para os casos em que, pelo consenso social, é in-

questionável a situação de vizinhança do prédio. No entanto, como vimos, a vizinhança pode não ser só uma questão de proximidade absoluta mas, muitas vezes, pode se estender por uma área que só seria comprehensível e detectável, em princípio, aos olhos do técnico. Neste caso, quando a área não é detectável ao olho do cidadão comum, para fazer-se exigir a tutela será necessária a prévia determinação da área; isto porque, pela simples publicação da inscrição do tombamento, o que pode ser admissível e, portanto, exigível é que o art. 18 seja aplicável, naquela área vizinha que tenha recognoscibilidade social, ampla e indubitável. Não será, entretanto, exigível a aplicação de tutela em áreas que, recognoscíveis como vizinhança apenas por olhos técnicos, não tenham sido previamente demarcadas, pois sua publicidade pela própria divulgação do tombamento não poderia ter sido ordinariamente definida (...).

Deve-se ressaltar, por oportuno, que a informação de que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional requereu, para a sua proposta orçamentária do ano de 2007, mais recursos financeiros para proceder à revisão das poligonais de entorno da região, não se mostra contraditória com o seu pronunciamento anterior (sobre a circunstância de que as edificações em comento estão fora da área de proteção), uma vez que está dentro de sua esfera de competência efetuar novos estudos técnicos e fixar critérios mais adequados para delinear os parâmetros da vizinhança do acervo patrimonial que pretende defender, levando-se em conta a realidade atual no qual está inserido.

Assim, verificando-se que os padrões utilizados para definir a poligonal de entorno dos bens tombados nos Bairros do Recife, de Santo Antônio e de São José, no ano de 1984, pelo Conselho Consultivo do IPHAN, estão obsoletos, nada impede que dito órgão se movimente no afã de revisá-los e, quem sabe, até remarcá-los. O que não me parece prudente, contudo, é caminhar para trás, fazendo com que eventuais modificações nos critérios de preservação sejam aplicadas a situações consolidadas sob a égide de parâmetros passados diferentes, que, no entanto, atendiam às necessidades da época.

Penso que a definição da área de entorno dos imóveis protegidos nacionalmente é peça de vital importância para o próprio exercício do direito de construir, podendo ser encarado, até mesmo, como um mecanismo de sua efetivação, pois, ainda que a obra esteja situada além das cercanias do bem tombado, não seria plausível admitir uma proteção ilimitada.

Por oportuno, é imprescindível abrir um parêntese para dizer que, em razão de este Relator não se vincular ao resultado da perícia topográfica, conforme exposto linhas atrás, fica desprovida de sentido a discussão a respeito da (im)possibilidade de juntada de novos documentos pela Moura Dubeux Engenharia S/A, quando interposta a sua apelação, consistentes estes em prova técnica carreada aos autos, após o julgamento do feito, para contrapor o laudo topográfico emitido pelo perito judicial. Destarte, não se prendendo este Julgador ao resultado contido neste último, não surte nenhum efeito prático a análise da documentação trazida pela empresa de engenharia, na sua peça recursal, de maneira que me abstendo de manifestar qualquer opinião sobre ela.

Destrinchando o posicionamento aqui expandido, registro que, embora a edificação dos prédios constitua um empreendimento de natureza particular, não deixa de apresentar certo interesse público, tendo em vista que o local onde está sendo realizada se mostra, atualmente, bastante degradado e esquecido, praticamente sem qualquer investimento turístico e com poucas possibilidades de desenvolvimento urbano. A obra em referência proporcionará, de algum jeito, até mesmo que a população como um todo passe a usufruir de benefícios que antes sequer existiam, pois terá a opção, por exemplo, de aproveitar a área de lazer que o Cais José Estelita tem para oferecer, mas que, no momento, não se torna viável, exatamente porque aquela Avenida se encontra inóspita.

Assim, a construção das torres oferecerá, sem dúvida, uma melhor urbanização da área e, ao mesmo tempo, uma alternativa para o incremento do turismo na região, pois é evidente que passará a ser mais movimentada.

Voltando-se, dessa forma, à questão tratada no início deste voto, sobre a ponderação de valores albergados pela Constituição Federal, no que diz respeito à preservação do patrimônio histórico

e artístico nacional e à competência do Município para planejar e ordenar o seu espaço territorial, verifico que ambos estão sendo respeitados, pois não vislumbro violação às normas de proteção e considero que o referido ente da Federação exerceu regularmente as suas atribuições, aprovando projeto que beneficiará não apenas os futuros moradores dos Píeres Duarte Coelho e Maurício de Nassau com as vantagens oriundas desse empreendimento, mas a comunidade, em geral, que também terá acesso aos frutos da possível urbanização que a localidade atrairá.

Desse modo, não encontro mácula passível de correção na licença concedida pela Prefeitura do Recife à empresa Moura Dubeux Engenharia S/A, já que o ente municipal atuou no estrito cumprimento de suas funções constitucionais e de acordo com a sua Lei de Uso e Ocupação do Solo. Configurando-se, assim, todos os seus elementos (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade), sem que nenhum deles esteja contaminado com qualquer sinal de nulidade, devem ser reconhecidas a sua existência e validade.

Nessa linha de raciocínio, deve-se ter em mente que, sendo a licença um ato vinculado, não deixa margem de liberdade para a Administração Pública, de maneira que ela não tem opção para agir de outra forma que não seja aquela determinada pela lei.

In casu, inexistindo discricionariedade na licença para construir, não há que se falar em impossibilidade de revisão do mérito administrativo, conforme sustenta a Moura Dubeux Engenharia S/A, sendo plenamente admissível o controle judicial de tal ato administrativo, no que diz respeito a sua compatibilidade com os aspectos da legalidade.

Antes de adentrar no exame do tema relativo à preservação da visibilidade dos bens tombados dos bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife, convém trazer à tona a questão referente à propriedade do terreno onde estão sendo erguidos os prédios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau.

Este assunto ganhou relevo a partir de um pedido feito pela Mesbla S/A (fls. 544/547 do vol. III) para ingressar no processo na qualidade de litisconsorte ativa, ao lado do MPF, sob o argumento de que seria a verdadeira dona do bem em tela.

Alegou, para tanto, que, embora fosse foreira do referido imóvel, desde os idos de 1954, a Secretaria do Patrimônio da União, na década de 80, por engano, expediu uma certidão de transferência do domínio útil dele, em benefício da Mesbla Veículo Ltda. Anos depois, uma ação trabalhista foi ajuizada em nome desta última, em razão, exatamente, de ela constar nos cadastros da SPU como a dona do imóvel, tendo a Moura Dubeux Engenharia S/A o arrematado, ao final da competente execução. Aduziu, ainda, que ingressou com um processo, na Justiça do Trabalho, contra a construtora, através do qual visa à anulação da praça.

Com base nessas circunstâncias fáticas, percebe-se que o Magistrado, na sentença, levou em consideração a possibilidade de a propriedade do bem ter sido adquirida irregularmente e, a par disso, trilhou pelo entendimento de que, se permitisse a continuidade da obra, incorreria em grave ofensa ao art. 1247 do CC, pois, caso cancelado o registro, poderia o efetivo dono reivindicá-lo, independentemente da boa-fé de terceiros.

Conquanto compreensível a preocupação do Juízo *a quo*, saliente que esta ação civil pública não é a via processual mais adequada para abrir discussão em torno da propriedade do terreno onde estão sendo construídas as duas torres, haja vista ser notório que através dela se procura defender interesses difusos, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ao passo que a matéria referente à aquisição do domínio do imóvel denota, às escâncaradas, a intenção de proteger direito de natureza individual.

Tanto é assim que o próprio Ministério Público Federal, na promoção de fls. 625/626 do vol. III, manifestou-se contrariamente à inclusão da Mesbla S/A no feito, sob os seguintes argumentos:

(...) Com efeito, enquanto a presente ação tem como objetivo impedir a construção de edifícios que atentam contra o patrimônio histórico e cultural brasileiro, a ação da Mesbla S/A perante a Justiça obreira tem como fim anular a arrematação do terreno onde está sendo realizada aludida obra, sob a alegação de que referido imóvel teria sido alienado indevidamente para satisfação de um crédito trabalhista que não era de sua responsabilidade.

Importa destacar que, tratando-se de ação civil pública em que se discute a proteção de direitos difusos, a admissão

de particular como assistente, defendendo interesse próprio, pode ocasionar tumulto na regular tramitação da ação, retardando a prestação jurisdicional perseguida.

Assim, é fácil perceber a divergência de fundamentos de referidas ações, o que afasta a presença do interesse jurídico da Mesbla S/A na presente demanda (...). (Fl. 626)

Destarte, como já existe uma ação anulatória em curso na Justiça do Trabalho, ajuizada pela Mesbla S/A, com o propósito de anular a arrematação do bem adquirido pela Moura Dubeux Engenharia S/A, não se mostra razoável que dita matéria seja trazida para debate no âmbito desta ação coletiva, sob pena de provocar verdadeira confusão na sua causa de pedir, com a inversão dos valores a serem tutelados, de modo que este assunto não poderia ter contribuído para o Magistrado determinar o embargo da obra.

No tocante ao quesito da visibilidade do imóvel tombado, registro, a princípio, que, por entender que, *in casu*, não haveria necessidade de o IPHAN ter autorizado previamente a realização da construção dos edifícios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, em razão de a área em tela estar fora da poligonal de entorno dos bens protegidos na região, consoante exposto linhas atrás, fica, a rigor, prejudicada qualquer análise acerca da existência, ou não, de prejuízo à visão do conjunto urbano tombado naquela localidade, pois falta um dos requisitos exigidos pelo art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37 para que tal dispositivo legal seja violado.

A despeito disso, apenas para firmar em bases sólidas o posicionamento aqui externado, passarei a apreciar o tema relativo à visibilidade dos imóveis tombados e começo por informar que a Doutrina, atualmente, confere-lhe um conceito mais amplo, que não se restringe tão-só à sua percepção física, porém abarca a idéia de que, dentro do contexto em que estiver inserido, eventual empreendimento a ser realizado em suas adjacências deve estar em perfeita harmonia e integração com ele. Nesse sentido, fala-se em visão material e simetria dos estilos arquitetônicos e do gabarito das construções.

Quanto à alegação de que os prédios em tela afetariam a vista do acervo patrimonial tombado nos Bairros de Santo Antônio, de São José e do Recife, considero importante destacar o trabalho técnico (fls. 901/1.020 do vol. IV) desenvolvido por Maria do Ampa-

ro Pessoa Ferraz, concretizado nos mapas e nas fotografias que o acompanham, através do qual ficou constatado que um observador que esteja situado nas Pontes do Pina (Agamenon Magalhães e/ou Paulo Guerra), parado ou em movimento, vindo de Brasília Teimosa, terá o campo de visão desobstruído para contemplar as torres das igrejas existentes naqueles bairros, sem que os empreendimentos imobiliários provoquem nele (campo de visão) qualquer interferência.

Eis o que dita profissional afirmou, às fls. 973 e 975:

(...) Considerando que qualquer observador - parado ou em movimento - nas "pontes Agamenon Magalhães e/ou Paulo Guerra" nem (*sic*) de "Brasília Teimosa", NÃO terá obstáculo à visibilidade de bens tombados nacionais em decorrência da construção dos prédios em questão;

(...)

Estes perfis demonstram que a visibilidade das Igrejas não está ameaçada pelos edifícios projetados. As edificações hoje existentes, compondo a paisagem, já limitam a visibilidade das Igrejas mesmo no seu entorno. (...)

Por meio das imagens acostadas ao referido parecer (cf. fls. 972/981), é fácil perceber que, qualquer pessoa, ao atravessar as aludidas Pontes do Pina, por exemplo, terá condições de visualizar os vértices dos templos religiosos localizados no Centro do Recife, sendo bastante evidente o fato de que eles, se não podem ser contemplados em sua inteireza, não é por causa da construção dos Píeres Duarte Coelho e Maurício de Nassau, mas em razão do próprio casario situado nas redondezas, independentemente da altura que este último ostente (fls. 979/981).

Nesse contexto, pode-se dizer que boa parte do Forte das Cinco Pontas é encoberta pelo viaduto construído ao seu lado (v. fl. 983), de maneira que, estando a pessoa, na Avenida Sul ou na Ponte Agamenon Magalhães, a depender do ângulo onde estiver, não o consegue ver completamente.

Tanto isso é verdade que a profissional acima mencionada afirmou que "(...) ele somente pode ser visto a partir de um observador, em trânsito pelo viaduto das 5 Pontas ou a partir de um observador a poucos metros dele (...)" . (Fl. 982)

O mesmo pode ser dito em relação ao Mercado de São José, que também se encontra cercado por construções que dificultam a sua visão, de sorte que a sua contemplação só se torna efetivamente completa quando se chega perto dele (v. fl. 953).

Creio que, embora as edificações atualmente existentes nos Bairros de São José, de Santo Antônio e do Recife sejam, em sua maioria, de baixo gabarito, registro que em tais locais não deixa de haver prédios de altura elevada e, apesar disso, continuam “de pé”, sendo certo que alguns deles se situam em plena área de preservação do patrimônio histórico e artístico nacional, como o Edf. Bandepe (no Cais do Apolo), Edf. Votorantim (na Rua Madre de Deus), o Edf. dos Despachantes Aduaneiros (na Travessa Praça do Arsenal da Marinha), Edf. Garagem (na Rua do Imperador) e o Edf. São José (no Largo das Cinco Pontas). A esse respeito, vale conferir os documentos de fls. 949, 985 e 1.001.

Imagino que, a princípio, sendo a intenção do Poder Público proteger a visibilidade da coisa tombada, para que os transeuntes possam melhor contemplá-la e emocionar-se diante dela, não deveria haver, sequer, qualquer construção em sua volta, no intuito de que a visão que se possa ter dela seja a mais fiel possível. No entanto, não se pode esquecer que os centros urbanos tendem a desenvolver-se com o passar dos anos e exigem, assim, cada vez mais espaços, de modo que, na prática, as regiões onde estão situados os imóveis tombados também são atingidas pelo crescimento das cidades e acabam por perder, naturalmente, um pouco do privilégio que detinham (e detêm), ainda que as edificações atuais sejam de pequeno porte.

Vale ressaltar, assim, que a paisagem urbana se modifica ao longo do tempo e absorve o tom que predomina na respectiva época, incorporando, pois, as novas tendências estéticas e criatividades, o que só denota o avanço da arte e da Arquitetura no período correspondente.

Nesse diapasão, torna-se difícil manter a similitude das expressões arquitetônicas, uma vez que cada momento apresenta uma marca que lhe é peculiar, uma maneira própria de pensar e de produzir, que também precisa ser preservada, sob pena de se atravancar o progresso cultural de um povo.

Registro, portanto, que os diferentes estilos ornamentais de determinadas épocas podem conviver de modo harmonioso, sem que a presença de um afete negativamente a existência do outro, sendo certo que poderão oferecer à população um vastíssimo ensinamento histórico e artístico que lhes sejam intrínsecos, somente aumentando as possibilidades de uma completa identificação entre o homem, o seu passado e o seu presente.

Aqui, abro mais um breve parêntese para salientar que as Instituições Públcas, ao invés de apenas se preocuparem com a visibilidade dos bens tombados de suas cidades, deveriam voltar-se, muito mais, para a busca de uma verdadeira e efetiva preservação do patrimônio histórico, sob o ponto de vista de sua revitalização material, o que não acontece na prática.

É oportuno destacar que não se pode afirmar que a postura adotada pela Prefeitura, ao permitir a construção dos prédios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, vai de encontro ao Projeto denominado Complexo Turístico Cultural Recife-Olinda 2003, o qual objetivava “oferecer propostas e instrumentos para promover a integração do planejamento e gestão territorial com a gestão das atividades turístico-culturais, na região que compreende os núcleos históricos de Recife e Olinda e seus eixos de conexão” e “elaborar diretrizes de uso e ocupação do solo com indicativo de zoneamento e atividades desejáveis, visando favorecer a dinamização cultural e econômica” (fl. 326 do vol. II), pois dito Plano não tem nenhum valor de ordem legal, por expressar apenas meras propostas de melhoria dos setores turístico e econômico entre as duas cidades citadas, de modo que não pode ser tido como parâmetro para fundamentação de qualquer decisão.

Outrossim, cai por terra a alegação segundo a qual a licença concedida pelo Município à Moura Dubeux Engenharia S/A seria contraditória com a sua intenção de requerer, junto à UNESCO, o reconhecimento dos Bairros de Santo Antônio, de São José e do Recife como Patrimônio da Humanidade, já que, conforme se percebe, não há nada nos autos que indique que a Prefeitura concretizou tal pleito, sendo importante ressaltar que esse intento não passa de deliberações administrativas, as quais não exprimem nenhuma validade sob o aspecto da legalidade.

Vale dizer, ainda, que, admitindo-se a viabilidade da construção em comento, a partir da verificação da ausência de violação às legislações que cuidam do assunto, não há que se falar em tentativa da citada empresa de aplicar a Teoria do Fato Consumado, mormente se considerado que a continuidade da obra restou assegurada através de ordem judicial emanada deste egrégio Tribunal.

Pois bem. Diante de todas as razões anteriormente expostas, não enxergo razões aceitáveis para determinar a demolição das edificações em comento, principalmente porque restou demonstrado, ao longo do processo, pelo próprio IPHAN, que o terreno onde elas estão sendo realizadas está fora da poligonal de entorno dos bens tombados na região. Assim sendo, seria dispensável a manifestação prévia dessa autarquia acerca da viabilidade do empreendimento imobiliário em tela, resultando, daí, a legalidade do ato administrativo exarado pelo Município do Recife que autorizou a execução da referida construção.

Desta forma, não vislumbro qualquer ofensa aos dispositivos constitucionais que tratam da matéria (arts. 23, III; 24, VII; 30, VIII e IX; e 216, § 1º), ao art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, ao art. 62 da Lei nº 16.176/96 (LUOS) e, por via oblíqua, aos preceitos contidos no Plano Diretor da Cidade do Recife (Lei nº 15.547/91), no tocante aos arts. 1º a 3º e 13, invocados pelo MPF, de modo que devem ser rechaçados os pedidos contidos na inicial.

Importa salientar, por oportuno, que por tratar o presente feito de ação de natureza coletiva, o Ministério Público Federal fica dispensado do pagamento das verbas de sucumbência, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85. É neste sentido o teor do aresto a seguir transscrito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE COMPROVADA MÁ-FÉ. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85.

1. É incabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios em sede de Ação Civil Pública, Execução e Embargos a ela correspondentes, salvante na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do

Parquet. Precedentes do STJ: REsp 419.110/SP, DJ 27.11.2007, REsp 736.118/SP, DJ 11.05.2006 e REsp 664.442/MG, julgado em 21.03.2006.

2. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

3. O ônus da sucumbência na ação civil pública subordina-se a um duplo regime a saber: (a) vencida a parte autora, aplica-se a *Lex specialis* (Lei 7.347/85), especificamente os arts. 17 e 18, cuja *ratio essendi* é evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais e (b) vencida a parte ré, aplica-se *in totum* o art. 20 do CPC, na medida em que, à míngua de regra especial, emprega-se a *lex generalis, in casu*, o Código de Processo Civil.

4. Recurso especial provido para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios imposta ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ora Recorrente.

(STJ, 1^a T., REsp 896.679/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.05.08, p. 01).

Enfim, antes de encerrar este voto, convém apreciar se deve ser mantida a condenação da Moura Dubeux Engenharia S/A por litigância de má-fé.

Acerca deste instituto, reza o art. 17 do CPC, *in verbis*:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Tal proceder possibilita a imposição de penalidade pecuniária a ser fixada de acordo com o disposto no art. 18 do Estatuto Processual Civil:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

In casu, o Magistrado impôs à aludida empresa multa e indenização, respectivamente, de 1% e 20%, ambas sobre o valor envolvido na causa, por considerar que ela opôs, ao longo do processo, incidentes manifestamente infundados, consistentes em duas exceções de suspeição (EXSUSPTR nºs 794 e 803) e uma Representação (nº 000.88.0003-2007-03), todas julgadas improcedentes por este egrégio Tribunal, além de ter alegado a parcialidade do perito topógrafo. Entendeu o Juiz, assim, que os objetivos desses incidentes seriam, única e exclusivamente, os de retardar o trâmite do feito e ocasionar a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

Compulsando os autos, não posso deixar de discordar das razões expostas pelo Juízo *a quo*.

De início, há que se registrar que o simples fato de opor exceção de suspeição não significa dizer que a parte está agindo de má-fé, se não ficar demonstrado o intuito malicioso de empurrar o andamento do processo. Confira-se, a propósito, o teor do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PROCEDIMENTO NÃO CARACTERIZADO. EXCLUSÃO DA PENALIDADE. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. CPC, ART. 17.

I. Divergência jurisprudencial não comprovada, à míngua de atendimento aos pressupostos legais e regimentais da espécie.

II. Conquanto errônea a interpretação da parte relativamente à manifestação do juízo sobre antecipação de entendimento, na verdade incorrido, a mera oposição da exce-

ção não chega a caracterizar litigância de má-fé, a atrair a penalidade respectiva, isoladamente, quando não identificado nítido propósito de procrastinar ou tumultuar o andamento da lide.

III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido, para excluir a cominação imposta.

(STJ, 4^a T., REsp 258.107/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 10.02.03, p. 212).

Nesse contexto, pode-se dizer que as exceções opostas pela citada construtora, apesar de uma delas não ter sido conhecida, por ser intempestiva (fls. 1.560/1.563 do vol. VI), e a outra ter sido indeferida liminarmente, não têm força suficiente para caracterizar a má-fé imputada àquela apelante, pois ausentes elementos fáticos concretos que indiquem ter a ré atuado de maneira maliciosa durante o transcurso do feito.

Ademais, é de se salientar que tais incidentes foram resolvidos rapidamente por esta egrégia Corte, sendo fácil perceber, a partir do manuseio dos autos, que em nada atrapalharam o curso regular da ação civil pública.

É importante destacar que, ao proferir decisão na EXSUSPTR nº 803, embora tenha este Relator deixado claro que a referida exceção apresentava, na verdade, nítido caráter judicial, porque impugnava um ato jurisdicional exarado pelo Juiz, e configurava um meio de provocar tumulto no processo e adiar a solução da lide, registro que, naquela ocasião, levou-se em consideração a litigiosidade e complexidade da matéria, traduzida nos vários agravos de instrumento interpostos ao longo da aludida ação coletiva, de sorte que a promoção de mais um incidente revelava, à primeira vista, a impressão de que havia intenção da Moura Dubeux Engenharia S/A de retardar o julgamento da causa.

Agora, estudando com mais vagar o feito, desde o seu nascendouro, constato que a referida pessoa jurídica não agiu de maneira ardilosa na prática dos atos que lhe competiam, sendo certo que o Ministério Público não conseguiu demonstrar a existência de prejuízo processual e, principalmente, o dolo de que deve estar imbuído o litigante de má-fé.

No tocante à representação à qual faz alusão o Magistrado a quo, verifico que o fato de ela ter sido julgada improcedente não

induz à conclusão de que a parte estava agindo maliciosamente, pois o manejo deste instrumento constitui o exercício de um direito que é conferido ao interessado, a fim de que leve ao conhecimento do Tribunal algum acontecimento indicador de que o magistrado tenha cometido erros, abusos ou faltas contra o decoro de suas funções, a probidade ou contra os interesses das partes.

Enfim, quanto à exceção oposta em face do perito que realizou a perícia topográfica (v. fls. 2.874/2.878 do vol. XI), importa frisar que, se não restaram demonstrados os motivos de suspeição do experto judicial, da mesma forma não ficou comprovado, após análise das mencionadas peças, qualquer intenção ardilosa da apelante.

Destarte, à míngua dos pressupostos elencados nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, não há como manter a condenação da Moura Dubeux Engenharia S/A por litigância de má-fé, devendo ser afastadas as sanções pecuniárias a ela imposta.

Diante das considerações expendidas no corpo deste voto e levando-se em conta que a área onde estão sendo construídos os Edifícios Píer Duarte Coelho e Píer Maurício de Nassau, situada no Cais de Santa Rita nº 645, nesta cidade, não se encontra dentro da poligonal de entorno traçada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para a proteção dos bens tombados nos Bairros de Santo Antônio, de São José e do Recife, há de ser mantida a higidez do ato administrativo emanado da Prefeitura, consubstanciado na licença concedida àquela empresa de engenharia para a construção dos aludidos empreendimentos imobiliários.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares suscitadas, nego provimento ao agravo retido e, no mérito, dou provimento à remessa oficial e às apelações, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, bem como para afastar a condenação imposta à Moura Dubeux Engenharia S/A por litigância de má-fé, ficando o Ministério Público Federal isento do pagamento das verbas de sucumbência, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 440.173-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: IÉDA DUARTE CAZÉ
Advs./Procs.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DO INSS,
DRA. ANA CÂNDIDA VIEIRA DE ANDRADE

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE, FORMULADO PELA GENITORA DO SEGURADO. PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MÃE EM RELAÇÃO AO FILHO FALECIDO, SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DEFERIMENTO DO AMPARO SOCIAL AO IDOSO, EM FAVOR DA AUTORA, NO CURSO DA AÇÃO. BENEFÍCIO INACUMULÁVEL. DIREITO DE COMPENSAÇÃO DAS PARCELAS JÁ RECEBIDAS, A TÍTULO DE AMPARO, COM AS DEVIDAS À DEMANDANTE EM RELAÇÃO À PENSÃO POR MORTE, A CONTAR DO PEDIDO ADMINISTRATIVO.

- *Precedente desta eg. 3^a Turma: AC 433.963-CE, de minha relatoria, julgado em 27 de março de 2008, DJU-II de 28 de abril de 2008.*
- *Remessa oficial provida, em parte, apenas para determinar a observância da Súmula 111 do STJ, no cálculo dos honorários advocatícios. Apelação improvida.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 19 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

O Instituto Nacional do Seguro Social apelou de sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte, formulado por Iêda Duarte Cazé, na condição de genitora do segurado, com efeitos retroativos à data do pedido administrativo, antecipando os efeitos da tutela e determinando a compensação dos valores pagos a título de benefício assistencial, no curso da ação, em favor da requerente.

Sustenta o apelante ser indevida a concessão da pensão pleiteada, porque inexiste nos autos prova da dependência econômica da autora em relação ao segurado. Aduziu, também, que a promovente recebe amparo social, desde novembro de 2004, sendo tal benefício inacumulável com qualquer outro do Regime Geral de Previdência Social.

Sem resposta ao recurso, vieram-me os autos, por distribuição, para o exame do apelo e do reexame obrigatório.

Em sede de embargos declaratórios, os juros de mora foram fixados em meio por cento ao mês, a partir da citação, até a vigência do novo Código Civil (janeiro/2003), e, em seguida, elevados para um por cento ao mês, corrigindo-se o débito pelas regras da Lei 6.899/81, f. 115-116.

É o relatório, em síntese.

Dispensada a revisão. Em pauta.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O ex-segurado, Cícero Duarte Cazé, filho da demandante, faleceu, em 22 de junho de 1997, aos vinte e três anos de idade, solteiro e sem filhos, fls. 10 e 12.

O art. 16 da Lei 8.213/91, vigente à data do óbito, fl. 12, contempla a promovente dentre o rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, cuja dependência econômica em relação ao instituidor do benefício deve ser demonstrada, a teor do disposto no § 4º do citado artigo.

Para provar a condição de segurado do instituidor do benefício foi apresentada a cópia da CTPS do falecido filho, fl. 14.

A demandante provou que o ex-segurado morava com ela e a ajudava financeiramente, sobretudo, por ser solteiro e sem filhos, mediante a juntada dos seguintes documentos: a) conta de luz, em nome da autora, fl. 40, com mesmo endereço do segurado, constante nos carnês de pagamento de utilidades domésticas, fl. 20-23 e b) declaração firmada pelo Pastor da Igreja Evangélica, na qual é atestado o endereço em comum da promovente e do segurado, fl. 42.

A prova testemunhal, colhida com as cautelas legais, foi uníssona, em confirmar a qualidade de segurado e a condição de dependente da demandante em relação ao filho, a exemplo do testemunho de Maria Eudócia da Silva Mendes, ao asseverar que *há trinta anos conhece a autora, que é sua vizinha; que a autora tinha cinco filhos, sendo Cícero o mais velho; que quando do falecimento do Cícero, as filhas eram menores; que nenhum dos filhos trabalhava; que a autora e seu marido não trabalhavam; que Cícero vivia do trabalho para casa e freqüentava a igreja “dos crentes”; que não tinha dependentes; que Cícero era responsável pela manutenção da casa e pela compra dos remédios da autora;* fl. 93.

Não se exige que a dependência econômica seja exclusiva, como bem testifica a Súmula 229 do ex-TFR ao dispor:

A mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo que não exclusiva.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia 3^a Turma deste Tribunal:

Previdenciário. Pensão por morte. Genitora de segurado da Previdência Social. Comprovação da dependência econômica. Direito ao benefício.

1. Conforme a Súmula nº 229, do extinto Tribunal Federal de Recursos, a mãe do falecido segurado faz jus à pensão por morte, desde que demonstrada a dependência econômica, ainda que esta não seja exclusiva.

2. Os documentos colacionados aos autos demonstraram, de forma convincente, a dependência econômica da Autora do seu falecido filho, que era solteiro e morava em São

Paulo, mas contribuía efetivamente para o sustento da mãe, depositando, mensalmente, na Caixa Econômica Federal, a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinqüenta reais).

3. parcelas vencidas são devidas desde o requerimento administrativo do benefício, e não, desde o óbito do instituidor, nos termos do art.74, II, da Lei nº 8.213/91.

4. Quanto aos juros de mora. Os Tribunais vêm se posicionando no sentido de que, se cuidando de verba alimentar, deve ser adotado o percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (Súmula 204 do STJ), tal como determinado na sentença, e não, 0,5% (meio por cento), conforme requerido pela Apelante.

5. Os honorários advocatícios devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento), porque remuneram com razoabilidade o trabalho do causídico, devendo, incidir, contudo, apenas sobre as prestações vencidas até a prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do colendo STJ, merecendo reforma a sentença nesse particular.

6. Apelação e remessa oficial providas, em parte (AC 292.171-AL, 3^a Turma, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho - convocado, julgado em 30 de setembro de 2004, DJU-II de 21 de outubro de 2004).

Assim, restaram atendidos os requisitos para deferimento da pensão por morte em favor da autora: condição de segurado do instituidor e de dependente da autora e a dependência econômica entre eles, pelo que tem direito a apelada à pensão por morte do filho.

Contudo, tendo o INSS, ora apelante, provado o deferimento do amparo social em favor da autora, em 24 de novembro de 2004, fl. 100, e, por tratar-se de benefício inacumulável com qualquer outro, nos termos do art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93, deve ser cancelado o benefício assistencial, pagando-se as parcelas da pensão por morte, com efeitos retroativos à data do pedido administrativo [08 de agosto de 1997, f. 16], compensando-se os valores pagos a título do benefício assistencial até a implementação daquela.

Nesse sentido, vêm decidindo as egrégias 2^a e 3^a Turmas, cujas ementas ora destaco:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE À VIÚVA DE EX-SEGURADO. CUMULAÇÃO COM AMPARO ASSISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. EFEITOS FINANCEIROS.

1. A esposa, na condição de dependente de ex-segurado da Previdência Social, tem direito à percepção de pensão por morte daquele.
2. Hipótese que a demandante já recebe amparo assistencial por idade e sendo este inacumulável com a percepção do benefício de pensão pleiteado, deve aquele (o primeiro) ser cancelado.
3. Os efeitos financeiros devem retroagir à data da proposta da ação e não à do óbito visto que foi a partir daquele momento (propositura da ação) que a autora manifestou expressamente sua vontade em optar pelo benefício de pensão.
4. Remessa oficial provida. Apelação prejudicada.

(AC 312.781-PE, 2^a Turma, Relator Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 28 de setembro de 2004, *DJU-II* de 17 de novembro de 2004)

Processual civil. Previdenciário. Pedido de aposentadoria por idade de rurícola. Prova testemunhal e documental, suficiente a evidenciar a condição de trabalhadora rural da demandante. Direito ao benefício a partir do requerimento administrativo [07 de agosto de 2000]. Deferimento de amparo social ao idoso, no curso da ação [29 de setembro de 2007]. Benefício inacumulável. Direito de compensação das parcelas já pagas a título de amparo com as devidas à demandante em relação à aposentadoria por idade. Improvimento da remessa oficial e da apelação.

(AC 433.963-CE, 3^a Turma, de minha relatoria, julgado em 27 de março de 2008, *DJU-II* de 28 de abril de 2008)

Desse modo, correta a sentença que determinou a implantação da pensão, nos termos explicitados.

Por força do reexame necessário, determino que no cálculo dos honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da condenação, seja observado o limite disposto na Súmula 111 do STJ.

Com estes fundamentos, dou provimento, em parte, à remessa oficial, a fim de determinar a observância ao limite da Súmula 111 - STJ, no cálculo da verba honorária, e nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 446.039-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)

Apelantes: FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ (MANTENEDORA DA UNIFOR), JOÃO GONÇALVES MENDES E CÔNJUGE E UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

Apelados: OS MESMOS

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. ERICK DE SARRIUNE CYSNE E OUTROS, HELDER LIMA DE LUCENA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FALECIMENTO DE CANDIDATA NO CAMPUS DA UNIFOR DURANTE VESTIBULAR PROMOVIDO PELA UFC. MORTE EM RAZÃO DE ESTUPRO, SEGUIDO DE TRAUMATISMO CRANIANO E ASFIXIA POR ESTRANGULAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. CUMULAÇÃO DE DANOS MATERIAIS COM DANOS MORAIS. SÚMULA 37/STJ. ARTIGO 37, § 6º, DA CF.

- A hipótese sob exame reclama análise do alcance estabelecido pela Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, quanto à responsabilidade objetiva do Estado, oriunda da teoria do risco administrativo, segundo a qual havendo relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano, responde a Administração pelo mesmo.

- Os autores são pais de menor falecida, em novembro/2000, vítima de homicídio verificado no campus da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, quando da realização do concurso vestibular, do qual era candidata, para ingresso na Universidade Federal do Ceará - UFC.

- Observa-se que, para os terceiros estranhos adentrarem no espaço físico da universidade em

apreço, fez-se necessária a autorização dos seguranças das rés presentes quando da realização do vestibular. Desta forma, não zelaram as promovidas pela integridade física da candidata.

- In casu, a responsabilidade decorre de omissão das rés, por falta de vigilância no local, implicando numa conduta específica, ensejando a teoria do risco administrativo. Como se constata nos autos, não restam dúvidas quanto à caracterização do dano, já que da conduta dos promovidos resultou a morte da filha dos autores.

- Ninguém pode dizer, com certeza, qual o preço de uma vida, mas pode-se tentar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia significativa em razão da perda sofrida. Assim, deve ser pago aos autores o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais, pagos de forma solidária pelas rés, sendo R\$ 100.000,00 para cada promovente.

- É devido pensionamento mensal (danos materiais) pela morte de filho menor (impúbere) se constatado, como na hipótese, pertencer ele a uma família de baixa renda. Nesse caso, conforme entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, presume-se, diante da realidade social brasileira, que o morto poderia contribuir com o orçamento familiar se vivo estivesse.

- Conforme entendimento consolidado do STJ, a pensão mensal em favor dos pais, diante do falecimento de menor, deve ser paga em valores correspondentes a 2/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzido para 1/3, até a data em que o de cujus completaria 65 anos de idade (REsp 653.597-AM, Rel. Min. Castro Meira, DJ 14.10.2004; REsp 533.242-DF, Rel. Min. Fernando Junior, DJ 18.03.2004; REsp 514.384-CE, Rel. Min. Aldir Passarinho).

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento às apelações dos autores, da UNIFOR e da UFC, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de ação ordinária movida por João Gonçalves Mendes e Eliúde Quintino de Aguiar contra a Universidade Federal do Ceará - UFC e a Universidade de Fortaleza - UNIFOR, objetivando indenização por danos morais e materiais, decorrentes do falecimento de sua filha Elian de Aguiar Mendes, ocorrido em 19 de novembro de 2000.

Argumentam os autores que sua filha, então com 17 anos, candidata do vestibular da Universidade Federal do Ceará/2001.1. faleceu, em razão de hemorragia encefálica por traumatismo craniano e asfixia por estrangulamento. A morte da garota ocorreu no campus da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, no interior do banheiro feminino do “bloco Q”. Aduzem que o crime aconteceu em decorrência da omissão e negligência das promovidas, que não tomaram os cuidados necessários para garantir a segurança dos candidatos, e permitiram que indivíduo alheio ao certame ingressasse nas dependências da UNIFOR e praticasse o delito que culminou no falecimento de sua filha.

Pugnaram pela condenação das rés no pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 500.000,00 para cada uma das promovidas, mais indenização por dano material, no valor de R\$ 398.720,00 ou pensão mensal calculada conforme consta da inicial.

O MM. Juiz monocrático julgou parcialmente procedente o pleito, e condenou, de forma solidária, as rés ao pagamento de indenização, por dano moral no valor de R\$ 200.000,00, sendo R\$ 100.000,00 para cada promovente, e ainda no pagamento de pensão aos autores.

Inconformados, recorreram os autores, a UFC e a UNIFOR.

Após contra-razões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de ação ordinária movida por João Gonçalves Mendes e Eliúde Quintino de Aguiar contra a Universidade Federal do Ceará - UFC e a Universidade de Fortaleza - UNIFOR, objetivando indenização por danos morais e materiais, decorrentes do falecimento de sua filha Elian de Aguiar Mendes, ocorrido em 19 de novembro de 2000.

Argumentam os autores que sua filha, então com 17 anos, candidata do vestibular da Universidade Federal do Ceará/2001.1. faleceu, em razão de hemorragia encefálica por traumatismo craniano e asfixia por estrangulamento. A morte da garota ocorreu no campus da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, no interior do banheiro feminino do “bloco Q”. Aduzem que o crime aconteceu em decorrência da omissão e negligência das promovidas, que não tomaram os cuidados necessários para garantir a segurança dos candidatos, e permitiram que indivíduo alheio ao certame ingressasse nas dependências da UNIFOR e praticasse o delito que culminou no falecimento de sua filha.

Pugnaram pela condenação das rés no pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 500.000,00 para cada uma das promovidas, mais indenização por dano material, no valor de R\$ 398.720,00 ou pensão mensal calculada conforme consta da inicial.

Na questão em análise não existe dúvida sobre o fato delitioso, uma vez que a morte da filha dos postulantes, na forma como relatada, não é controversa.

Por adotar os argumentos constantes da sentença, entendo que não merecem prosperar as preliminares suscitadas.

A hipótese sob exame reclama análise do alcance estabelecido pela Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, à responsabilidade objetiva do Estado, oriunda da teoria do risco administrativo, segundo a qual, havendo relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano, responde a Administração pelo mesmo.

Confira-se o dispositivo:

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

(...)

§ 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.

Do texto constitucional, constata-se que o direito pátrio adotou a teoria do risco administrativo, pelo que se exige, para efeito de indenização por responsabilidade civil do Estado, a conduta do agente, o nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

No presente caso, cumpre indagar se as promovidas têm responsabilidade pela morte de candidata do vestibular da UFC, ocorrido nas dependências da UNIFOR, a qual cedera seu campus para a realização do vestibular da universidade federal. Entendo que o mero uso de espaço de terceiros não afasta o dever de segurança da universidade, que se obriga a resguardar e preservar, física e psicologicamente, os candidatos que pretendem ingressar em seu corpo discente.

Verifica-se, da análise dos autos, que pessoas completamente alheias ao exame vestibular ingressaram no âmbito da UNIFOR. Não foram identificados pela segurança existente nos portões de entrada, nem pela presente no interior do prédio. Os terceiros estranhos estupraram e mataram, com golpes contundentes, a filha dos autores, que faleceu em razão de hemorragia encefálica por traumatismo craniano e asfixia por estrangulamento.

Com isso, observa-se que o serviço de segurança prestado pelas rês mostrou-se falho. Tanto é verdade que a Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura, que juntamente com a UNIFOR integra a Fundação Edson Queiroz, contratou serviço extra de vigilância armada. Se tal ocorreu, demonstrada encontra-se a insuficiência da vigilância no dia da morte da candidata.

Cito trecho da sentença, por irretorquível:

Friso que, como se não bastasse o indelegável dever de segurança que surge do simples fato de a universidade realizar um vestibular, cabia à UFC, como contratante da Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura, a responsabilidade pela fiscalização dos serviços contratados (Cláusula Segunda, I, c, do contrato de prestação de serviços que dormita às fls. 174/176).

Quanto à Fundação Edson Queiroz, em que pese o fato de o vestibular ser de responsabilidade da UFC, restou comprovado, nos autos, que, no dia da morte da candidata, trabalhava um grande número de seguranças empregados da Fundação Edson Queiroz (vide depoimentos de fls. 88/91 e 93/99 e documentos de fls. 169/173), o que atrai o dever de segurança também para a esfera jurídica da Fundação Edson Queiroz.

Realmente, se seus seguranças trabalharam, ainda que em dia de vestibular da UFC, para prestar serviços de vigilância do campus da UNIFOR, sendo que estes mesmos seguranças tinham o relevante papel de permitir o ingresso nas dependências da UNIFOR somente dos candidatos regularmente inscritos no certame, resulta evidente a responsabilidade da fundação Edson Queiroz por falha de seus empregados, nos termos do já mencionado Enunciado 341 da Súmula do STF e da legislação de regência da matéria (Código Civil de 1916).

Destarte, presente está a conduta omissiva qualificada pela culpa (negligência) das promovidas, seja por ato próprio, seja por ato de terceiros (*culpa in vigilando e in eligendo*). O nexo de causalidade também é manifesto, pois o ingresso dos intrusos no campus da UNIFOR, dando ensejo ao estupro e morte da candidata, foi direta e imediatamente decorrente da falha do serviço de segurança prestado em conjunto por ambas as rés.

A legislação pátria admite, ainda, a forma objetiva de responsabilidade, onde é necessária somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade, dispensada a verificação da culpa, como nos casos de ato lesivo praticado por funcionário no exercício do serviço público e nas relações de consumo.

In casu, a responsabilidade decorre de omissão das rés, por falta de vigilância no local, implicando numa conduta específica, ensejando a teoria do risco administrativo. Como se constata nos autos, não restam dúvidas quanto à caracterização do dano, já que da conduta dos promovidos resultou a morte da filha dos autores.

A ausência ou o mau funcionamento do serviço público provoca indenizações a eventuais prejudicados.

Hely Lopes Meirelles comenta, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, 7^a edição, pág 554/555, que:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou vítima, que além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização. A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.

Ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.

No estágio atual de nosso direito, já não cabe mais questionar a respeito da indenização do chamado dano moral puro, e, por evidência, também se reconhece que o homicídio é causa geradora de lesão aos sentimentos não patrimoniais das pessoas vinculadas a quem faleceu, como os parentes.

Entendendo-se que ficou caracterizada a responsabilidade civil da ré pelos danos causados aos autores, há de se verificar como estes podem ser compensada pelo fato.

O nosso direito positivo acolhe a indenização dos danos morais, porém, não existem nos textos da nossa lei expressões que os definam.

Não se nega a sua função punitiva, devido à sanção imposta ao ofensor, e compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que tenta, com a soma de dinheiro pago a quem sofreu o dano, atender às satisfações materiais ou ideais que se pense convenientes.

Ninguém pode dizer, com certeza, qual o preço de uma vida, mas pode-se tentar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia significativa em razão da perda sofrida. Assim, entendo que deve ser pago aos autores o valor estabelecido na sentença. de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais, sendo R\$ 100.000,00 para cada promovente.

A jurisprudência do STJ, consolidada no enunciado da Súmula 37, tem entendido possível a cumulação de danos materiais e morais decorrentes do mesmo fato. Nesse sentido, cito as seguintes decisões:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

1) Naufrágio da embarcação Bateau Mouché IV. Figuração da União Federal no pólo passivo da relação processual. Competência interna do Superior Tribunal de Justiça. Demanda possui natureza acentuadamente privatística. Característica predominante para efeito de determinação da

competência, critério que resulta da norma inscrita no caput do art. 9º, RI/STJ. Competência da 2ª Seção.

2) Exclusão da União da responsabilidade pela indenização de danos materiais. Aos outros réus, pelo mesmo ato ilícito, estende-se a eficácia dessa decisão em homenagem à regra de unitariedade. Despicienda, na hipótese, a natureza do litisconsórcio, o que importa é saber se a situação jurídica será decidia uniformemente para todos os litigantes-réus. Os interesses são coincidentes, logo, o recurso de um aproveita aos demais.

3) Indenização por ato ilícito. Cumulação das indenizações por danos patrimonial e moral. Morte de menor impúbere, não trabalhador, cuja família não é pobre. Documento: 2043762 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 2 de 5 Superior Tribunal de Justiça Inacumulabilidade. Resarcíveis, somente, no caso, os danos morais.

Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 158.051/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Corte Especial, julgado em 17.04.2002, DJ 03.06.2002, p. 137)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE AFASTOU ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 535 DO CPC. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CUMULATIVA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM.

Consoante restou consignado na decisão agravada, inexiste no acórdão da Corte a quo qualquer eiva a ser sanada, razão pela qual não se é de acolher a pretensão da recorrente quanto à alegada ofensa ao disposto no artigo 535 do CPC no tocante à possibilidade de cumulação de indenização por danos material e moral. Não faria qualquer sentido reconhecer eventual ofensa ao disposto no artigo 535 do CPC, se há muito a jurisprudência deste Sodalício se firmou no sentido de que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato”, entendimento do qual não discrepa a solução dada ao caso dos autos em acórdão lavrado quase uma década após a aprovação do referido enunciado sumular. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no Ag 474.706/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 25.05.2004, DJ 30.08.2004 p. 245)

É devido pensionamento mensal (danos materiais) pela morte de filho menor (impúbere) se constatado, como na hipótese, pertencer ele a uma família de baixa renda. Nesse caso, conforme entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, presume-se, diante da realidade social brasileira, que o morto poderia contribuir com o orçamento familiar, se vivo estivesse.

Durante algum tempo, entendeu-se que o termo inicial do direito ao pensionamento seria a data do falecimento do filho; no entanto, no julgamento da EREsp nº 107.617/RS, *DJ 01.08.05*, Rel. Min. Ari Pargendler, o Superior Tribunal de Justiça fixou a data em que a vítima faria 14 anos como novo marco para o pagamento da pensão. No caso dos autos, contando a vítima, à época de sua morte, com 17 anos, tem-se como termo inicial a data do seu falecimento.

Conforme entendimento do STJ, é devido o pensionamento mensal em favor dos pais do menor falecido, em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3, até a data em que o de cujus completaria 65 anos de idade. Nesse ponto, indico os seguintes precedentes, entre outros: REsp 653.597-AM, Rel. Min. Castro Meira, *DJ 14.10.2004*; REsp 533.242-DF, Rel. Min. Fernando Junior, *DJ 18.03.2004* Gonçalves, *DJ 20.10.2003*); REsp 514.384-CE, Rel. Min. Aldir Passarinho).

Na hipótese, tem-se vítima falecida aos 17 (dezessete) anos que deixa ao desamparo seus pais, devendo a pensão a ser fixada, para efeito de cálculo de indenização, observar o entendimento da Corte Superior, espelhado nos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FALECIMENTO DE MENOR ATINGIDO POR DISPARO DE ARMA DE POLICIAL MILITAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. CUMULAÇÃO DE DANOS MATERIAIS COM DANOS MORAIS. SÚMULA 37/STJ.

1. Afasta-se a alegada ofensa aos arts. 267, IV, e 295, I e II, do CPC, porque facilmente evidenciada a causa de pedir e porque possível a cumulação de pedido de danos morais com danos materiais a teor da Súmula 37/STJ.

2. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de

fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos e, a partir daí, a pensão será reduzida para 1/3 (um terço) do seu valor, até a idade provável da vítima, 65 (sessenta e cinco) anos.

3. Manutenção do julgado que fixou a pensão em 2/3 do salário mínimo, abatendo-se 1/3 pelas despesas que teria o menor se vivo fosse, à míngua de recurso da parte interessada.

4. Recurso provido em parte. (STJ, REsp 727.439-BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 14.11.2005)

Diante do exposto, nego provimento às apelações para manter o valor da indenização a ser pago por danos morais na quantia de R\$ 200.000,00, consoante disposto na sentença, e determinar o pagamento de pensão aos postulantes, a título de danos materiais, em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, sendo reduzida, a partir daí, para 1/3 do salário mínimo, até a data em que o de cujus completaria 65 anos de idade.

Honorários advocatícios, juros de mora e correção monetária nos termos da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.760-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: EDIVALDO TENÓRIO CAVALCANTE E PAULO DOMINGOS DE ARAÚJO LIMA JÚNIOR

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. HETH CEZAR BISMARCK ATHAYDE BARBOSA OLIVEIRA (1º APTE.) E FABIO COSTA FERRARIO DE ALMEIDA (2º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PENAL. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO. CONTRA-

BANDO. FIGURAS AUTÔNOMAS. RECEPÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA PARCIAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. LEI Nº 9.437/97 E 10.823/2003.

- *Havendo conexão entre crime da competência da Justiça Estadual e crime da competência da Justiça Federal, a indivisibilidade da ação penal reclama a reunião das apurações sobre a presidência do juiz federal. Os atos anteriores à reunião, já praticados no inquérito, por ordem do juiz estadual, são válidos.*
- *É irrelevante, não alterando a competência, a absolvição do acusado, pelo juiz federal, do ilícito que determinou a competência da Justiça Federal. Nesta hipótese, o juiz federal prossegue no julgamento do outro ilícito, máxime pela presença de co-réu condenado pelo crime de contrabando, de competência da Justiça Federal.*
- *Por expressa disposição legal, o crime previsto no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97, não elide o cometimento, em concurso material, do de contrabando ou descaminho.*
- *Não é possível valorizar, para concluir que o réu tem maus antecedentes, condenação por fato que deixou, depois, de ser considerado crime pelo sistema jurídico (sedução), nem é possível considerar circunstância agravante elemento integrante do tipo.*
- *Pronuncia-se a prescrição retroativa se, consumada a caducidade pela pena aplicada na primeira instância, dela não recorreu a acusação;*
- *A edição da Lei nº 10.823/2003, embora mais severa que a anterior – nº 9.437/97, operou abolitio criminis temporária quanto ao crime de posse (não porte) de armas de fogo cometido na vigência segunda.*
- *Apelação de um réu provida em parte; a do outro, totalmente provida.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu Edivaldo Tenório Cavalcante e dar provimento à apelação do réu Paulo Domingos de Araújo Lima Júnior, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de maio 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Tratam os autos de apelações interpostas contra sentença que condenou:

- a) EDIVALDO TENÓRIO CAVALCANTE à pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, mais 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, cada dia calculado em 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo por suposta posse e ocultação ilegal de arma de uso restrito e procedência estrangeira, no exercício de comércio indevido (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97, e Art. 334, § 1º, d, do CP);
- b) PAULO DOMINGOS DE ARAÚJO LIMA JÚNIOR à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 95 (noventa e cinco) dias-multa, cada dia calculado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo por suposta posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e procedência estrangeira bem como aquisição de armamento que sabia ser produto de contrabando (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437, e art. 180, *caput*, do CP).

Em suas razões (fls. 899/914) Edivaldo Cavalcante alega, preliminarmente, a não configuração do ilícito capitulado no art. 334,

§ 1º, *d*, do CP, e consequente incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito. No mérito, pugna pela isenção ou redução da pena imposta argumentando: ausência de discernimento lógico quanto à ilicitude do porte ilegal de arma, ensejando o erro de proibição (art. 21, *caput*, do CP); ocorrência do *bis in idem* na fixação da pena, pois o fato de o apelante ser policial militar fora considerado tanto na circunstância judicial da culpabilidade, quanto na aplicação da causa especial de aumento de pena (art. 10, § 4º, da Lei nº 9.437/97); que a informação contida no interrogatório de que havia sido condenado por crime de sedução não poderia configurar maus antecedentes, por inexistir nos autos prova da referida condenação e pela ocorrência da *abolitio criminis* com o advento da Lei nº 11.106/05, que revogou o art. 217 do CP.

Por sua vez, Paulo Domingos (fls. 974/1.032) recorre aduzindo, em preliminar, nulidade da busca e apreensão realizada por Juiz incompetente e não validada pela Justiça Federal; nulidade da sentença por violação aos arts. 384 do CPP, e 5º, LV, da CF; nulidade da condenação por conduta tipificada no art. 180 do CP, seja por *bis in idem*, seja por prescrição; e incompetência da Justiça Federal para apreciar o feito. Quanto ao mérito, sustenta que a arma que fora com ele apreendida era direcionada à proteção da sociedade, encontrava-se desprovida de munição e recolhida a um cofre, e, por fim, que sua compra ocorreu porque à época exercia a chefia da segurança pessoal do Governador do Estado de Alagoas.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 924/925 e 1.036/1.044).

Parecer da PRR nesta Casa opinando pela parcial procedência das apelações.

É o que importa relatar.

Sigam os autos à revisão, nos termos regimentais.

VOTO

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

O exame das apelações exige alguma organização prévia, posto que, como visto no relatório, dois são os recorrentes e há, em cada uma das apelações, múltiplas preliminares. Alguma de-

las, contudo, são repetidas num e n'outro recurso, de modo que podem (e devem) ser apreciadas conjuntamente.

No recurso de EDVALDO TENÓRIO CAVALCANTE, aduz-se a incompetência da Justiça Federal, a nulidade da sentença mercê da impossibilidade jurídica da cumulação de descaminho e do crime de comércio de arma importada de uso restrito, nos termos da Lei nº 9.437/97 (art. 10); no mérito, além de investida contra a configuração dos delitos apontados, o recurso discute principalmente a fixação da pena, sustentando que os mesmos fatos ou circunstâncias foram considerados ora para a fixação inicial da pena base em patamar alto e, em autêntico *bis in idem*, para exasperar a pena base fixada. Disse-se, também, no recurso, que a sentença considerou circunstância agravante o que já constituía circunstância integrante do tipo.

Já o recorrente PAULO DOMINGOS DE ARAÚJO LIMA JÚNIOR suscita as preliminares: a) de incompetência da Justiça Federal; b) incompetência da 1a. Vara, da Seção Judiciária de Alagoas, ainda que fosse competente a Justiça Federal, caso em que a competência seria, no dizer do recorrente, da 8^a Vara, com sede em Arapiraca; c) de nulidade do processo em face da ilicitude da única prova produzida em desfavor do recorrente: a apreensão da arma decorrera de mandado firmado por juiz incompetente e teria sido expedido sem arrimo em qualquer decisão concessiva ou, dito de outra forma, haveria o mandado, mas não a decisão que determinara sua expedição; e d) de nulidade do processo porque o julgador, ao prolatar a sentença, teria mudado a classificação do ilícito, condenando o réu por receptação, crime de que não se defendera; no mérito, o recurso sustenta: a) a ocorrência da prescrição do crime de descaminho; b) a impossibilidade do címulio material entre a receptação e o crime de posse de arma de uso restrito; c) a presença de excludentes de antijuridicidade na conduta atribuída ao recorrente; e d) ilegalidade na fixação da pena, bem assim na definição de seu regime inicial (fechado).

Abro espaço para registrar os devidos encômios às peças apresentadas pelas partes, com relevo para as excelentes razões produzidas pelo Ministério Público Federal, ainda que tal registro não signifique adesão total a qualquer delas.

As preliminares (TODAS) são, com todo o respeito, insustentáveis.

(COMPETÊNCIA) - A apuração dos fatos objeto do presente processo se insere em investigação maior e que deu ensejo a outros processos penais, como é de geral conhecimento. Por isso mesmo, as investigações se iniciaram em Arapiraca, na Justiça Estadual, passando, ao depois, à condução da Justiça Federal, isso com a identificação da procedência estrangeira de algumas das armas apreendidas. Esta evolução é perfeitamente regular e não se há falar em nulidade da apuração ou em ilicitude da prova. Se o juiz estadual defere diligência de busca e apreensão de arma, a diligência é absolutamente regular, ainda que se verifique, ao final, a apreensão de arma de procedência estrangeira, fato que implicará o deslocamento da apuração para a órbita da Polícia Federal.

D'outro lado, a persecução penal que objetive a apuração de dois ou mais ilícitos conexos será sempre afeta à Justiça Federal se um deles se insere na competência desta justiça. E a competência não se altera se a sentença absolve os réus da imputação relativa ao crime que justificou a ida do feito à Justiça Federal. Mesmo nesta hipótese, ao juiz federal incumbe prosseguir no julgamento quanto ao crime que, em princípio, seria da competência do juiz estadual. Esta regra é aplicável em muitas hipóteses. Confira-se, em especial, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos demais crimes conexos com o homicídio doloso, mesmo que o réu seja absolvido, na sessão de julgamento, pelo homicídio.

Por último, ainda quanto à competência, a instalação de vara federal em Arapiraca não poderia mesmo alterar a competência inicial do juízo da 1^a Vara, em Maceió, seja em função do princípio da perpetuação de jurisdição, seja em homenagem ao princípio da identidade física do julgador, sempre recomendável em face do primado da verdade real.

Oferecida denúncia onde se incluía a imputação do crime de contrabando, era de rigor a permanência do processo na Justiça Federal.

(VALIDADE) - A diligência de busca e apreensão foi regular. Já se deixou registrado, no item anterior, a inexistência de vício de incompetência, em qualquer das fases da persecução, bem assim a irrelevância da diferença de competência entre o juízo que presidiu as investigações e o que presidiu o processo.

Quanto a esta especial questão, da validade da diligência, resta acrescentar que a ausência, nos autos, da decisão que deferiu a busca não a invalida, posto que o mandado foi expedido e firmado por autoridade judicial competente. A justificação deste aparente impasse é simples. Como já se deixou anotado, a investigação que deu ensejo à apuração dos crimes de que se ocupam os autos foi muito mais ampla e implicou a instauração de outros processos criminais. O inquérito que respaldou a denúncia foi em parte composto de peças trasladadas do inquérito original (ou mãe), daí por que não se cuidou se transportar, de lá para aqui, senão as peças úteis à demonstração da legalidade da diligência: no caso, o mandado de busca e apreensão.

Afastada a nulidade da diligência de busca e apreensão, resta prejudicada a alegação de nulidade do processo, decorrente da pretensa invalidade da única prova produzida. E ainda que o mandado de busca fosse inválido, não se tratou de prova única da posse da arma e de sua origem. O incriminado Paulo Domingos confessou todos os fatos, aspecto que deve ser considerado em seu favor na apreciação do mérito. Logo, além da busca, há a prova da confissão, donde não se poder falar em prova única ou isolada.

Também não é o caso da aplicação da teoria da contaminação, dita dos frutos da árvore envenenada. No caso dos autos, o nome do réu Paulo Domingos foi encontrado quando da “busca e apreensão” realizada em Arapiraca, na residência do co-réu Edivaldo Tenório. Esta prova, sobre a qual não pesa qualquer alegação de ilicitude, já seria suficiente para ensejar a ouvida do policial Paulo Domingos e da consumação da confissão. Ou dito de outra forma: a confissão não resultou da busca e apreensão realizada no domicílio do próprio confitente, mas, sim, daquela realizada no domicílio do co-réu Edivaldo Tenório.

Desnecessário examinar pretensa irregularidade da mudança de libelo procedida na sentença. É fato que o réu, Paulo Domin-

gos, foi denunciado pelo cometimento de descaminho, mas condenado por receptação, sem que se observasse qualquer aditamento na denúncia ou nova oportunidade de defesa ao incriminado.

Penso que o erro procedural, aqui, foi manifesto. A receptação tem elemento integrante do tipo ausente no descaminho. É que a receptação reclama a prévia ciência do autor sobre a origem criminosa do bem que adquire e idêntica circunstância não freqüenta o descaminho. Assim, imagino que a hipótese era de mudança de libelo, a exigir aditamento da peça pôrtico e exercício específico de defesa.

Aliás, pondero que são inacumuláveis os crimes de posse de arma de fogo de uso restrito, com a largueza que lhe atribui o art. 10 da Lei nº 9.437/97, e o de receptação, dado que o segundo se acha incluído no tipo do primeiro, daí por que não se poderia falar em concurso sequer formal, quanto mais material, como defendido da sentença. A questão se resolve pela aplicação do princípio da especialidade, afastada a incidência da receptação.

Todavia, a possibilidade do concurso entre o crime do art. 10 indigitado e o de contrabando ou descaminho decorre de expressa previsão legal, insculpida no art. 10, da própria Lei nº 9.437/97. E igual previsão incorre quanto ao descaminho. Daí a rejeição da preliminar agitada pela apelação do réu Edivaldo Tenório.

Mas todas estas questões, ao menos com relação ao réu Paulo Domingos, único condenado por receptação, estão superadas porque é indubidosa a prescrição da pretensão punitiva quanto a este ilícito, tal como postulado na apelação e reconhecido pelo lúcido parecer do Ministério Pùblico Federal, consoante se verá.

Resolvidas as preliminares, vou ao mérito.

(MÉRITO) - Com relação ao apelante Edivaldo Tenório Cavalcante, penso que dúvidas sérias inexistem quanto à consumação dos dois ilícitos, a saber: a) o de contrabando, posto que indubidamente adquiriu e tinha consigo, no exercício de atividade comercial, mercadoria importada irregularmente, de internação vedada no País; e b) o do art. 10, da Lei nº 9.437/97, posto que foi encontrado na posse de arma de fogo, de uso restrito.

Quanto ao primeiro, a atividade comercial que se exige não é a perene ou regular, com o funcionamento de casa de comércio ou similar. Basta que o autor pratique a venda, ou adquira produtos em quantidade incompatível com o uso próprio. E no caso dos autos, além das notícias que deflagraram a operação e do resultado positivo da busca e apreensão, há o depoimento do co-réu Paulo Domingos que adquiriu dele, refiro-me a Edivaldo Tenório, uma pistola “Smith & Wesson”, 09 mm, de procedência norte-americana, há o depoimento de sua ex-esposa e há os fartos papéis comerciais apreendidos. São elementos que justificam a convicção do julgador no sentido de que os fatos ocorreram como descrito na denúncia.

O ilícito de que cuida o art. 10 da Lei nº 9.437/97, é mais indvidoso ainda, posto que nem o acusado deixou de admiti-lo e seus elementos essenciais são simples, desprezada a atividade comercial. Neste passo, cumpre apenas gizar que o cúmulo entre os dois ilícitos é expressamente assegurado pela Lei nº 9.437/97 sendo irrelevante a idéia deste julgador quanto à imperfeição, no particular, do sistema normativo.

Importante registrar que a recente revogação da Lei nº 9.437/97, pela de nº 10.823/2003, não socorre o acusado, antes o prejudica, visto que a lei mais nova é mais severa, descrevendo os mesmo crimes que freqüentavam a mais antiga, atribuindo-lhes penas mais graves, bem assim inaugurando ilícitos inexistentes.

O recurso procede, porém, quanto à insurreição do réu no que respeita à fixação da pena. A sentença, aqui, andou cometendo algum excesso, seja ao valorizar crime anterior de sedução, que teria cometido o acusado, para considerar presentes maus antecedentes e fixar a pena base muito além do mínimo legal, seja ao considerar como circunstância agravante elemento integrante do tipo. No primeiro caso, não se há falar em qualquer consequência a se extrair do cometimento do crime de sedução, mercê da lei posterior haver deixado de considerar crime tal conduta. A *abolitio criminis* opera retroativamente, desconstituindo eventual censura ao, antes, transgressor. No segundo caso, não é possível aplicar como circunstância agravante elemento já considerado pelo legislador ao descrever o tipo.

De todo modo, ainda restam motivos para majorar, as respectivas penas bases, um pouco além do mínimo legal, notadamente porque o modo de agir deste réu não é exatamente imaculado (por ter-se valido de sua própria residência para o comércio clandestino, demonstrando total despreocupação com a repercussão de sua conduta maléfica para o convívio social), bem assim porque a sua profissão – ele, policial – recomendava, muito mais que para o homem comum, mantivesse-se longe de práticas que tais.

Assim, adoto, no particular, o percutiente e correto parecer do Ministério Público Federal, e dou parcial provimento à apelação, para fixar a pena base em, respectivamente, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o do art. 10, § 2º, da Lei 9.437/97, e de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, para o de contrabando.

Atento à causa de aumento prevista no § 4º do art. 10 da Lei nº 9.437/97, aumento a pena fixada para o primeiro crime da metade, fixando-a definitivamente em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto. Por iguais motivos, reduzo a pena de multa para 100 (cem) dias-multa, mantido o valor do dia-multa.

Registro, porém, quanto ao crime de contrabando (e porque transformada a pena base, de 1 ano e 6 meses, em definitiva), que, passados mais de 5 (cinco) anos entre o recebimento da denúncia (09/03/2001), cf. fls. 362/362v, e a data da sentença condenatória (11/04/2006, cf. fls. 861 a 879), constata-se um lapso temporal suficiente para que seja reconhecida a prescrição retroativa pela pena aplicada, a teor do que dispõe o art. 109, V, do CP, o qual prevê o prazo de 4 (quatro) anos para prescrição da pena até dois anos.

Há mais.

No quanto concerne ao apelo do réu Paulo Domingos de Araújo já se registrou sua procedência parcial para afastar, mercê da prescrição retroativa, a pena imposta pelo pretendido cometimento do crime de receptação.

É que, em relação ao referido crime, tem-se que lhe findou sendo aplicada a pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão

são, sobre a qual não houve recurso da apelação; passados, então, mais de 5 (cinco) anos entre o recebimento da denúncia (09/03/2001), cf. fls. 362/362v, e a data da sentença condenatória (11/04/2006, cf. fls. 861 a 879), constata-se um lapso temporal suficiente para que seja reconhecida a prescrição retroativa pela pena aplicada, a teor do que dispõe o art. 109, V, do CP, o qual prevê o prazo de 4 (quatro) anos para prescrição da pena até dois anos.

No que pertine ao crime do art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97, os fundamentos expendidos na apelação não autorizam a absolvição pretendida. Não há estado de necessidade a justificar a aquisição de arma proibida, máxime para quem já dispõe do arsenal da Polícia Militar de Alagoas, por mais deficiente que seja. Muito menos se pode aludir, com sucesso, a legítima defesa, eis que ausente qualquer agressão atual ou iminente. Quanto muito, haveria mera possibilidade de agressão “passada” (...).

Conduta diversa era e é exigível, ao menos para quem raciocina e sente com o sistema jurídico.

Confesso que, enquanto pessoa, discordo da legislação que, sem atingir o desiderato de desarmar os facínoras, termina por punir bons homens. As leis que combatem o desarmamento, nunca as vi aplicadas contra assaltantes, traficantes ou outros bandidos. Estes, quando pegos, terminam respondendo por delitos mais graves, ficando a posse e a aquisição das armas consumidos como crimes meios. Quem tem sofrido o peso das leis em foco são os homens de bem, muitos deles guardando armas às escondidas para eventual tentativa de defesa do domicílio quando falta a segurança prometida pelo Estado. Parece-me que exatamente assim ocorre no caso dos autos, onde não há qualquer notícia de abusos ou irregularidades cometidas pelo réu em comento. Ao contrário, dele as testemunhas, muitas de categoria, como ex-Governador e Comandante da Polícia e do Corpo de Bombeiros, dão conta de elogios e de correção de conduta e caráter.

Penso, porém, que a Lei nº 10.823/2003, embora muito mais severa que a anterior, utilizada pelo Ministério Público na denúncia e pelo juiz na sentença, termina por beneficiar o apelante.

Registro, por primeiro, que o apelante não adquiriu a arma, objeto da presente apuração, seja na vigência da lei atual, seja na

vigência da anterior. Trata-se de aquisição antiga, operada em 1995. Logo, no regime das duas leis mais recentes, justo as mais rigorosas, a única conduta punível atribuída ao réu foi a guarda da arma que já era sua ao tempo do advento do tipo penal. Em rigor, o réu cometeu o crime ao não regularizar a posse da arma que, aliás, mesmo de acordo com a lei mais rigorosa, poderia portar, eis que militar integrante da PM/AL.

D'outra parte, no regime da Lei nº 9.437/97 o apelante não foi flagrado portando a arma, mas apenas em sua posse, no interior do domicílio, e mais especificamente no cofre de sua residência. Note-se que há distância impercorrível entre as figuras da posse e do porte, este muito mais grave do que aquele.

Quanto à posse de arma de fogo, em domicílio, a entrada em vigor da Lei 10.823/2003, operou verdadeira *abolitio criminis* de todas as condutas ocorridas até sua vigência, na medida em que fixou prazo para a regularização ou devolução da arma, o que somente não foi possível ao apelante em face da apreensão anterior da que possuía.

Os precedentes do STJ são justamente neste sentido, reconhecendo que seria iníquo manter a persecução penal dos que foram flagrados na posse de armas até o advento da Lei nº 10.823/2003 e permitir aos não flagrados a devolução impune das que possuíam:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, CAPUT, DA LEI Nº 9.437/97. ARTIGOS 30, 31 E 32, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FATO ANTERIOR AO INÍCIO DO PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO DA ARMA.

I - A Lei nº 10.826/03, em seus artigos 30 a 32, estipulou um prazo para que os possuidores de arma de fogo regularizassem sua situação ou entregassem a arma para a Polícia Federal. Dessa maneira, até que findasse tal prazo, que se iniciou em 23/12/2003 e que teve seu termo final prorrogado até 23/10/2005 (cf. Lei 11.191/2005), ninguém poderia ser processado por possuir arma de fogo.

II - A nova lei, ao menos no que tange aos prazos dos artigos 30 a 32, que a doutrina chama de *abolitio criminis* temporária ou de *vacatio legis* indireta ou até mesmo de

anistia, deve retroagir, uma vez que mais benéfica para o réu (APn nº 394/RN, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. 15/03/2006).

III - O período de indiferença penal (*lex mitior*), desvinculado para os casos ali ocorridos, dado o texto legal, alcança situações anteriores idênticas. A permissão ou oportunização da regularização funcionaria como incentivo e não como uma obrigação ou determinação vinculada. A incriminação (já, agora, com a *novatio legis in peius*) só vale para os fatos posteriores ao período da “suspensão”.

Recurso ordinário provido. (RHC 21.271/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.06.2007, DJ 10.09.2007, p. 245)

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA. CRIME PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). ABOLITIO CRIMINIS. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PERÍODO DE VACATIO LEGIS INDIRETA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei 10.826/03, nos seus arts. 30 e 32, com as alterações promovidas pelas Leis 10.884/04 e 11.118/05, concedeu prazo de cento e oitenta dias após a publicação do respectivo regulamento, para que todos os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas procedessem aos respectivos registros.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou, no julgamento da APn 394/RN, a orientação de que a *vacatio legis* indireta estabelecida pela Lei 10.826/03 aplicase retroativamente, de modo a alcançar os crimes de posse ilegal de arma ocorridos sob a vigência da Lei 9.437/97.

3. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade do crime imputado ao paciente. (HC 60.618/SP, Rel. Ministro Arnaldo Estves Lima, Quinta Turma, julgado em 14.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 347)

O interesse do Estado em recuperar o maior número possível de armas animou-o a transigir com possíveis transgressores pretéritos. Assim é que, ao lado da possibilidade da devolução, rotulou de boa fé todas as posses anteriores ao fim do prazo de um ano, contado de sua vigência, prazo ao depois prorrogado sucessivamente.

O apelante, adquirindo a arma em 1995 e sendo flagrado na sua posse (não porte, posto que a arma estava em seu domicílio, guardada em cofre) em 1998, restou beneficiado pela *abolitio criminis* temporária instituída pela Lei nº 10.823/2003.

Assim, em resumo: dou parcial provimento à apelação de Edivaldo Tenório Cavalcante, para reduzir as penas que lhe foram cominadas em primeiro grau, de modo que, para o crime de contrabando, reste dosada em 1 (um) ano de reclusão (reconhecendo-se a ocorrência da prescrição retroativa na hipótese), e, para previsto na Lei nº 9.437/97, art. 10, § 2º, em 3 anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicialmente aberto; e dou provimento integral à apelação de Paulo Domingos de Araújo Lima Júnior, para reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa quanto ao pretendido crime de receptação, e, quando ao suposto crime encartado na Lei nº 9.437/97, art. 10, absolvê-lo pela ocorrência de *abolitio criminis*.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 4.817-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: FRANCISCO DE ASSIS FERREIRA DA COSTA E ROGÉRIO JOSÉ DE SANTANA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs.Procs.: DRS. RICARDO TOSCANO DIAS PEREIRA (1º APTE.) E DANIEL LIMA ARAÚJO E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONCUSSÃO (ART. 316 DO CPB). DECLARAÇÃO ISOLADA DE CO-RÉU. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IN DUBIO PRO REO. ART. 386, VI, DO CPP. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE CONCUSSÃO EM RELAÇÃO AO CO-AUTOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

- Não bastam à condenação criminal dilações ou presunções, ainda que legítimas, pois se requer para tanto a presença de comprovação induvidosa dos fatos, da sua autoria e culpabilidade.

- Em termos probatórios tem sido admitida a delação de co-réus, para fins de justificar o decreto condenatório. Entretanto, tal elemento probatório tem que vir associado a outros meios de prova colhidos na instrução criminal.

- In casu, não há nos autos prova irrefutável que justifique a condenação do funcionário público Rogério José de Santana. Em observância ao princípio do in dubio pro reo, ninguém pode ser condenado por prática criminosa a menos que haja provas suficientes à formação de um juízo de certeza, devidamente fundamentado pelo ente julgador.

- Descaracterização do delito de concussão (art. 316 do CPB) em relação ao acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa, tendo em vista a absolvição do co-réu, funcionário público.

- Restando demonstrado que a conduta delituosa do acusado atingiu apenas o particular, como no caso, em que foi preso em flagrante delito quando tentava extorquir a vítima exigindo dinheiro para poder liberar o benefício previdenciário, não havendo evidência de qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União Federal, competente é a Justiça Comum Estadual para processar e julgar o feito.

- Apelação de Rogério José de Santana procedente para absolvê-lo da prática do crime que lhe foi imputado, fazendo-o com suporte no art. 386, VI, do CPP.

- Anulação da sentença proferida em relação ao outro acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa. Apelação prejudicada.

- Remessa dos autos à Justiça Comum Estadual, por ser competente para julgar o feito em relação ao acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 4.817-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, por maioria dos votos, em dar provimento à apelação de Rogério José de Santana, para absolvê-lo, reconhecendo, em relação ao acusado Francisco de Assis, a necessidade de desclassificação do tipo penal, determinando, em consequência, a remessa dos autos ao Juízo Estadual competente, nos termos do voto do Relator.

Recife, 8 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuidam autos de apelações criminais interpostas por Francisco de Assis Ferreira da Costa e Rogério José de Santana, em face da decisão prolatada pelo ilustre Juiz Federal da 23ª Vara de Pernambuco, que julgou procedente a Ação Penal 2003.83. 00006413-1, e os condenou à pena privativa de liberdade de 3 anos e 6 meses e 4 anos e 6 meses de reclusão, respectivamente, estas substituídas por penas restritivas de direito, pela prática do delito capitulado no art. 316 do CPB (concussão).

2. A peça delatória inaugural relata que o acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa foi preso em flagrante delito quando extorquia a vítima Maria das Dores, exigindo quantia em dinheiro para a liberação de benefício previdenciário deixado por seu esposo, e as respectivas parcelas atrasadas. Diz, ainda, que esse acusado apontou Rogério José de Santana, funcionário do INSS da

Garanhuns/PE, como sendo o mentor intelectual do delito (pessoa com quem havia acertado para exigir dinheiro da referida vítima).

3. O apelante Francisco de Assis Ferreira da Costa (fls. 623/636), pleiteia a modificação da decisão prolatada na Primeira Instância, sustentando, preliminarmente, a falta de justa causa para responder a ação penal, uma vez que não se reveste da condição de funcionário público. No mérito, diz que: (a) não há qualquer prova de ato ilícito praticado, não havendo sequer indícios de violação a qualquer dispositivo penal; (b) não há que se falar em coação, pois, de acordo com o que se extrai do depoimento da própria vítima, não houve qualquer temor à autoridade pública por parte da mesma; e (c) não houve qualquer pagamento da suposta coação.

4. O apelante Rogério José de Santana (fls. 637/662) afirmou que este Tribunal Regional deve se pronunciar acerca do momento do recebimento da denúncia, em relação ao mesmo, para fins de reconhecimento da prescrição. No mérito, sustentou a ausência de prova para sua condenação, argumentando que: (a) a única indicação nos autos voltada a sua incriminação é o depoimento do co-réu preso em flagrante, Francisco de Assis, que desmente em Juízo as afirmações feitas no auto de prisão em flagrante; (b) foi realizada diligência de busca e apreensão em sua residência com objetivo de colher provas de sua participação no delito, sem que as mesmas fossem encontradas; (c) que não exercia função no setor de concessão de benefícios, não tendo acesso aos dados daqueles cujas aposentadorias/pensões seriam liberadas; (d) as provas dos autos indicam que a verdadeira co-autora do delito é a funcionária Celina de Oliveira, já que era a responsável pela habilitação da documentação, protocolo e despacho concessório; e (e) o *quantum* da pena deveria ter sido aplicado no mínimo legal.

5. Em suas contra-razões às apelações (fls. 665/675), o MPF afirma que resta comprovada nos autos a materialidade e autoria do delito, nada havendo que ser reformado. Sustenta que o Juiz *a quo*, fundamentadamente, considerando a culpabilidade intensa e a deformidade grave na personalidade do acusado Rogério José de Santana, bem como o fato de ter sido este o autor intelectual do crime, fixou a pena em *quantum* necessário à reprovação e prevenção do delito.

6. A douta Procuradoria Regional da República da 5^a Região, instada a se manifestar, se acostou aos fundamentos postos nas contra-razões (fl. 679).

7. É este o relatório.

8. Ao eminentre Revisor.

VOTO

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

1. Rogério José de Santana e Francisco de Assis Ferreira da Costa, irresignados com a sentença do MM. Juiz Monocrático que condenou o primeiro a 4 anos e 6 meses de reclusão, por inciso nas penas da moldura normativa do art. 316, *caput*, do CPB (concussão), e o segundo a 3 anos e 6 meses de reclusão, pela prática do mesmo delito, interpuseram os presentes recursos, pugnando pela reforma da sentença, para que sejam absolvidos dos crimes que lhes são imputados.

2. O primeiro acusado, Rogério José de Santana, nas razões da apelação, requer, preliminarmente, que este Tribunal Regional se pronuncie sobre o momento do recebimento da denúncia, em relação ao mesmo, para fins de reconhecimento da prescrição. No mérito, pugna pela absolvição do crime que lhe é imputado, sustentando inexistir provas para embasar a sua condenação, argumentando que: (a) a única indicação nos autos voltada a sua incriminação é o depoimento do co-réu preso em flagrante, Francisco de Assis, que desmente em Juízo as afirmações feitas no auto de prisão em flagrante; (b) foi realizada diligência de busca e apreensão em sua residência com objetivo de colher provas de sua participação no delito, sem que as mesmas fossem encontradas; (c) que não exercia função no setor de concessão de benefícios, não tendo acesso aos dados daqueles cujas aposentadorias/pensões seriam liberadas; (d) as provas dos autos indicam que a verdadeira co-autora do delito é a funcionária Celina de Oliveira, já que era a responsável pela habilitação da documentação, protocolo e despacho concessório; e (e) o *quantum* da pena deveria ter sido aplicado no mínimo legal.

3. No segundo apelo, o réu Francisco de Assis Ferreira da Costa, igualmente inconformado com a sentença condenatória do Juiz *a quo*, pugna pela modificação do *decisum*, alegando, em princípio, a falta de justa causa para responder a ação penal, uma vez que não se reveste da condição de funcionário público. No mérito, aduz que: (a) não há qualquer prova de ato ilícito praticado, não havendo sequer indícios de violação a qualquer dispositivo penal; (b) não há que se falar em coação, pois, de acordo com o que se extrai do depoimento da própria vítima, não houve qualquer temor à autoridade pública por parte da mesma; e (c) não houve qualquer pagamento da suposta coação, portanto, a sua conduta não se adequaria aos tipos penais descritos na denúncia.

4. Narra a denúncia que em 27.04.99, o acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa foi preso em flagrante delito quando tentava extorquir Maria das Dores Vandeira exigindo dinheiro para poder liberar o benefício previdenciário deixado por seu marido e que a vítima tentava receber há mais de 4 anos.

5. Em seu interrogatório, prestado perante o Delegado de Polícia Civil de Garanhuns/PE (fl. 12), e reafirmado perante a Autoridade Policial Federal no Termo de Reinquirição (fls. 42/45), Francisco de Assis confessou a prática do crime e imputou a autoria intelectual do delito ao outro acusado, informando que foi cooptado por Rogério José de Santana, funcionário do INSS, e que devido a tal qualidade, detinha as informações referentes ao processo de concessão de benefício de Maria das Dores, tendo com ele acertado a maneira para exigir o dinheiro da beneficiária.

6. No caso, à luz dos fatos descritos na denúncia, os acusados respondem pelo delito de concussão previsto no art. 316 do CPB que configura delito funcional típico:

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

7. Tratando-se de crime de natureza formal, consuma-se no momento em que o funcionário público faz exigência de vantagem indevida, independentemente de qualquer outro resultado.

8. Em seu recurso, Rogério José de Santana, preliminarmente, requer que esta Corte de Justiça se pronuncie sobre o momento em que foi recebida a denúncia, em relação ao acusado, para fins de reconhecimento da prescrição; no mérito, aduz não existir provas incriminatórias de sua participação no delito, alegando, em síntese, que: a única indicação nos autos voltada a sua incriminação é o depoimento do co-réu preso em flagrante, Francisco de Assis, que desmente em Juízo as afirmações feitas no auto de prisão em flagrante; foi realizada diligência de busca e apreensão em sua residência com objetivo de colher provas de sua participação no delito, sem que as mesmas fossem encontradas; que não exercia função no setor de concessão de benefícios, não tendo acesso aos dados daqueles cujas aposentadorias/pensões seriam liberadas; as provas dos autos indicam que a verdadeira co-autora do delito é a funcionária Celina de Oliveira, já que era a responsável pela habilitação da documentação, protocolo e despacho concessório.

9. Da análise dos autos verifica-se que o primeiro despacho de recebimento da denúncia se deu em 10.02.03 (fl. 244). Posteriormente, tal recebimento foi revogado, apenas em relação ao apelante Rogério José de Santana (fl. 283), em face da certidão fl. 282, dando conta de que o acusado é servidor público, devendo ser notificado para apresentar defesa preliminar, nos termos do art. 514 do CPP.

10. Cumprida tal exigência (fls. 310/316), o douto Magistrado exarou novo despacho citando o réu e designando data para audiência do seu interrogatório (fl. 326).

11. Destarte, o Código de Processo Penal não exige a utilização explícita do ato de recebimento da inicial delatória. Assim, o ordenamento processual penal brasileiro não rejeita a admissibilidade implícita da denúncia pela autoridade judiciária.

12. Há que se referir, ainda, ao entendimento jurisprudencial do STF que reporta caso semelhante ao presente, se não vejamos:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO TÁCITO. DEFENSOR QUE ADMITE A CONDENAÇÃO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE

DEFESA. APLICAÇÃO DA PENA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. FIXAÇÃO DE PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (CP, ART. 59). INVIABILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO.

O oferecimento da denúncia pelo Ministério Público submete-se, após a sua formalização, a estrito controle jurisdicional. Essa atividade processual do Poder Judiciário, exercida liminarmente no âmbito do processo penal condenatório, objetiva, em essência, a própria tutela da intangibilidade do *status libertatis* do imputado.

O Código de Processo Penal não reclama explicitude ao ato de recebimento judicial da peça acusatória. O ordenamento processual penal brasileiro não repele, em consequência, a formulação, pela autoridade judiciária, de um juízo implícito de admissibilidade da denúncia.

O mero ato processual do Juiz – que designa, desde logo, data para o interrogatório do denunciado e ordena-lhe a citação – supõe o recebimento tácito da denúncia. (STF, HC 68.926-MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.08.92, p. 13.453).

13. Desta feita, o momento do recebimento da denúncia em relação ao acusado Rogério José de Santana é a data em que o Juiz sentenciante citou e designou audiência para o interrogatório do acusado (16.10.03), atos processuais somente compatíveis com a instauração do processo, o que revela o recebimento implícito ou tácito da denúncia.

14. No mérito, requer a absolvição do crime que lhe é imputado, sustentando inexistir provas para embasar a condenação.

15. Não há dúvidas quanto à existência de delito praticado contra a pensionista do INSS. É o que se pode observar dos depoimentos prestados pelo acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa, pela vítima Maria das Dores Vandeira e pelos demais depoimentos colhidos.

16. Entretanto, entendo que o acusado Rogério José de Santana não pode ser responsabilizado penalmente pela conduta incriminadora que lhe é imputada. Apesar da existência de indícios, ainda que veementes, contra ele, não há nos autos prova irrefutável que justifique a sua condenação.

17. Compulsando o processo, o que se verifica é que a condenação amparou-se unicamente nos depoimentos das testemunhas Edenildo Firmino da Silva, José Heron dos Santos e Francisco de Assis Ferreira da Costa, co-réu do delito. Tais depoimentos, entretanto, não são hábeis, sozinhos, a comprovar a efetiva participação do apelante no delito, senão vejamos.

18. A testemunha Edenildo Firmino da Silva, Policial Civil, às fls. 416/417 informou que a vítima havia dito, quando da prisão em flagrante de Francisco de Assis, que além do acusado, havia um funcionário do INSS envolvido na extorsão, e que esse servidor teria sido reconhecido pela vítima como sendo Rogério José.

19. Em que pese as declarações prestadas pelo Policial, a vítima Maria das Dores Vandeira, nos vários depoimentos que prestou, tanto perante as Autoridades Policiais Civil (fls. 11) e Federal (fls. 29/31), quanto em Juízo (fls. 504/506), jamais confirmou ter reconhecido ou conhecer Rogério José de Santana. E como é sabido, o depoimento da vítima no crime de concussão, indicando o suposto autor do delito, harmônico com as demais provas, possui valor probante considerável e importante, o que não ocorreu no caso dos autos.

20. Veja-se, ademais, que também não é suficiente para provar o cometimento de algum delito, a declaração prestada por José Heron dos Santos, funcionário do INSS (fl. 137), onde informou que Rogério e uma outra funcionária de nome Celina vinham solicitando o histórico de créditos de benefícios com valores altos. Junte-se a isto, o fato de o acusado não ter, em seus assentamentos cadastrais, respondido a processo administrativo disciplinar, e nada que desabone a sua conduta, conforme declaração prestada pelo Gerente Executivo do INSS em Caruaru (fl. 572).

21. Na verdade, a única prova da participação de Rogério José de Santana nos fatos delituosos provém da indicação por parte de Francisco de Assis, co-réu do delito perpetrado que o apontou como sendo a pessoa que lhe passou as informações relativas ao benefício e com quem teria acertado para exigir dinheiro da vítima.

22. Eis o que afirmou Francisco de Assis Ferreira da Costa em sua reinquirição perante a Autoridade Policial Federal às fls. 42/45:

Que conheceu o Sr. Rogério José há cerca de três meses atrás, que tal conhecimento deveu-se ao fato que o reinquirido comparecia quase diariamente ao Posto do INSS de Garanhuns; (...) Que sabia que o Sr. Rogério era servidor do INSS; que cerca de 40 dias atrás foi procurado pelo Sr. Rogério, que lhe propôs a realização de um negócio; que o negócio consistia no seguinte: havia uma pensionista que há 4 anos tinha dado entrada em um pedido de pensão ao INSS; que a papelada já estava prestes a sair juntamente com o dinheiro e que o reinquirido deveria procurar aquela senhora e propor a divisão do dinheiro referente ao atrasado de sua pensão; que também disse ao reinquirido que a pensão daquela senhora sairia de todo jeito, que em seguida o Sr. Rogério entregou ao requerido um papel manuscrito onde constava o nome da pensionista, o do marido falecido, e da mãe da pensionista; que o nome da pensionista era Maria das Dores Vandeira. (...).

23. É certo que, em termos probatórios, tem sido admitida a delação de co-réus, para fins de justificar o decreto condenatório. Entretanto, tal elemento probatório tem que estar associado a outros meios de prova colhidos na instrução criminal. Destarte, apenas a confissão do co-réu não é suficiente para fundamentar uma condenação, mormente quando a própria vítima não indica tal pessoa como agente do delito.

24. Este é o entendimento desta Corte Regional de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. ARTIGO 157, § 2º, I E II, DO CPB. PROCESSO DESMEMBRADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CO-RÉUS (TODOS PRESOS POR FORÇA DE DECRETO PREVENTIVO). EM RELAÇÃO AO ORA APELANTE. RÉU QUE RESPONDEU A TODO PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA. DECLARAÇÃO ISOLADA DE UM CO-RÉU SEM COMPATIBILIZAR-SE COM OUTRAS PROVAS. DÚVIDA RAZOÁVEL QUE IMPOSSIBILITA UM DECRETO CONDENATÓRIO. PARECER MINISTERIAL OPINANDO PELA ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO *IN DUBIO PRO REO*. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO DECRETO ABSOLUTÓRIO SINGULAR.

1. A prova colhida no inquérito policial pode e deve ser convocada para fundamentar a decisão condenatória, não

se podendo afirmar que possui valor meramente informativo. Outrossim, tal elemento probatório há de ser associado a outros meios de prova colhidos na instrução criminal, em juízo.

2. Inexistindo nos autos qualquer elemento probatório que corroborasse a declaração isolada de um réu, sem compatibilizar-se com a prova judicial produzida, na qual restou insatisfatória em relação à participação do acusado, ora apelante, no assalto narrado na exordial, impõe-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, em relação ao ora apelante.

3. A dúvida, quando razoável, milita sempre em favor do acusado, sendo suficiente, por si só para impedir um decreto condenatório.

4. Acolhendo o parecer ministerial, nesta instância, mantém-se o decreto absolutório singular.

5. Apelação do Ministério Público Federal improvida. (TRF5, ACR 3.856-PE, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, DJU 14.04.05, p. 1.085).

25. Como visto, não há provas incontestáveis nos autos que permitam a incriminação do acusado, por conseguinte, não se pode deixar um possível inocente ser privado de sua liberdade por *um crime cuja autoria é incerta*. Inclinam, ainda, em favor dele sua vida pregressa, uma vez que, até a ocorrência dos fatos ora expostos, não se tinha conhecimento de irregularidades que o envolvessem.

26. No exercício do juízo criminal, exerce o órgão *judicante* atividade que em nada se assemelha ao exercício burocrático de apenas *impulsionar o pedido*, como ocorre no processo civil, pois é indispensável que seja auferida a verdade material dos fatos durante o procedimento penal. A mera suspeita não basta à condenação penal, pois, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, ninguém pode ser condenado por prática criminosa a menos que haja provas suficientes à formação de um juízo de certeza, devidamente fundamentado pelo ente julgador.

27. Por tais razões, reafirmo a decisão condenatória prolatada na Primeira Instância, para absolver o acusado Rogério José de Santana da prática do delito de *concussão*, previsto no art. 316 do CPB, isto com fundamento no art. 386, IV, do CPP.

28. Diante da absolvição aludida, eis que surge a descaracterização do delito referido em relação ao acusado Francisco de Assis Costa, já que este tipo exige que o agente valha-se da função pública para demandar vantagem indevida. No caso, para que subsistisse a condenação deste acusado no crime de *concussão*, este deveria ser funcionário público, e ter praticado o ato delituoso em razão do exercício de suas atividades profissionais, ou, como o era no caso dos autos, em que havia a comunicação da elementar da conduta prevista na norma penal incriminadora, visto que o acusado Rogério José de Santana é servidor do INSS.

29. Todavia, o acusado que, por ser funcionário público, fazia prevalecer a imputação apresentada na denúncia, foi absolvido, restando, assim, ausente a subsunção do fato à norma penal com relação ao outro co-réu. Veja-se que o delito de *concussão* está previsto no art. 316 do CPB configurando delito funcional típico, que se consuma no momento em que o funcionário público faz exigência de vantagem indevida, independentemente de qualquer outro resultado.

30. Aqui, o réu Francisco de Assis, mesmo não sendo servidor público, foi denunciado pelo delito de *concussão*, haja vista que a condição pessoal do outro acusado de funcionário público, por ser elementar do delito, àquele se comunicou, isso em razão do que dispõe o art. 30 do CPP, quando diz: *não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*.

31. Com efeito, restou insubsistente a condenação do réu no delito de *concussão*, devendo haver prolação de nova decisão em relação a este, com a subsunção de sua conduta criminosa ao tipo adequado. Neste caso, restando demonstrado que a conduta delituosa do acusado atingiu apenas o particular, não havendo evidência de qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União Federal, competente é a Justiça Comum Estadual para processar e julgar o feito.

32. Dessa forma, modifico a sentença de primeiro grau, julgando procedente a apelação de Rogério José de Santana, para absolvê-lo da prática do crime que lhe foi imputado, fazendo-o com suporte no art. 386, VI, do CPP, e anulo a sentença proferida em

relação ao outro acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa, razão pelo qual julgo prejudicada a sua apelação.

33. Diante do exposto, remetam-se os autos à Justiça Comum Estadual, por ser competente para julgar o feito em relação ao acusado Francisco de Assis Ferreira da Costa.

34. É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.015-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, RÔMULO PINA DANTAS, PAULO PEREZ MACHADO, SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA E ALBERTO PEREZ MACHADO

Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E LINDEMBERG DA MOTA SIVEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. IMPORTAÇÃO DE COMBUSTÍVEL, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE COMPROVANTE FALSO DE COMPENSAÇÃO, PARA FINS DE BURLAR O PAGAMENTO DA CIDE. PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DEFESA. NULIDADE DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO POR PARTE DA PRESENTE RELATORIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E TENTATIVA DE DESCAMINHO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. RECURSOS MANEJADOS TÃO-SOMENTE PELA DEFESA. PROVIMENTO PARCIAL. EXCLUSÃO DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENDIMENTO AOS COMANDOS DOS

ARTIGOS 59 E 68 DO CPB. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTITUTIVAS DE DIREITO. SENTENÇA MANTIDA NOS DEMAIS TERMOS.

- *A distribuição por prevenção a esta relatoria encontra respaldo no disposto no artigo 57, § 2º, 3º e 6º do Regimento Interno desta Corte, in verbis: “O Relator que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, ficará prevento para todos os recursos posteriores e seus novos incidentes”.*
- *Todas as provas necessárias ao julgamento foram produzidas. No que tange às nulidades no processo penal, a regra básica encontra-se encartada no já citado artigo 563, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*.*
- *A unidade do Ministério Público não retira de seus membros a autonomia e independência em relação ao juízo de seus próprios atos, cuja competência e interesse nascem de sua própria função institucional, donde inegável a livre atuação, dentro dos limites que lhe impõe a lei, ter ou não aditado à denúncia.*
- *Por ocasião do julgamento do HC nº 1.884-PE, a 2ª Turma deste TRF já se manifestou sobre a invocada inépcia da denúncia, quando entendeu que referida peça exordial acusatória preenchia todos os pressupostos exigidos pelo artigo 41 do CPPB e ausentes as causas de rejeição elencadas no artigo 43 do CPPB.*
- *Quando da entrada do combustível em território nacional, a fiscalização aduaneira, suspeitando da irregularidade do pedido de compensação de crédito com débitos de terceiros, bem como da declaração supostamente emitida pela Receita Federal, instaurou procedimento administrativo*

fiscal, concluindo pela falsidade dos documentos questionados diante de várias imperfeições constatadas pelo Fisco e confirmadas em juízo.

- A prova referente à falsidade documental foi produzida sem qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

- Tendo os apelantes os documentos falsos e fazendo uso dos mesmos no intuito de compensar débito tributário, tem-se configurada a potencialidade lesiva, uma vez que havia a possibilidade de obtenção do intento criminoso, de modo a afastar a hipótese de crime impossível.

- A regra relativa ao antefato impunível não deve ser aplicada ao caso concreto, pois, diferentemente da consunção da falsificação de documento público (art. 297 do CPB) pelo uso de documento falso, em que o primeiro é meio necessário para a consecução do segundo, a ação tipificada no artigo 304 do CPB foi, de fato, o meio utilizado para se tentar a realização do descaminho, contudo este último prescinde do primeiro para sua concretização, podendo ser efetivado de formas diversas da utilizada na questão posta sob apreciação judicial.

- Confirmando a instrução criminal que os sócios da Full Trading tinham pleno domínio do fato criminoso, correta a condenação dos acusados pelo crime de uso de documento falso em concurso formal com a tentativa de descaminho.

- Não é possível equiparar a aplicação da pena de perdimento sobre a mercadoria importada ao pagamento do tributo a ensejar a extinção da punibilidade. Não há como se incluir o artigo 334 do CPB na abrangência do benefício contido no artigo 34 da Lei nº 9.249/95.

- Para se evitar a prolação de julgamentos contraditórios e, ainda, pelo respeito à proibição do bis in idem, considerando que os acusados já respondem por formação de quadrilha pelos

mesmos fundamentos que suscitaram a presente acusação, deve ser excluída a condenação no crime previsto no artigo 288 do CPB.

- As penas resultantes não foram superiores a quatro anos e os crimes não foram perpetrados com violência ou grave ameaça à pessoa. Circunstâncias judiciais demonstram a suficiência da aplicação do artigo 44 do CPB, de modo que as penas privativas de liberdade devem ser substituídas por duas penas restritivas de direito, na forma do § 2º do dispositivo invocado.*
- Preliminares rejeitadas e apelação provida parcialmente.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas pela defesa e, no mérito, por maioria de votos, vencido o Exmo. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Farias, dar parcial provimento às apelações dos réus, tão-somente para excluir da condenação relativa aos apelantes Marcos José Bezerra Menezes, Rômulo Pina Dantas, Paulo Perez Machado e Alberto Perez Machado a cominação da pena relativa ao delito descrito no art. 288 do CPB, 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, 1º de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida a hipótese de Apelações Criminais interpostas pelos réus, acima especificados, contra sentença (fls. 2.520/2.558) da lavra do Exmo. Juiz Federal Substituto, Dr. Allan Endry Veras Ferreira, da 13ª Vara/PE, que, julgando procedente a denúncia, con-

denou os réus Paulo Perez Machado, Marcos José Bezerra Menezes, Alberto Perez Machado e Rômulo Pina Dantas pela prática dos crimes de uso de documento falso - artigo 304 (com remissão às penas do art. 297), em concurso formal com o crime de tentativa de descaminho - artigo 334, *caput* c/c os arts. 14, II, e 29, todos do Código Penal e, ainda, em concurso material com o crime de quadrilha ou bando - art. 288, *caput*, do mesmo diploma legal, e o réu Sérgio Fernando de Oliveira pela prática dos crimes previstos no artigo 304 (com remissão às penas do art. 297), em concurso formal com o art.334, *caput* c/c os arts. 14, II, e 29 do CPB.

Conforme se lê na Denúncia ofertada pelo MPF e recebida no Juízo Criminal da 13^a Vara da Justiça Federal deste Estado de Pernambuco, “os denunciados, em comunhão de ações e desígnios, na qualidade de sócios-gerentes da empresa Full Trading e Comércio Ltda., com exceção do último denunciado – Sérgio Fernando de Oliveira, e que atuou como despachante aduaneiro e representante da referida empresa – responsáveis diretos pela administração desta, conforme estatuto social e suas alterações (fls. 357/369), mediante fraude, tentaram iludir o pagamento de direito devido pela entrada, no território nacional, de 6.040,66 m³ (seis mil e quarenta metros cúbicos e sessenta e seis centésimos) de gasolina, ou seja, 6.040.660 litros (seis milhões, quarenta mil, seiscentos e sessenta litros) somente não conseguindo consumar a prática de descaminho por circunstâncias alheias à vontade deles, vale dizer, pela pronta e eficaz fiscalização realizada pela Alfândega do Porto de Suape, órgão da Secretaria da Receita Federal (SRF), que detectou a apresentação de documentos falsos para o desembarço aduaneiro”.

É de se destacar que, mesmo em se considerando os inúmeros *habeas corpus* impetrados com intuito de revogar o decreto preventivo, os réus, ora apelantes, responderam ao processo em liberdade por força de decisão do Pleno deste Tribunal, que concedeu liminar nos autos do MSPL 88.433/PE, decisão, inclusive, confirmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça.

As condenações impostas pela sentença recorrida foram no seguinte sentido:

O réu MARCOS JOSÉ BEZERRA, brasileiro, casado, empresário, RG 2.891.399-SSP/PE; foi **condenado** à pena final de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto** [pena de 03 anos de reclusão pelo crime de uso de documento falso - artigo 304 do CP, aumentada de 1/3 (um terço) em face do concurso formal com a tentativa de descaminho - artigo 334 c/c 14, II, do CPB, para o qual havia sido combinada pena menos grave de 1 ano e 4 meses de reclusão, perfazendo 4 anos de reclusão e pena de 1 ano e 6 meses de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando - artigo 288 do CPB] e 100 dias-multa.

O réu RÔMULO PINA DANTAS, brasileiro, casado, empresário, RG 5.788.550-SSP/PE foi **condenado** à pena final de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto** [pena de 3 anos de reclusão pelo crime de uso de documento falso - artigo 304 do CP, aumentada de 1/3 (um terço) em face do concurso formal com a tentativa de descaminho - artigo 334 c/c 14, II, do CPB, para o qual havia sido combinada pena menos grave de 1 ano e 4 meses de reclusão, perfazendo 4 anos de reclusão e pena de 1 ano e 6 meses de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando - artigo 288 do CPB] e 100 dias-multa.

O réu PAULO PEREZ MACHADO, brasileiro, casado, empresário, RG 1.649.897 - SSP/PE, foi **condenado** à pena final de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto** [pena de 3 anos de reclusão pelo crime de uso de documento falso - artigo 304 do CP, aumentada de 1/3 (um terço) em face do concurso formal com a tentativa de descaminho - artigo 334 c/c 14, II, do CPB, para o qual havia sido combinada pena menos grave de 1 ano e 4 meses de reclusão, perfazendo 4 anos de reclusão e pena de 1 ano e 6 meses de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando - artigo 288 do CPB] e 100 dias-multa.

O réu SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA, brasileiro, casado, despachante aduaneiro, RG 559.057- SSP/PE, foi **condenado** à pena final de **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semi-aberto** [pena de 2 anos de reclusão pelo crime de uso de documento falso - artigo 304 do CP, aumentada de 1/3 (um terço) em face do concurso formal com a tentativa de descaminho - artigo 334 c/c 14, II, do CPB, para o qual havia sido combinada pena menos grave de 1 ano de reclusão] e 40 dias-multa.

O réu **ALBERTO PEREZ MACHADO**, brasileiro, casado, empresário, RG 1.295.381-SSP/PE; foi **condenado** à pena final de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto** [pena de 3 anos de reclusão pelo crime de uso de documento falso - artigo 304 do CP, aumentada de 1/3 (um terço) em face do concurso formal com a tentativa de descaminho - artigo 334 c/c 14, II, do CPB, para o qual havia sido combinada pena menos grave de 1 ano e 4 meses de reclusão, perfazendo 4 anos de reclusão e pena de 1 ano e 6 meses de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando - artigo 288 do CPB] e 100 dias-multa.

Inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal singular, os quatro primeiros acusados acima especificados manejaram, às fls. 2.593 a 2.667, apelação, sustentando, em síntese, as seguintes razões a justificar a reforma da sentença: **preliminarmente**, 1) necessidade de serem os autos submetidos a nova distribuição face à ausência, segundo a defesa, de prevenção por parte desta Relatoria; 2) nulidade da sentença em face da necessidade de o juízo *a quo* se pronunciar sobre a necessidade e conveniência da realização de provas requeridas durante a instrução; 3) nulidade da sentença para que antes da sua prolação se abra vista dos autos ao MPF para oferecer aditamento à denúncia em relação ao Sr. Ricardo Sampaio. **No mérito**, sustentam que a condenação há de ser afastada, tendo em vista a ausência de prova quanto à autoria e materialidade delitivas, nos termos do artigo 386, II e IV, do CPP, bem como pela ausência de dolo na conduta dos réus, sem levar em conta o fato de que “reconheceu a Secretaria da Receita Federal, que a conduta apurada administrativamente não constitui qualquer ilícito, não subsistindo na esfera jurisdicional como crime, nos termos do artigo 386, III, do CPP, em harmonia ao princípio da subsidiariedade que informa o direito penal moderno”.

O acusado **ALBERTO PEREZ MACHADO**, em sua apelação (fls. 2.675 a 2.730) apresenta as seguintes razões a justificar a reforma da sentença: **preliminarmente**, inépcia da denúncia, já que a mesma não descreveu, ainda que de forma sucinta, qual teria sido a sua participação nos fatos criminosos narrados naquela peça exordial. **No mérito**, sustenta que não haveria prova quanto à falsidade dos documentos apresentados pela empresa

Full Trading, que haveria de se reconhecer a existência de crime impossível e que se crime de uso de documento falso houvesse ocorrido seria mero crime-meio absorvido pelo descaminho, destacando, ainda, a boa-fé dos gestores da aludida empresa, bem como a ausência de responsabilidade pela suposta falsidade. Por fim, quanto à imputação do crime de formação de quadrilha alega que constituiria um *bis in idem*, mostrando-se dita acusação absolutamente infundada.

Contra-razões apresentadas pelo MPF às fls. 2.732/2.754.

Parecer Ministerial, às fls.2.758, ofertado pelo Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho, que, reportando-se aos termos das contra-razões de fls. 2.732/2.754, opinou pelo improvimento dos recursos dos réus, com a manutenção da sentença singular em todos os seus termos.

Os autos seguiram ao Exmo. Desembargador Federal Revisor, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Os réus **PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, RÔMULO PINA DANTAS e SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA** inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal singular, alegam preliminarmente:

- 1) necessidade de serem os autos submetidos a nova distribuição em face da ausência, segundo a defesa, de prevenção por parte desta Relatoria;
- 2) nulidade da sentença em face da necessidade de o juízo a quo se pronunciar sobre a necessidade e conveniência da realização de provas requeridas durante a instrução;
- 3) nulidade da sentença para que antes da sua prolação se abra vista dos autos ao MPF para oferecer aditamento à denúncia em relação ao Sr. Ricardo Sampaio.

O réu **ALBERTO PEREZ MACHADO** alega preliminarmente:

inépcia da denúncia, já que a mesma não descreveu, ainda que de forma sucinta, qual teria sido a sua participação nos fatos criminosos narrados na exordial.

Passo à análise:

PRELIMINAR DE DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO INDEVIDA DO FEITO A ESTA RELATORIA:

No que se refere ao questionamento sobre a distribuição por prevenção indevida do feito a este Relator, sob o argumento de que a impetração de *habeas corpus* não funcionaria para fins de prevenção de competência, conclui-se que o mesmo não deve prosperar.

Com efeito, a distribuição por prevenção a esta relatoria encontra respaldo no disposto no artigo 57, § 2º, 3º e 6º do Regimento Interno desta Corte, *in verbis*: “O Relator que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, ficará prevento para todos os recursos posteriores e seus novos incidentes”.

Nessa linha, o Código de Processo Penal, ao dispor, em seu artigo 83, sobre a competência por prevenção, procurou ser o mais abrangente possível, quando dispõe que “verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente, competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido os outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º e 78, II, c)”.

Quanto ao argumento no sentido de que a impetração do mandado de segurança contra ato do relator anterior, o saudoso Desembargador Federal Petrucio Ferreira, o teria afastado da relatoria dos feitos subseqüentes, tal arguição preliminar encontra-se prejudicada, em face do julgamento pelo Plenário desta Corte do Conflito de Competência nº 1.253/PE (2007.05.00.000500-6), da relatoria do Exmo. Desembargador. Federal Francisco Wildo, conforme se verifica às fls. 432/433, em cuja ementa se lê:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELOS RÉUS. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRE OS MAGISTRADOS ENVOLVIDOS. NÃO CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 114 DO CPP.

- Conflito de competência onde os suscitantes(réus) se insurgem contra a distribuição de apelação criminal, por prevenção, ao Desembargador PETRUCIO FERREIRA, argumentando: a) que inexistiria prevenção da competência do relator pela impetração regimental ou legal nesse sentido; e b) que o reconhecimento, pelo Pleno, do referido Desembargador como autoridade coatora em mandado de segurança relatado pelo Desembargador NAPOLEÃO MAIA teria deslocado para este último a competência para o julgamento dos recursos e incidentes subseqüentes.
- O conflito de competência somente se configura quando dois ou mais juízos se consideram competentes ou quando nenhum deles se considera competente, ou ainda, quando entre eles surja alguma controvérsia a respeito de unidade de juízo ou junção ou separação de processos.
- Nada disso ocorre no caso em tela. Os dois desembargadores se mostraram uníssonos no entendimento de que a distribuição da apelação criminal, por prevenção, ao Desembargador PETRUCIO FERREIRA foi absolutamente correta, nos termos do que preceitua o Código de Processo Penal e o Regimento Interno do TRF da 5ª Região .
- Conflito de competência não conhecido.

Oportuno transcrever excertos das informações prestadas pelo Desembargador Federal Petrucio Ferreira, à época Relator do Feito, nos autos do referido conflito de competência, conforme se verifica das fls. 2.785/2.788, quando o mesmo registrou, *ipsis literis*:

(...) Proferida sentença nos autos da ação criminal nº 2003.83.00.025676-7, foi a mim distribuído o recurso de apelação criminal, por prevenção, ACR 5.015/PE, em relação ao qual tem-se o Conflito de Competência que ora se informa. A distribuição da apelação criminal em questão atendera precisamente o disposto no Regimento Interno desta Casa, em seu art. 57, que assim estabelece: "Art. 57. O Relator que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, ficará prevento para todos os recursos posteriores e seus novos incidentes". Quanto à possibilidade de afastamento da minha relatoria na ACR 5015/PE, diante da impetração de Mandado de Segurança, seja por eu não figurar legitimamente naquele *mandamus* enquanto autoridade coatora – conforme já se esclareceu supra quando da transcrição das informações

então prestadas –, seja por não existir previsão no ordenamento para tal desate, ainda que eu estivesse legitimamente figurando como autoridade coatora, é argumento que não prospera. As hipóteses de impedimento estão legalmente postas, restando constitucional inclusive considerar outras situações não estabelecidas em lei, na medida em que é a própria Constituição que, ao distribuir as parcelas de competência no exercício da jurisdição, também impõe a observância do princípio do juiz natural, nos moldes do que estabelece em seu art.5º, incisos XXXVII e LIII, que figura não como ônus, mas como garantia constitucional processual de efetividade de direito fundamental.

Por tais considerações, afasto a preliminar.

PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA COM A FINALIDADE DE QUE O JUÍZO A QUO DETERMINE A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS ANTERIORMENTE REQUERIDAS.

A defesa argui nulidade da sentença com a finalidade de que o juízo singular determine a realização de diligências anteriormente requeridas, diligências essas que, no entender da defesa, mostrar-se-iam indispensáveis ao deslinde da demanda.

Argumentam que não foi realizada perícia visando constatar a autenticidade ou não da assinatura da funcionária Christiane Marcela Paraíso Leal, constante do documento de fl. 398, intitulado “Declaração” e tido como falsificado, bem como se o timbre e as nomenclaturas constantes daquele condizem com os padrões utilizados pela Receita Federal em São Paulo, além de diversos questionamentos acerca do formulário de Pedido de compensação de Crédito contido à fl. 424 dos autos.

Aduzem, ainda, que, malgrado a determinação judicial, a perícia não se realizou por não ter a Receita Federal com sede em Maceió-AL localizado o documento original, cuja cópia foi juntado aos autos à fl. 398, intitulado “Declaração”. Quanto ao documento de fl. 424 – Pedido de Compensação de Crédito – e a realização de perícia complementar, sustentam que não houve, nem consta nos autos qualquer justificativa para a não realização de perícia complementar requerida e determinada por aquele Juízo *a quo*.

É de se registrar, inicialmente, que em relação a esta preliminar, já argüida nas alegações finais, a mesma foi afastada pelo Magistrado sentenciante, oportunidade em que salientou já terem sido devidamente produzidas todas as provas determinadas por aquele juízo. Apontou, nesse sentido, a existência de complementação da perícia, encontrando-se o laudo às fls. 1.748 a 1.753.

Desse modo, eventual nulidade pela falta de determinação judicial dispensando a realização de provas antes deferidas e abrindo prazo para alegações finais, restou suprida em face do pronunciamento do próprio juízo, por ocasião da sentença.

Ademais, como bem registrado pelo MPF, nas contra-razões de apelação, fl. 2.738, “não bastasse o fato de não haver sido explicitado pela defesa o efetivo prejuízo decorrente da nulidade por ela suscitada, temos que tais questões já foram devidamente apreciadas pelo Juiz *a quo*, na sentença, quando então foi avaliada a conveniência e necessidade da produção de novas provas nos autos. Confira-se, a propósito, trecho daquele *decisum*, que mostra, ao contrário do que alegam os apelantes, a indiscutível desnecessidade da produção das provas requeridas (...).

Vale lembrar que, no que tange às nulidades no processo penal, a regra básica encontra-se encartada no já citado artigo 563, segundo o qual **“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”**, aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Também, como consequência, o artigo 566 do CPP, que dispõe que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Se os atos processuais têm como fim a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão pra renová-lo. Com esse fundamento, determina também o artigo 571, II, que são consideradas sanadas nulidades previstas no art. 564, III, *d*, *e*, segunda parte, *g*, *h*, e IV, se praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EM FACE DA NECESSIDADE DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA, ANTES DA SENTENÇA FINAL, EM RELAÇÃO AO REPRESENTANTE LEGAL DA ILPISA - SR. RICARDO DE SOUZA LEÃO SAMPAIO.

Vigora na sistemática processual penal o princípio da legalidade, ou seja, é defeso, como regra, ao acusador, avaliar a conveniência ou oportunidade da ação penal. Por outro lado, dispõe o artigo 42 do CPP que o Ministério Pùblico Federal não pode desistir da ação que haja proposto; não pode dispor da ação por razões de conveniência, política criminal etc. Isto não significa que não possa e nem deva alvitrar a absolvição, quando vislumbrar a inocência do acusado, máxime porque jamais perde sua qualidade de fiscal da lei, ainda quando atuando na acusação.

A possibilidade de aditamento à denúncia garante ao Ministério Pùblico o pleno exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, constitui uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública que carrega sozinho o ônus da prova.

O processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista visando assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, ou seja, aquele que a todo custo procurava um culpado, fosse ele quem fosse, visando segregar-lhe a liberdade sem assegurar-lhe os direitos fundamentais.

O sistema acusatório é a base de todo o sistema processual penal democrático onde o juiz é afastado da persecução penal, sendo-lhe vedado agir *ex officio*. Portanto, qualquer alteração na peça exordial, seja do fato, do sujeito, ou de elementos agregadores do fato (tempo, lugar, horário, data), somente poderá ser feita pelo titular privativo da ação penal pública: o Ministério Pùblico. Trata-se de uma garantia do acusado, visando resguardar a imparcialidade do órgão julgador.

No caso em exame, a defesa pugna preliminarmente pela nulidade da sentença no sentido de ser necessário o MPF promover

o aditamento à denúncia em relação ao representante legal da IL-PISA, Sr. Ricardo de Souza Leão Sampaio.

Ora, convém enfatizar que nem a denúncia nem o seu aditamento envolvem a antecipação do juízo de certeza, cuja sede natural é a sentença. O aditamento à denúncia, assim como a peça exordial da ação penal, devem obediência aos princípios da obrigatoriedade e do *in dubio pro societate*. É curial, portanto, que o promotor de Justiça amplie o *thema decidendum*, facultando ao Magistrado avaliar livremente as provas e, se for o caso, condenar o acusado por crime mais grave.

Saliente-se, de outra parte, que o juiz, quando determina a baixa dos autos ao Ministério Público, nos termos do art. 384, parágrafo único, do CPP, não está vinculado a essa nova classificação jurídica, podendo, inclusive condenar o acusado pelo crime originariamente descrito na denúncia.

Considero que não há como prosperar a pretensão da defesa, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 129, garante ao Ministério Público o pleno exercício de suas funções institucionais, de modo que a possibilidade de aditamento à denúncia, assim como a promoção inicial da ação penal, se apresenta como um consectário lógico desse mandamento constitucional e, ao mesmo tempo, uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública que carrega sozinho o ônus da prova.

Observe-se que o próprio Ministério Público, em suas contrarrazões, ressalta, de forma pertinente, que, se lhe foi dada constitucionalmente a titularidade da ação penal pública, só a ele competirá averiguar a existência de elementos que indiquem a ocorrência de um fato típico e antijurídico e que possam justificar o aditamento à denúncia.

Salientou ainda que o procedimento previsto no artigo 28 do CPP, nos casos de arquivamento promovido pelo *Parquet*, encontra-se a cargo da autoridade judicial, que procederá, em conformidade com o previsto naquele dispositivo apenas “**no caso de considerar improcedentes as razões invocadas**”, de modo a concluir que os apelantes, no ponto em discussão, pretendem se substituir ao órgão ministerial na esfera de seu poder de convicção.

Oportuno registrar que, na fase do artigo 499 do CPP, a defesa não pugnou pelo aditamento da denúncia em relação ao representante legal da ILPISA, conforme se verifica nas fls. 1.645/1.650 e 1.745/1.746. Tampouco o *dominus litis*, em pleno exercício de suas funções institucionais, agiu com tal mister.

Despiciendo afirmar-se que a unidade do Ministério Público Federal não retira de seus membros a autonomia e independência em relação ao juízo de seus próprios atos, cuja competência e interesse nascem de sua própria função institucional, donde inegável a livre atuação, dentro dos limites que lhe impõe a lei, ter ou não aditado à denúncia.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar argüida.

**PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA ARGÜIDA
PELO RÉU ALBERTO PEREZ MACHADO.**

Alega a defesa do réu ALBERTO PEREZ MACHADO que a denúncia é vazia e genérica, não descrevendo, ainda que de forma sucinta, a participação do referido acusado nos crimes descritos na inicial, do que decorreria a sua inépcia.

Inicialmente, registro que tal preliminar, já argüida na fase das alegações finais, foi enfrentada e afastada na sentença, conforme se verifica à fl. 2.524, item II.

Ademais, quando do julgamento do HC nº 1.884-PE, a 2^a Turma deste TRF, já se manifestou sobre a invocada inépcia da denúncia, quando entendeu que referida peça exordial acusatória preenchia todos os pressupostos exigidos pelo artigo 41 do CPPB e ausentes as causas de rejeição elencadas no artigo 43 do CPPB, entendendo, quanto à alegação de atipicidade da conduta imputada ao denunciado, que tal questão não afeta a própria validade da denúncia, vez que assim se apresentando ao juízo de primeiro grau aquele dentro do princípio da unidade da denúncia, poderá determinar ao MP o aditamento da peça acusatória de modo a nela inserir a tipificação adequada, ou o próprio juiz, autorizado pelo artigo 383 do CPPB, dar aos fatos definição jurídica diversa da que constar na denúncia.

Os dispositivos acima invocados rezam que a denúncia conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstânc-

cias, a qualificação do acusado, os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas, prevendo, por outro lado, que ela será rejeitada quando o fato narrado devidamente não constitui crime, em tese; já estiver extinta a punibilidade; e por manifesta ilegitimidade da parte, por faltar condições exigidas pela lei para a aplicação penal.

Tanto a denúncia quanto a sentença indicaram a responsabilidade penal do acusado, na qualidade de sócio da empresa, com participação direta nos fatos e pleno domínio dos eventos que culminaram com a instauração da ação penal, como melhor se verá mais adiante. Não se trata, portanto, de responsabilidade penal objetiva, ou em razão da simples ocupação de cargo de diretoria da empresa.

Verificando-se, conforme explicitado linhas atrás, que a denúncia se amolda perfeitamente ao disposto no artigo 41 do CPPB e não apresenta qualquer das máculas constantes do artigo 43 do Diploma mencionado, afasto a preliminar aqui ventilada.

Diante de tais considerações, rejeito as preliminares arguidas pelos réus.

É o meu voto.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Narra a denúncia que a empresa Full Trading e Comércio Ltda., por meio das Declarações de Importação (DI) 03/0751272-4 e 03/076678-5, registradas na Alfândega do Porto de Suape, respectivamente em 3/9/2003 e 11/9/2003, submeteu a despacho aduaneiro de importação 6.040,66 m³ (seis mil e quarenta metros cúbicos e sessenta e seis centésimos) de gasolina, ou seja, 6.040.660 litros (seis milhões, quarenta mil, seiscentos e sessenta litros) de gasolina, não tendo sido recolhido o Imposto de Importação (II) nem o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), pois o valor das alíquotas dos referidos tributos referentes ao código mencionado é 0% (zero por cento).

Tais mercadorias acobertadas pelas Declarações de Importação supracitadas, diz ainda a denúncia, chegaram ao Porto de Suape a bordo do navio Lodestar Grace em 27 de agosto de 2003, conforme os conhecimentos marítimos de carga (*bills of lading - BLs*) e as faturas comerciais (*invoices*) (fls. 38/39 e 49/50).

A exordial chama a atenção para o fato de que com a promulgação da Lei 10.336/2001, sobre importação de petróleo e derivados passou a incidir a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), que tem como fato gerador a importação de gasolina e como contribuinte seu importador - art. 3º I, c/c art. 2º, estabelecendo o Dec. 4.565 de 1º de janeiro de 2003 em seu art. 1º, I, a alíquota específica de R\$ 541,10 por metro cúbico para gasolina, o que leva a um total de R\$ 2.605.500,00 para a DI 03/0751272-4 e de R\$ 563.101,13 para a DI 03/0776678-5, totalizando um crédito tributário de R\$ 3.268.601,13, que, segundo ainda narra a mesma denúncia, a Full Trading optou por extinguir por meio do instituto da compensação, apresentando para comprovação de tal quitação e a instruir as respectivas Declarações de Importação:

- cópia de declaração supostamente emitida pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, datada de 25 de agosto de 2003 (fl. 61) em que consta a informação de que o contribuinte Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A (ILPISA) ... teria transferido por meio do processo administrativo 11831.004766/2003-58, em favor da Full Trading e Comércio Ltda. créditos tributários no valor de R\$ 3.246.600,00;
- cópia de formulário de “Pedido de Compensação de Crédito Tributário com Débito de Terceiros (fl. 63), tendo como contribuinte detentor do crédito a ILPISA e como contribuinte devedor a FULL TRADING E COMÉRCIO S/A, no qual consta a autorização para compensação de R\$ 3.246.600,00.

Por tais documentos terem instruído as respectivas DIs apresentadas pela Full Trading como comprovante da CIDE devida pela importância do montante da gasolina importada, é que, segundo registra a denúncia, constou no campo “dados complementares” de cada extrato das DIs a seguinte informação.

(...) já recolhido à Receita Federal como consta na declaração emitida pela Delegacia da Receita em São Paulo, datada de 25/08/2003, processo 11831.004766/2003-58 (...) (fls. 35 e 43).

A utilização de tais documentos foi confirmada pelos réus, razão por que diz a peça acusatória inicial “nenhuma dúvida pode pairar sobre a utilização de declaração supostamente emitida pela Delegacia de Receita Federal em São Paulo, bem como do formulário de pedido de compensação, ambos acima mencionados, como comprovantes de pagamento de tributos (CIDE), nos Despachos de Importação 03/0761272-4 e 03/076678-5”.

A demonstrar a falsidade de tais documentos registra a Denúncia que a IN SRF 21/97, que previa a possibilidade de compensação de crédito com débitos de terceiros, houvera sido revogada pela IN 210/2002, o que demonstra que a DRF em São Paulo não poderia aceitar o pedido de compensação em 28 de agosto de 2003 – conforme o carimbo de protocolo constante na declaração supostamente emitida pela Receita Federal.

Aponta ainda que o formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros”, tida como feita pela ILPISA, teria sido protocolizado junto à Receita Federal em São Paulo que, teria emitido tal declaração, quando a unidade de jurisdição com competência para decidir sobre tal pleito seria a de Alagoas.

O procedimento administrativo fiscal demonstrou ainda que em alguns campo do formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros”, foram detectados diferentes tipos, formatos e tamanhos de fonte de caracteres, e que existia divergência entre a fonte do algarismo “1” contido no campo “Nº PROCESSO EM QUE CONSTA O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO OU RESSARCIMENTO” e os demais campos do formulário, como, por exemplo, “LOGRADOURO” e “TELEFONE”.

Outro ponto indicado pela denúncia como evidência da falsidade foi a data em que o formulário sob comento foi protocolado na delegacia da Receita Federal em São Paulo (28 de agosto de 2003), enquanto a “Declaração de Transferência de Crédito da ILPISA” para a Full Trading e Comércio Ltda., supostamente emitida pela DRF SP teria sido emitida em 25 de agosto do mesmo ano,

de modo que o caso concreto gerou uma situação cronologicamente impossível em que a DRF SP TERIA EMITIDO TAL DECLARAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA ANTES DE SER PROTOCOLADO JUNTO À MESMA O PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO COM DÉBITO DE TERCEIROS.

Nessa mesma linha, observou que o nome constante da Declaração de Transferência de Créditos do órgão falado como expedidor é “DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO” em desconformidade com seu nome correto, no caso, “DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO”.

Ademais, traz a lume que a servidora da Secretaria da Receita Federal em São Paulo, Christiane Marcela Paraíso Leal, chefe do Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC) de Tatuapé/SP, suposta subscritora da “Declaração de Transferência de Créditos”, afirmou que a assinatura constante em tal documento como sendo sua, não lhe pertence, chamando ainda a atenção para as imperfeições do carimbo, e informando, por fim que se tal documento tivesse sido emitido pela DERAT/SP não teria sido assinado por um Chefe da CAC, além de afirmar apresentar-se o documento estranho quanto à forma e padrão.

Por fim, indica o *parquet* que o MEMO/EQASG/GAB/ N° 224/2003, expedido pelo GABINETE/DERAT/SP, em 15/09/2003, e o Memorando 21/2003, da DIORT/DERAT/SP, relataram indícios de falsidade de um outro documento, datado de 18 de agosto de 2003, recebido pela DORT, por meio do qual estariam sendo transferidos da mesma ILPISA e a favor da Full Trading e Comércio Ltda., créditos tributários no valor de R\$ 7.489.329,92, documento aquele similar à declaração apresentada na importação sob apreciação.

Em conclusão o *Dominus litis* afirma restar evidenciado ter havido, de modo consciente e deliberado, da parte dos apelantes, uso de documentos falsos – quer a declaração supostamente emitida pela DRF/SP, quer o formulário de Pedido de Compensação de Crédito Tributário com Débito de Terceiros, que instruíram as Declarações de Importação 03/0751272-4 e 03/0776678-5, levando à conclusão de que a Full Trading e Comércio Ltda., por meio

dos denunciados tentou iludir, em parte o pagamento da CIDE, no caso R\$ 3.246.600,00 dos R\$ 3.268.601,13 devidos, deduzindo-se a autoria delitiva da parte dos apelantes em face dos mesmos, à exceção do de nome Sérgio Fernando de Oliveira, figurarem no contrato social da empresa importadora como seus únicos sócios, todos com poderes de administração e autorizados a praticar ato de gestão, sendo, ainda, de aplicar-se à hipótese o entendimento jurisprudencial segundo o qual, nos crimes societários ou de autoria coletiva, se impossível determinar-se a participação de cada um dos denunciados, há de se aguardar a instrução criminal.

Restaram os denunciados PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS, condenados pelo Exmo. Juiz Federal da 13^a Vara/PE, pela prática dos crimes previstos no artigo 304 (com remissão às penas do art. 297), em concurso formal com o artigo 334, *caput* c/c os arts. 14, II, e 29, todos do Código Penal e, ainda, em concurso material com o art. 288, *caput*, do mesmo diploma legal, e o réu SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA pela prática dos crimes previstos no artigo 304 (com remissão às penas do art. 297), em concurso formal com o art. 334, *caput* c/c os arts. 14, II, e 29 do CPB.

Os acusados **MARCOS JOSÉ BEZERRA, RÔMULO PINA DANTAS, PAULO PEREZ MACHADO, SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA**, inconformados, sustentam, no mérito, que a condenação há de ser afastada, tendo em vista a ausência de prova quanto à autoria e materialidade delitivas, nos termos do artigo 386, II e IV, do CPP, bem como pela ausência de dolo na conduta dos réus, sem levar em conta o fato de que a Secretaria da Receita Federal reconheceu que a conduta apurada administrativamente não constitui qualquer ilícito, não subsistindo na esfera jurisdicional como crime, nos termos do artigo 386, III, do CPP, em harmonia ao princípio da subsidiariedade que informa o Direito Penal moderno.

O réu **ALBERTO PEREZ MACHADO**, em suas razões de apelação, no mérito, sustenta que não haveria prova quanto à falsidade dos documentos apresentados pela empresa Full Trading, que haveria de se reconhecer a existência de crime impossível e que se crime de uso de documento falso houvesse ocorrido, seria

mero crime-meio absorvido pelo descaminho, destacando, ainda, a boa-fé dos gestores da aludida empresa, bem como a ausência de responsabilidade pela suposta falsidade. Por fim, quanto à imputação do crime de formação de quadrilha, alega que constituiria um *bis in idem*, mostrando-se dita acusação absolutamente infundada.

Inicialmente, oportuno transcrever excertos dos interrogatórios dos réus, de onde se conclui que eles tinham conhecimento da vedação normativa da Receita Federal para compensação tributária de crédito com débitos de terceiros, podendo-se, portanto, inferir que os acusados tinham a consciência da irregularidade dos documentos utilizados.

INTERROGATÓRIO DO RÉU SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA

(...) que antes dos fatos em questão já havia promovido o desembaraço de combustível com a compensação da CIDE, por meio do SIAFI, referente a créditos reconhecidos em liminares deferidas em ações ajuizadas pelos cedentes anteriormente à edição da Portaria MF 259 de agosto de 2001, por meio da qual passou a ser vedada a compensação para tributos e contribuições devidos no registro da declaração de importações; (...) que como despachante de outras importadoras se utilizou de documento de compensação de crédito quando do desembaraço de importações da empresa GENISIS, havendo a compensação sido autorizada por liminar, anteriormente à Portaria MF 259/2001; (...) que tinha conhecimento da existência da IN 210/2002, que revogou o formulário de pedido de compensação acompanhado de declaração da DRF São Paulo, acreditava que estava regular, já que desconhecia o processo administrativo da compensação; (...) que não sabe explicar o motivo de essas declarações serem emitidas pela DRF de São Paulo ao passo que a ILPISA, cedente, tem domicílio em Alagoas ... (destaquei)

INTERROGATÓRIO DO RÉU PAULO PEREZ MACHADO

(...) que o interrogando é sócio-diretor da FULL TRADING responsável pelas importações da empresa; (...) que tinha conhecimento da existência da Instrução Nor-

mativa nº 210/2002, da Receita Federal, que vedava a compensação de créditos com débitos de terceiros, entretanto o TRF da 5ª Região vem entendendo que se os créditos forem anteriores àquela instrução poderão ser compensados; **que não existia ordem judicial autorizando a compensação dos créditos da ILPISA no caso em tela**; (...) que os formulários de pedido de compensação de créditos com débitos de terceiros eram assinados pela FULL TRADING, pelo ora interrogando e pela ILPISA, pelo Sr. RICARDO SAMPAIO, diretor do grupo; que, no presente caso, inicialmente, foi preenchido o formulário de fl. 63 do volume I do PAC, mas foi substituído pelo formulário de fl. 393 do volume II do PAC, porque era este último que estava de acordo com a IN 210/2002, sendo os deste último modelo o normalmente utilizado nesses casos de compensação pela FULL TRADING; (...). (Destaquei)

INTERROGATÓRIO DO RÉU ALBERTO PEREZ MACHADO

(...) que tinha conhecimento do teor da Instrução Normativa 210/2002, que vedava a compensação de créditos com débitos de terceiros, bem como previa novo formulário de pedido de compensação, diverso daquele utilizado no presente caso, mas não sabe explicar porque a compensação em tela foi deferida administrativamente, mediante o uso de formulário já não mais utilizado, porque todo esse procedimento foi feito pelo Sr. RICARDO SAMPAIO (...).

Não é crível que empresários experientes no ramo tivessem adquirido créditos da ILPISA, em montante superior a três milhões de reais, sem que tivessem o cuidado de verificar a regularidade dos mesmos. Todos eles sabiam que a Justiça Federal vinha autorizando a compensação de créditos anteriores à vigência da IN 210/2002. Logo, é óbvio, deveriam saber que a Receita Federal não poderia ter, administrativamente, autorizado a compensação.

CONFIGURAÇÃO DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Quando da entrada do combustível em território nacional, a fiscalização aduaneira, suspeitando da irregularidade do pedido de compensação de crédito com débitos de terceiros, bem como da declaração supostamente emitida pela Receita Federal, instaurou

procedimento administrativo fiscal, concluindo pela falsidade dos documentos guerreados, nos termos dos argumentos a seguir transcritos:

- a) o Formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros” (fl. 60), previsto na IN SRF nº 21/97, está revogado desde a publicação da IN SRF nº 210/2002, portanto a DRF/SP não teria como aceitá-lo em 28 de agosto de 2003, conforme carimbo de protocolo constante no “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros”;
- b) o Formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros” foi protocolado e a Declaração foi emitida por uma Unidade da Receita Federal em São Paulo para um contribuinte, Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, cuja unidade de jurisdição e competência para decidir o pleito é da Delegacia da Receita Federal em Maceió/AL, já que o domicílio do contribuinte é em Alagoas;
- c) diferentes tipos, formatos e tamanhos de fonte foram detectados em alguns campos do formulário ‘Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros’ (fl. 60). Nota-se que os algarismos do tipo de fonte utilizado no campo “nº processo em que consta o pedido de restituição ou ressarcimento” são modelos distintos dos números da fonte utilizada nos demais campos do formulário, como por exemplo, os algarismos utilizados no campo “telefone”. Percebe-se claramente que no campo “telefone” e demais campos do formulário, utilizou-se o algarismo “um” grafado da forma: 1. Ao passo que no campo “nº processo em que consta o pedido de restituição ou ressarcimento” o algarismo um é grafado da forma: 1. Ou seja, 1 ? 1. [...];
- d) o **Formulário** “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros” (fl. 60) **foi protocolado no dia 28 de agosto de 2003**, conforme indica o carimbo no canto inferior esquerdo deste documento, contudo a **Declaração** (fl. 58), supostamente emitida pela DRF-SP, reconhecendo este crédito **está datada de 25 de agosto de 2003**. Há uma incoerência temporal, pois a declaração da DRF-SP não poderia atender a um requerimento, no caso o “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros”, formulado em data pretérita, ou seja, atender, em 25/08/2003, um requerimento que ainda não havia sido for-

mulado, já que o mesmo só viria a ser formalizado 3 (três) dias depois, em 28/08/2003;

[...]

e) a Declaração (fl. 58) apresenta estranheza quanto à forma e padrão, pois o nome correto da unidade da SRF é “Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo” em vez de “Delegacia da Receita Federal em São Paulo”;

f) recebimento do MEMO/EQASG/GAB/Nº 224/2003, expedido pelo GABINETE/DERAT/SP em 15/09/2003, e do Memorando nº 21/2003, da DIORT/DERAT/SP, em que estão relatados indícios de falsidade de um documento, datado de 18/08/2003, recebido naquela DIORT, por meio do qual estariam sendo transferidos, a favor do Contribuinte Full Trading e Comércio Ltda., CNPJ nº 04.870.288/0001-06, créditos tributários no valor de R\$ 7.489.329,92, cópias às fls. 377-380, similar à declaração apresentada nessa importação;

g) conforme detalhado no Memorando 001/2003 (fls. 54-56), a SARAT recebeu, em 30/09/2003, o processo nº 11831.004766/2003-58 (fls. 64-366), mencionado no Formulário “Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiros” e do qual possivelmente a declaração (fl. 58), supostamente emitida pela DRF-SP, utilizada pelo importador para comprovar o pagamento da CIDE incidente nas importações (DI 03/0751272-4 e 03/0776678-5) em questão, teria sido originária. Compulsando os autos (fls. 64-366), depreendeu-se que o mesmo versa acerca de pedido de restituição da empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios, CNPJ nº 09.342.379/0001-92, de “*crédito tributário alusivo ao empréstimo compulsório destinado à Eletrbrás*”, conforme pedido de restituição em anexo. Não há cópias dos documentos apresentados pelo importador como comprovação da quitação dos tributos incidentes nas importações referentes as DI 03/0751272-4 e 03/0776678-5, nem qualquer alusão aos mesmos. O processo foi encaminhado, sem análise, à DRF-Maceió (AL), vez que esta é a unidade que jurisdiciona o domicílio (Palmeira dos Índios-AL) do requerente e, por conseguinte, responsável para decidir sobre o pleito;

h) no intuito de esclarecer o procedimento adotado pela DRF-SP, que, ressalte-se, é totalmente anômalo quando

se trata de deferimento de transferência de direito creditório, seja em virtude de atualmente ser vedada em âmbito administrativo, ou em razão da incompetência regimental de uma chefe de CAC (Centro de Atendimento ao Contribuinte) para emitir tal declaração, foi proposto, pela SARAT, ao Inspetor, o encaminhamento de Ofício, com anexação da minuta e documentos pertinentes, à Delegada da Receita Federal em São Paulo, Sra. Patrícia P. Alonso, e a seu substituto, Sr. Dirceu Alves da Lousa, para que se atestasse, se fosse o caso, a veracidade da declaração que instruiu os despachos aduaneiros mencionados (fls. 370-373). Preocupada em enfeixar provas que pudessem elucidar o suposto procedimento adotado pela Receita Federal em São Paulo, a SARAT propôs ainda ao Inspetor que a servidora Christiane Marcela Paraíso Leal, lotada na CAC Tatuapé (SP), fosse diretamente contactada para atestar, com a devida urgência, se teria assinado tal declaração. (fls. 375-375). Em 03/10/03, foram recebidas informações do Delegado Adjunto da DERAT/SPO esclarecedoras de que: (a) segundo informação da Sra. Chefe da CAC/Tatuapé, a assinatura constante do documento apresentado pelo contribuinte não é de sua autoria, salientando ainda as imperfeições do carimbo; (b) se o documento tivesse sido emitido pela DERAT/SPO, não seria assinado por um chefe de CAC; c) o documento é estranho quanto à forma e padrão (fls. 401-403);
i) É importante destacar que, além da servidora do CAC da DRF-SP não reconhecer como sua a assinatura do documento de fl. 58 e de o Centro de Atendimento ao Contribuinte não ter previsto, entre suas atribuições, conforme disposto no artigo 128 da Portaria MF nº 259, de 24 de Agosto de 2001, a competência para emitir a Declaração de fls. 58, não é permitida a compensação para os tributos e contribuições devidos no registro de Declaração de importação (artigo 21, § 3º, inciso II da IN SRF 210/2002), nem é permitida a compensação de débitos do sujeito passivo, relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, com créditos de terceiros (artigo 30 da IN SRF 210/2002). Essas duas proibições têm como base legal o *caput* inciso II do § 3º do artigo 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a nova redação dada pelo artigo 49 da Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002. [...]

Merecem destaque alguns aspectos dos pontos elencados pela fiscalização aduaneira haja vista o seu caráter elucidativo. Com efeito, saliente-se, de início, os esclarecimentos prestados pela servidora Christiane Paraíso Leal, no sentido de que não era sua a assinatura nem o carimbo constantes da Declaração forjada.

Noutro aspecto, o fato de o formulário pedido de compensação de crédito com débito de terceiros ter sido protocolizado três dias depois da emissão da declaração supostamente emitida pela DRF-SP, reconhecendo este crédito, demonstra uma total falta de lógica do ponto de vista cronológico, já que nenhum órgão público pode atender a um requerimento que não chegou a ser formulado.

No mesmo sentido, a impossibilidade de compensação para os tributos e contribuições devidos no registro de Declaração de Importação, bem como de compensação de débitos do sujeito passivo, relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, com créditos de terceiros, nos termos do artigo 21, § 3º, inciso II, e art. 30 da IN SRF 210/2002, leva à conclusão de que é improvável que qualquer unidade da Receita Federal emitisse declaração daquele teor.

Além disso, os próprios réus PAULO PEREZ MACHADO e ALBERTO PEREZ MACHADO confessaram que eram do seu conhecimento as novas regras contidas na Instrução Normativa nº 210/2002, conforme transcrição do interrogatório de fl. 436 a seguir disposta:

(...) que tinha conhecimento da existência da Instrução Normativa nº 210/2002, da Receita Federal, que vedava a compensação de créditos com débitos de terceiros, entretanto o TRF da 5ª Região vem entendendo que se os créditos forem anteriores àquela instrução poderão ser compensados; que não havia ordem judicial autorizando a compensação dos créditos da ILPISA no caso em tela. (...)

Sendo assim, diante das evidências encontradas, resta configurada, portanto, a falsidade material dos documentos que instruíram as Declarações de Importação nº 03/0751272-4 e nº 03/0776678-5, por meio das quais os acusados submeteram a despacho aduaneiro de importação 6.040.660 (seis milhões, quarenta mil, seiscentos e sessenta) litros de gasolina.

PROVA EM RELAÇÃO À FALSIDADE DOS DOCUMENTOS PRODUZIDA COM OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Não merece prosperar a alegação da defesa no sentido de que a prova acerca da falsidade dos documentos em questão foi realizada sem obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

De início, saliente-se que não há o que se discutir acerca da real utilização da Declaração supostamente emitida pela Receita Federal em São Paulo e do Pedido de compensação de crédito com débito de terceiros no desembarço aduaneiro, uma vez que tal fato restou devidamente comprovado na representação fiscal para fins penais acostada às fls. 04/33 dos volumes em apenso, tendo sido tal fato, inclusive, confirmado pelos acusados, tanto em juízo como perante a administração fazendária.

Ademais, constam às fls. 04/33 dos volumes em apenso a representação fiscal para fins penais e, às fls. 406/407-v e fls. 414/416, os depoimentos dos réus SÉRGIO FERNANDO e PAULO PEREZ, respectivamente, perante a autoridade Fazendária e em Juízo, que confirmam o uso de documentos falsos.

Saliente-se ainda que, na sentença recorrida, o Magistrado, com acerto, demonstrou que a prova referente à falsidade documental foi produzida sem qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Destaque-se:

(...) Por outro lado, não merece acolhimento a alegação de que tais elementos de prova foram produzidos sem a participação da defesa, com ofensa, pois, ao princípio do contraditório, considerando terem sido os mesmos colhidos nos autos do processo administrativo fiscal no qual foi dada, aos acusados, ampla oportunidade de defesa - como se vê dos documentos de fls. 389, 391, 395, 397, 400, 405/407, 414/418 e 425, dos volumes em apenso – não tendo, estes últimos, porém, logrado esclarecer as irregularidades apontadas pela Receita Federal. Não obstante, tiveram as partes ampla oportunidade de exercer o contraditório durante a instrução deste feito (...).

Mesmo se tratando de crime que deixa vestígio, é perfeitamente possível, no caso concreto, o corpo de delito indireto. É irrelevante

que a prova da falsidade tenha sido produzida no próprio procedimento de desembaraço aduaneiro, ao qual tinham pleno acesso os ora apelantes.

OCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL

Sustenta a defesa a ocorrência de crime impossível, sob o argumento de que os documentos apresentados (declaração supostamente emitida pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo e o pedido de compensação de crédito com débitos de terceiros) não seriam idôneos para extinguir o crédito tributário referente à CIDE, em face de o formulário utilizado ser imprestável, bem como pelo fato de haver proibição expressa na lei.

Não assiste razão aos apelantes na questão aqui levantada. Registre-se, de início, que o impedimento legal de compensação de débitos relativos a tributos e contribuições devidos no Registro da Declaração de Importação, previsto no artigo 74 da Lei nº 10.637/2002, não retira a possibilidade de o contribuinte se valer de documentos falsos no intuito de lesar o erário, obtendo vantagem indevida em decorrência de uma eventual falha do fisco na observância da mencionada vedação.

É cediço que para ocorrência de crime impossível é necessária a ineficácia absoluta do meio. Ora, os réus ao utilizarem tais documentos para extinguir o crédito tributário, se valeram de meios irregulares, mas não absolutamente ineficazes, como exige o artigo 17 do CP.

Os meios utilizados pelos réus foram irregulares, na medida em que se valeram de declaração supostamente emitida pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo para extinguir o crédito tributário referente à CIDE, quando, atualmente, é vedada a compensação tributária para quitação de débitos devidos pela importação.

Neste sentido, oportuno registrar a alegação do Ministério Público Federal no sentido de que o meio de que utilizaram os apelantes não era absolutamente ineficaz, como exige o artigo 17 do CPB para a configuração do crime impossível, uma vez que os depoimentos dos Auditores da Receita Federal indicam que seria

possível aceitar a quitação do tributo devido pela importação de mercadorias através de compensação tributária, desde que realizada mediante ordem judicial.

Trazendo **lições de NELSON HUNGRIA**, acerca do crime impossível, registrou o *dominus litis*, fl. 2.407, *in verbis*: “(...) *In casu*, o meio empregado não era totalmente ineficaz. Primeiro, porque o documento utilizado para compensação não era absolutamente ineficaz nem tampouco absolutamente impróprio, como demonstrar-se-á mais adiante. Segundo, porque os meios utilizados, ainda que ilegítimos, mas não absolutamente ineficazes nem absolutamente impróprios, eram suficientes para a consumação do delito que apenas não ocorreu por motivos estranhos à vontade dos agentes, qual seja a pronta e eficaz atuação dos servidores da Receita Federal que descobriram a falsidade dos documentos”.

Acerca do crime impossível ou tentativa inadequada, sempre é oportuna a lição de Nelson Hungria:

(...) Ao resolver o problema do crime impossível ou tentativa inadequada (Untaugliche Vesuch, dos autores alemães), o Código atual, do mesmo modo que ao conceituar a tentativa punível, não alterou o direito anterior, e continuou na boa companhia de Feurbach, Mittermayer e Carrara. O seu art. 14 é, no fundo, uma reprodução do parágrafo único do art. 14 do Código de 90: a punibilidade da tentativa é excluída quando, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto, era impossível a consumação do crime. Essa solução é igualmente imposta como um corolário lógico da noção realística do crime. Na tentativa como meio absolutamente inidôneo, falha uma das condições à existência de um crime (segundo a dita noção), isto é, a ocorrência, pelo menos, de real perigo de dano a um bem jurídico; na tentativa sobre o objeto absolutamente impróprio, a atipicidade penal é ainda mais evidente: inexiste o bem jurídico que o agente supõe atacar. Dá-se a ineficácia absoluta do meio quando este, por sua própria essência ou natureza é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego de produzir o evento a que está subordinado a consumação do crime ... (destaquei).

Nesse passo, conclui-se que, no caso concreto, tendo os ape-

lantes os documentos falsos e fazendo uso dos mesmos no intuito de compensar débito tributário, tem-se configurada a potencialidade lesiva, uma vez que, como visto, havia a possibilidade de obtenção do intento criminoso, de modo a afastar a hipótese de crime impossível.

DA ABSORÇÃO DO FALSO PELO DESCAMINHO

A alegação do réu ALBERTO PEREZ MACHADO de que se o crime de uso de documento falso houvesse ocorrido seria mero crime-meio, absorvido pelo descaminho, também não deve prosperar, uma vez que, como bem frisou o Exmo. Juiz Sentenciante, o uso de documento falso (art. 304 do CPB), por tutelar bem jurídico diverso do tutelado pelo descaminho (art. 334 do CPB), não pode ser considerado como meio necessário, ou normal fase de preparação ou execução deste último, razão pela qual é de se aplicar as regras do concurso formal.

No ponto em discussão, tem-se que a regra relativa ao antefato impunível não deve ser aplicada ao caso concreto. Com efeito, diferentemente da consunção da falsificação de documento público (art. 297 do CPB) pelo uso de documento falso, em que o primeiro é meio necessário para a consecução do segundo, a ação tipificada no artigo 304 do CPB foi, de fato, o meio utilizado para se tentar a realização do descaminho, contudo este último prescinde do primeiro para sua concretização, podendo ser efetivado de formas diversas da utilizada na questão posta sob apreciação judicial.

O fato de ter sido utilizado o artifício da falsidade documental para a tentativa de descaminho no caso concreto não leva de forma alguma à conclusão de que todo crime de descaminho deve ser precedido do uso de documento falso, de modo que a sentença de primeiro grau não merece qualquer reparo quando concluir o caso de se aplicar as regras do concurso formal.

Nesse sentido, registro acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminentíssimo ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela egrégia Primeira Turma em 02.03.1999:

EMENTA: DESCAMINHO COM USO DE DOCUMENTO FALSO: CONCURSO FORMAL, INEXISTINDO CONSUNÇÃO.

(STF, 1ª Turma, decisão unânime no HC 78.850-SP, DJU 16.04.99, pág. 08)

Destaco excerto daquela decisão exarada pelo STF, em transcrição do parecer ministerial que serviu de fundamento ao voto do eminentíssimo Relator:

(...)

2. O fundamento único pretende reconhecer a consunção, e não o concurso formal homogêneo na conduta do paciente.

3. Não é de prosperar o pleito.

4. Fiquemos com as próprias transcrições que a impetração aviva à fl. 9, *verbis*:

No caso vertente, resta amplamente caracterizado o princípio consagrado pelo saudoso jurista Nelson Hungria, no sentido de que: 'a norma incriminadora de um fato, que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa' (PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO).

5. *Data venia*, não.

(...)

8. Todavia, no caso em tela, trata-se de exportação ilegal de bens.

9. A consumá-la, o autor não necessita, indeclinavelmente, de forjar documentação.

10. Bem pode fazê-la transportando às escuras, de um ponto a outro, além fronteira, tais bens.

11. Se, como no caso, a mais ardilosamente buscar coonectar a operação criou outra situação à consumação do crime de descaminho, usando falsa documentação, tal realidade se faz autónoma, consumida não é, mas adere à primeira, daí porque o concurso que, em quadro de aderência, repito, diz-se formal.

(...)

ALEGAÇÃO DE QUE A PENA DE PERDIMENTO EQUIVALERIA AO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO PARA EFEITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

Pretende a defesa equiparar a aplicação da pena de perdimento da mercadoria importada ao pagamento do tributo a ensejar a extinção da punibilidade.

Tal argumento não há como prosperar em face dos inúmeros julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, se não vejamos:

STJ. RESP 16.492. 5^a TURMA. RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. DECRETAÇÃO PELO ÓRGÃO FAZENDÁRIO DA PERDA DE MERCADORIAS APREENDIDAS. PRETENSÃO DE SIMILITUDE COM O PAGAMENTO PARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

A sanção administrativa do perdimento de bens apreendidos, de procedência estrangeira, não se equipara ao pagamento do tributo devido para efeito de extinguir a punibilidade, nos termos do artigo 34 da Lei nº 9.249/95.

TRF - 3^a REGIÃO. 5^a TURMA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PENAL. DESCAMINHO. DECISÃO QUE EQUIPARA PAGAMENTO DE TRIBUTO A PERDIMENTO ADMINISTRATIVO DE BENS E APLICA O ARTIGO 34 DA LEI 9.249/95. DESCABIMENTO.

- Não se pode equiparar pagamento de tributos ou contribuição à pena de perdimento de bens.

- Pagamento é o ato jurídico que extingue a obrigação mediante o adimplemento voluntário da prestação por parte do devedor. A perda de bens, por sua vez, é compulsória, alheia à vontade do infrator, razão pela qual não realiza requisitos imprescindíveis à extinção de punibilidade. Ademais, não há, nos autos, notícia do perdimento.

- A punibilidade tem a ver com a própria essência do Estado, que só a perde em hipóteses taxativamente definidas em lei, dentre as quais o perdimento administrativo de bens evidentemente não se inclui. Aos que ameaçam ou violam valores caros à sociedade a organização política reservalhes a pena, cujos fins podem ser os mais variados, mas um deles é certamente assegurar-se que o infrator conforme-se à ordem jurídica existente e não reproduza a conduta proibida. Aplicar o artigo 34 da Lei nº 9.249/95 com desprezo à iniciativa do agente no pagamento da dívida, mais do que confundir conceitos jurídicos, significa premiá-lo com a extinção desarrazoada do *jus puniendi* e convidá-lo à repetição do delito praticado, com garantia de impunidade.

Pelo exposto, tal pretensão não merece acolhida, uma vez que não há como se incluir o artigo 334 do CPB na abrangência do benefício contido no artigo 34 da Lei nº 9249/95.

Acrescento ainda, os argumentos utilizados na sentença, *in verbis*: “(...) Não há que se falar em extinção da punibilidade, seja por um pretenso pagamento do tributo citado na denúncia, que, diga-se, não restou demonstrado nos autos, seja pelo perdimento da mercadoria importada. Além de não haver respaldo legal para tanto, é de se frisar que o bem jurídico tutelado pelo delito previsto no art. 334 do Código Penal, é a própria Administração Pública, não se circunscrevendo no interesse imediato da Fazenda Pública, que se contentaria com a reparação do dano”.

ARGUMENTO DE QUE NÃO CABERIA APURAR OS CRIMES UMA VEZ QUE A RESPONSABILIDADE PENAL DOS APELANTES FOI AFASTADA PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA NOS AUTOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PARA APURAR A CONDUTA DO RÉU SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA.

Tal alegação foi corretamente afastada pela sentença singular, (fls. 2.545 e seguintes), razão pela qual acolho os seus próprios fundamentos para a sua manutenção:

No que tange à alegação da defesa no sentido de que a Secretaria da Receita Federal teria isentado o acusado Sérgio Fernando de Oliveira de qualquer responsabilidade, mantendo válido o seu registro de despachante aduaneiro, além de não constar nos autos qualquer documento comprobatório dessa decisão administrativa, vale lembrar que a responsabilidade penal do agente independe de eventual decisão proferida pelo juízo cível ou em sede administrativa (...).

Ultrapassada a discussão acerca da inexistência de decisão administrativa isentando o despachante de qualquer responsabilidade pelos fatos que suscitaram a presente ação, bem como da não vinculação do juízo penal às decisões exaradas no âmbito administrativo, faz-se, ainda, necessário ressaltar que o acusado em questão foi contraditório em sua oitiva, demonstrando fragilidade em seus argumentos.

Nesse passo, afirmou ter sido a primeira vez que aquele tipo de declaração mencionada na denúncia foi utilizado pela Full Trading para a comprovação do pagamento da contribuição devida pela importação de combustível, desconhecendo ter a referida empresa se valido de outros créditos da ILPISA para compensação com débitos próprios; e, posteriormente, reconheceu a declaração de fl. 386 dos volumes em apenso, que é semelhante à utilizada no desembaraço das DI's mencionadas na denúncia, e que está eivada dos mesmos vícios de falsidade apontados na Representação Fiscal que instrui a presente ação.

Para melhor elucidação da tese aqui esposada, passo a transcrever os trechos do interrogatório do referido apelante que evindiam a contradição acima apontada:

[...] que confirma haver apresentado no desembaraço aduaneiro do combustível tratado na denúncia a declaração emitida pela DRF de São Paulo e o pedido de compensação de crédito tributário com débito de terceiro; que esta foi a primeira vez que se valeu desse tipo de documento para comprovação de pagamento da contribuição devida pela importação do combustível (CIDE); que antes desse fato nunca havia ocorrido qualquer problema com as importações da FULL TRADING; [...] que também desconhece houvesse a FULL TRADING se valido de outros créditos da ILPISA para compensação com débitos próprios; [...] que a declaração de fl. 386 do mesmo volume do PAC não se refere ao desembaraço do combustível em questão, mas sim a outras importações que seriam realizadas por Santos/SP; que não sabe explicar o motivo de essas declarações serem emitidas pela DRF de São Paulo ao passo que a ILPISA, cedente, tem domicílio em Alagoas; que essa última declaração referida foi enviada ao interrogando diretamente pelo SR. RICARDO SAMPAIO, do escritório da ILPISA em São Paulo; [...] (fls. 343/345) .

Ademais, é inconsistente a afirmação de que apesar de conhecer a existência da IN 210/2002, que revogou o formulário de pedido de compensação utilizado no desembaraço das referidas DI's, o réu acreditou na regularidade desse documento, em virtude de estar acompanhado de declaração da DRF de São Paulo, e de que não atentou para o fato de que a data constante do pedido de

compensação era posterior à da declaração que autorizou esta compensação (fl. 344); uma vez que não é crível que alguém com a experiência de mais de quarenta anos como despachante, conforme afirmado pelo próprio acusado, não tenha sequer desconfiado da autenticidade daqueles documentos nem tenha diligenciado a fim de confirmar a autenticidade dos mesmos, de forma que assumiu o risco de produzir o resultado (dolo eventual).

Conclui-se, portanto, que a conduta do acusado SÉRGIO FERNANDO é comprovadamente típica, conforme se verificou após a instrução criminal, e desde à época da instauração do procedimento administrativo, conforme se verifica do documento juntado pela defesa, fls. 2.668/2.674, que revelava a necessidade de apuração da responsabilidade penal, a despeito daquele mesmo documento ter concluído pela não aplicação ao réu SÉRGIO FERNANDO da penalidade do cancelamento do registro de despachante aduaneiro.

Impõe-se ainda corroborar o entendimento do Magistrado sentenciante no sentido de que a conduta do acusado é também anti-jurídica, uma vez que ausente qualquer causa justificante, bem como pelo fato de que, no atinente à reprovabilidade da conduta, restou comprovado nos autos que o agente é capaz, tinha consciência da ilicitude da sua conduta e podia ter se determinado de forma diversa daquela praticada, não estando, pois, acobertado por qualquer causa de exclusão da culpabilidade.

IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA - ARTIGO 288 DO CPB

O crime de formação de quadrilha, conforme se extrai do dispositivo legal que o tipifica, prevê uma congregação permanente para a consecução de um fim comum, no caso, a perpetração de uma indeterminada série de crimes.

Nesse passo, a consumação do delito sob comento independe da execução dos crimes para os quais o bando se formou, ocorrendo, portanto, no momento em que se firma a associação criminosa.

Diante disso, conclui-se que, no presente caso, a sentença vergastada incorreu em equívoco quanto da condenação dos apelantes no delito tipificado no artigo 288 do CPB.

Com efeito, o próprio julgador singular, em seus fundamentos, ressalta que os acusados MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES e RÔMULO PINA DANTAS foram denunciados por formação de quadrilha com base no Inquérito Policial nº 016/96, perante a Comarca de Sirinhaém/PE; que os acusados ALBERTO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES e RÔMULO PINA DANTAS foram denunciados pelo mesmo delito com base no Auto de Infração nº 005.00032/01-7, perante a Comarca de Ipojuca/PE e que todos os apelantes, exceto SÉRGIO FERNANDO, respondem pelo crime em questão em razão de denúncia apresentada com base nos Autos de Infração nº 1088525/112, nº 1088525/113, nº 1088525/114 e nº 1088525/115, perante a Comarca de São Luiz/MA.

Saliente-se que todas as acusações formuladas tiveram como base crimes contra a ordem tributária e os apelantes teriam atuado valendo-se da condição de sócios nas entidades comerciais que integram, de modo que resta evidente que o encadeamento dos atos que ensejaram a presente demanda proveriam dos mesmos desígnios que teriam levado os apelantes a se associar com a finalidade de praticar todos os crimes pelos quais eles respondem nas referidas comarcas.

Sendo assim, considerando-se a natureza permanente do delito sob apreciação, que se protrai no tempo, não se pode admitir que em cada uma das acusações formuladas houvesse a formação de uma associação criminosa autônoma, vez que uma única quadrilha, supostamente formada para a prática dos crimes anteriormente mencionados, deu ensejo às acusações constantes dos presentes autos.

Em grau de arremate, tendo em vista evitar-se a prolação de julgamentos contraditórios e, ainda, pelo respeito à proibição do *bis in idem*, considerando que os acusados já respondem por formação de quadrilha pelos mesmos fundamentos que suscitarão a presente acusação, deve ser excluído da condenação o enquadramento dos apelantes PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS no crime previsto no artigo 288 do CPB.

Nessa esteira, vejamos como se posiciona a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: *HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA - DELITO PERMANENTE. FATOS DISTINTOS QUE SE SUBORDINAM AO MESMO MOMENTO CONSUMATIVO. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PEDIDO DEFERIDO.*

- O crime de quadrilha constitui delito de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo. Enquanto perdurar a associação criminosa subsistirá o estado delituoso dela resultante. Os episódios sucessivos inerentes ao estado de associação criminosa compõem quadro evidenciador de um mesmo e só delito de quadrilha ou bando.

O agente não pode sofrer dupla condenação penal motivada por seu envolvimento em episódios fáticos subordinados ao mesmo momento consumativo, ainda que ocorridos em instantes diversos.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: HC - *Habeas corpus*. Relator: Min. Celso de Mello. Processo: 72.642 UF: SP - São Paulo. DJ 21-11-1997, PP-50587, EMENT VOL-01892-02 PP-00357)

DA FIXAÇÃO DA PENA

A sentença proferida pelo Magistrado singular foi assaz motivada e fundamentada, em perfeita sintonia com todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos, elencados no artigo 381 do CPPB, tendo obedecido, quando da aplicação da pena, aos comandos dos artigo 59 e 68 do CPB, sistema trifásico de Hungria.

Contudo, merece ser reformada no que tange ao cálculo da pena em razão da exclusão da cominação do crime de formação de quadrilha em relação aos acusados PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS.

Nos termos do artigo 68 e seu parágrafo único do CPB, deve-se fixar primeiramente a pena-base, mediante análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB. Posteriormente, devem ser aplicadas sobre a pena-base as circunstâncias atenuantes e agravantes, referidas na parte geral do CPB (arts. 61 e 65) e, em seguida, as causas de aumento e diminuição da pena,

que podem vir tanto na parte geral, como na parte especial do Código.

Diante disso, observa-se que é descabida a alegação da defesa dos apelantes acima elencados no sentido de que a pena cominada foi exacerbada, uma vez que o Exmo. Juiz sentenciante ponderou as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CPB, destacando as graves consequências que as condutas sob exame poderiam causar, haja vista que implicariam um prejuízo de mais de três milhões de reais aos cofres públicos, configurando uma situação de reprovabilidade social a justificar a manutenção da pena-base acima do mínimo legal, diante da presença de inegáveis circunstâncias judiciais a eles desfavoráveis, não obstante sejam os mesmos tecnicamente primários, com profissão e endereço determinados, o que, por si só, não se mostra suficiente para a redução da pena-base para o mínimo legal.

Nessa linha, excluindo-se a aplicação do delito tipificado no artigo 288 do CPB, relativamente aos apelantes PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS, e, mantendo-se a condenação nos crimes previstos nos artigos 304 e 334 do CPB, este último reduzido de 1/3 (um terço) pela tentativa, bem como o aumento da pena pelo concurso formal (art. 70 do CPB), aplico aos mesmos a pena de 4 (quatro) anos de reclusão.

Considerando-se que a pena não foi superior a quatro anos, e que os crimes não foram perpetrados com violência ou grave ameaça à pessoa, e em razão da análise das circunstâncias judiciais demonstrar a suficiência da aplicação do artigo 44 do CPB, substituo as penas restritivas de liberdade referentes aos acusados em questão por duas penas restritivas de direito, na forma do § 2º do dispositivo invocado.

Sendo assim, PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS devem prestar serviços à entidade pública (CP, art. 43, IV), na forma do disposto no artigo 46, § 3º do CPB, observado ainda o que diz o artigo 55 da norma mencionada.

Como segunda pena substitutiva fixo, a título de prestação pecuniária, com base no art. 45, § 2º, do CPB, a obrigação dos

apelantes em referência de doarem, mensalmente, durante todo o período de pena substituído, 10 (dez) cestas básicas, cujos alimentos integrantes e entidades públicas beneficiárias serão definidas pelo juízo da execução penal.

Observe-se que, quanto ao acusado SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA, a pena-base foi fixada no mínimo possível, de modo que não há o que se discutir acerca da aplicação da pena, essencialmente no que concerne ao critério para a dosagem de aumento em face do concurso formal de crimes, uma vez que o juiz sentenciante ponderou com adequação as circunstâncias para sua fixação.

Noutro aspecto, não merece reforma a sentença de primeiro grau no que tange à aplicação da pena de multa relativamente a todos os apelantes, a despeito da alegação da defesa no sentido de que foi excessiva, posto que o Exmo Juiz sentenciante observou corretamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB. Acrescente-se que o juiz da execução penal, nos termos da lei de execução penal, tal qual estabelecido nos seus artigos 164 e 169, verificando a condição pessoal de cada acusado e possíveis alterações do estado econômico dos réus, pode modificar o *quantum* de pena de multa fixado.

Ressalte-se que, tendo sido maiores de 2 (dois) anos as condenações atribuídas aos apelantes, não há que se falar na aplicação do sursis na forma do artigo 77 do CPB. Ademais, a substituição das penas restritivas de liberdade por restritivas de direito impedem a aplicação da suspensão condicional da pena, conforme reza o inciso III do dispositivo legal retromencionado.

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial às apelações dos réus, tão-somente para excluir da condenação relativa aos apelantes PAULO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, ALBERTO PEREZ MACHADO E RÔMULO PINA DANTAS, a cominação da pena relativa ao delito tipificado no artigo 288 do CPB, mantendo a sentença recorrida nos seus demais termos.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 73.902-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: ACCTUR CÂMBIO E TURISMO LTDA. E OUTRO
Apelado: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
Advs./Procs.: DRS. SCHUBERT DE FARIAS MACHADO E OUTROS (APTES.) E ROMERIO COELHO PORTELA DE MELO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO PROFERIDA EM INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. VINCULAÇÃO APENAS AO CASO CONCRETO ENSEJADOR DO INCIDENTE. EMPRESAS DESCREDENCIADAS PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO DE TAXAS FLUTUANTES - MCTF. NATUREZA DISCRICIONÁRIA DO ATO EMANADO DO BACEN. LEGALIDADE DO ATO DE REVOGAÇÃO DO CREDENCIAMENTO. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

- Sem embargo do estímulo e do prestígio a merecer nortear as decisões da Corte, a decisão proferida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, não possui eficácia erga omnes, sendo certo que seu efeito vinculante apenas o é, em relação ao caso concreto que originou o incidente. Precedente desta Corte na Reclamação nº 62-CE.

- O descredenciamento para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF) procedido pelo Banco Central do Brasil, em relação às empresas imetrantes não foi desarrazoado. Tal se deu, em face de prévia apuração, no exercício regular das atribuições que lhe são próprias.

- A atuação das empresas no mercado de câmbio e taxas flutuantes, imprescinde de autoriza-

ção por parte do Banco Central e, constitui-se, ato administrativo de caráter precário, a ser concedido e revogado dentro da competência administrativa discricionária, levando-se em conta o mérito administrativo, obviamente lastreado na supremacia do interesse público sobre o privado.

- A revogação do credenciamento efetivada pelo Banco Central do Brasil não foi arbitrária, nem tampouco ilegal, conquanto, procedida no exercício regular das atribuições próprias da autoridade impetrada e, após verificar diversas irregularidades descritas na prévia apuração dos fatos.

- Afasta-se a alegação de que o ato administrativo tenha sido efetivado em desrespeito aos princípios constitucionais elencados, eis que, ainda que consubstanciada na precariedade do ato, a revogação se deu de forma motivada.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação da sentença da lavra da MM Juíza Federal Karla de Almeida Miranda Maia, Substituta da 10^a Vara-CE, que no Mandado de Segurança de nº 99.0011300-4, denegou a segurança pleiteada e determinou a cessação dos efeitos da liminar anteriormente deferida, a teor da Súmula 405 do STF.

A ação mandamental, cuja apelação está sob análise, objetiva a concessão da segurança para afastar a decisão do Banco Central que resolveu revogar o credenciamento das empresas imentrantes para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF), ao argumento de que o descredenciamento se deu sem qualquer motivação.

Sustentam as razões de apelo, em síntese, que a decisão recorrida merece reforma, por incorrer em equívoco na análise da documentação apresentada pelas autoridades impetradas, ao entender que foi regularmente apurada a suposta falta grave em processo onde teria sido assegurado amplo direito de defesa para as imetrantes. Defendem, contudo, a inexistência do exercício do seu direito de defesa da suposta falta grave cometida. Afirmam que não cometem qualquer infração ou irregularidade na atuação das empresas e ainda, que, no caso presente não existiu processo, não houve contraditório, mas, puro arbítrio.

Contra-razões apresentadas pelo Banco Central do Brasil que requereu o não provimento do recurso de apelação.

Às fls. 412/429, as imetrantes noticiam a existência do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 30.571-CE, bem como o seu julgamento pelo Plenário desta Corte na Sessão de 10.10.01, que decidiu por conhecer do incidente e, no mérito, adotar o entendimento da 1ª Turma. Requereram, na mesma oportunidade, que se aguarde o pronunciamento do Plenário desta Corte que, segundo alega, acabará com a divergência na interpretação do direito e definirá a posição do Tribunal sobre a questão, nos termos do art. 476 do CPC.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A matéria deduzida na presente Ação Mandamental versa acerca da possibilidade ou não de as empresas credenciadas pelo Banco Central para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF), serem, posteriormente descredenciadas pelo mesmo Banco Central antes do término do processo administrativo.

Não se desconhece o Acórdão proferido pelo Pleno desta Corte, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 30.571-CE, onde se lê:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.

I - Divergência entre Turmas, em agravo regimental, que autoriza o conhecimento do incidente de uniformização de jurisprudência, hábil para solução do agravo de instrumento.

II - Antes do encerramento de processo administrativo não se admite o descredenciamento de empresa regularmente autorizada para operação de câmbio.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, acolher o entendimento da 1ª Turma, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de julho de 2005 (data do julgamento).

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior - Relator Convocado

Deve-se ponderar que decidindo o Tribunal, por sua composição Plenária acerca do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, está a Corte de Justiça decidindo em tese, e não no caso concreto, daí resulta a necessidade de julgamento do caso concreto, após a decisão Plenária do Incidente.

Por outro lado, indiscutível que a tese vencedora servirá de base para a elaboração de súmula que, por sua vez, constituir-se-á em precedente na uniformização da jurisprudência. Contudo, sem embargo do estímulo e do prestígio a merecer nortear as decisões da Corte e, a menos que assim seja estabelecido, como ocorre com a hodierna súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, não possui eficácia *erga omnes*, sendo certo que seu efeito vinculante apenas o é, em relação ao caso concreto que originou o incidente.

Neste sentido, já decidiu esta Corte, ao não admitir a Reclamação de nº 62-CE, da Relatoria do Exmo. Desembargador Francisco Wildo de Lacerda Dantas, inclusive, em relação ao mesmo

Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 30.571-CE, invocado neste feito, conforme se infere da notícia, datada de 23.03.2006, transcrita na íntegra, colhida no seu sítio, onde se lê:

Tribunal Regional Federal da 5^a Região
24/03/2006, 11:39 h.

TRF5 reconhece descredenciamento de empresa de câmbio cearense.

O Pleno do Tribunal Regional Federal da 5^a Região (TRF5), de forma unânime, não admitiu a reclamação nº 62 - CE da empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. contra descredenciamento, que impede a mesma de operar como casa de câmbio, pelo Banco Central (Bacen). A Libra apresentou a reclamação alegando que o BACEN, ao descredenciar novamente a Agência de Câmbio, o fez de forma sumária sem respeitar seu direito à ampla defesa, descumprindo decisão do TRF5 em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, no Agravo de Instrumento nº 30.571, que determinou que “antes do encerramento do processo administrativo não se admite o descredenciamento de empresa regularmente autorizada para operação de câmbio”. O incidente de uniformização foi suscitado devido a decisões contraditórias sobre a matéria entre as Turmas do Tribunal. Umas dessas decisões, inclusive, havia determinado o recredenciamento da agência, em oportunidade anterior, no Agravo de Instrumento nº 54.034.

O Relator do processo, Desembargador Federal Francisco Wildo de Lacerda Dantas, entendeu pela não admissão da reclamação uma vez que o descredenciamento em questão não desrespeita a decisão do Tribunal, pois decorre de um novo Processo Administrativo de nº 0201162968, onde são expostos os motivos que levaram à perda de confiança entre o BACEN e a Agência e onde a segunda teve a possibilidade de apresentar defesa. O novo P.A. foi motivado pela denúncia formulada em 12/08/2002 pelo Sr. Detlef Leibinger que teria depositado U\$ 11.800 pelo prazo de 90 dias e ao regressar de viagem a Agência lhe impôs devolver a importância em 24 meses, em razão das condições financeiras que a mesma atravessava, como foi apurado em depoimentos no próprio P.A. Por conta da infração, o BACEN aplicou à empresa multa de 25 mil reais e o descredenciamento.

A partir dos esclarecimentos e voto do relator, os desembargadores do Pleno não admitiram, em sua unanimidade, a reclamação da Libra reconhecendo a legalidade do procedimento administrativo do BACEN descredenciando a empresa.

Isto posto afasto a vinculação da decisão proferida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência de nº 30.571-CE ao presente caso e passo à análise da apelação.

A meu sentir, a atuação do Banco Central do Brasil que levou o descredenciamento das empresas Impetrantes para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF) não foi desarrazoada. Tal se deu, em razão de prévia apuração, no exercício regular das atribuições que lhe são próprias.

Com efeito, os ofícios encaminhados pelo Banco Central do Brasil às empresas impetrantes (fls. 53/54), comunicando-lhes da revogação do credenciamento, fazem referência ao procedimento que deu origem ao descredenciamento e onde se apurou as irregularidades que lhe deram ensejo.

Verifica-se, ainda, da leitura dos documentos constantes às fls. 102/142, existir diversas irregularidades, a justificar a revogação do credenciamento procedido pela autoridade impetrada. Ditas irregularidades culminaram no enquadramento da hipótese de incidência nos termos do art. 1º, e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 448/69, bem como, no art. 44 da Lei 4.595/64, por inobservância de normativo do Banco Central e por configurar a ocorrência dos crimes previstos na Lei 9.613/98 e regulamentação vigente, no caso, a Circular de nº 2.852/98 e Carta-Circular de nº 2.826/98.

Os citados art. 1º e parágrafo único do Decreto-Lei nº 448/69 encontram-se assim redigidos:

Art. 1º O descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras, sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de título ou valores mobiliários, ou pelos seus agentes autônomos, contribuindo para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais será por decisão do Banco Central do Brasil, considerado falta grave e por ele punido com a inabilidade temporária ou permanen-

te dos administradores ou responsáveis, independentemente da aplicação da pena de advertência e outras, capituladas nas Leis números 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 4.728 de 14 de julho de 1965.

Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo não exime os responsáveis de outras penas previstas na legislação em vigor.

Frise-se que a atuação das empresas no mercado de câmbio e taxas flutuantes imprescinde da autorização por parte do Banco Central. No entendimento dos mais respeitados doutrinadores e da extensa jurisprudência, referida atuação constitui-se ato administrativo de caráter precário, a ser concedido e revogado dentro da competência administrativa discricionária, levando-se em conta o mérito administrativo, obviamente, lastreado, em instância final, na supremacia do interesse público sobre o privado.

Merecem destaque as lições do insigne Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro:

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração (...). (MEIRELLES, H.L., 1999).

Assim, destaca-se a precariedade do ato sob julgamento, sendo também atribuição do BACEN, dentro do legítimo exercício do Poder de Polícia, a revogação desse ato. Segundo o mesmo Helly Lopes, o Poder de Polícia surge como “o mecanismo de freagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual”, não se vislumbrando abuso em seu exercício regular que, no caso, dada a precariedade do ato, não exige sequer a revogação motivada.

Por óbvio que, os possíveis prejuízos patrimoniais que porventura decorram da revogação viabilizam ao interessado a busca jurisdicional pela responsabilização civil da Administração.

Colaciono, de ora, diversos precedentes do STJ e desta Casa e de demais Cortes Regionais, que dizem respeito ao entendimento esposado:

ADMINISTRATIVO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. AUTORIZAÇÃO PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO. DESCREDENCIAMENTO.

1. O ato de credenciamento e descredenciamento dos agentes para operarem no mercado de câmbio é ato administrativo discricionário e precário (Lei 4.595/64), embasando-se a escolha na credibilidade do agente junto ao mercado de câmbio, autorizado, fiscalizado e regulamentado pelo BACEN.

2. Se um dos sócios de empresa credenciada envolve-se em fatos pertinentes ao mercado financeiro de câmbio, independentemente do desfecho do processo penal, podem tais fatos macular a credibilidade da pessoa jurídica.

3. Ato administrativo discricionário que enseja revogação ao talante do administrador.

4. Mandado de segurança denegado.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, Classe: MS - Mandado de Segurança - 11.057, Processo: 200501685671, UF: DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Data da decisão: 26/04/2006, DJ data: 05/06/2006, página: 231, Relator (a): Eliana Calmon)

ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO E TAXAS FLUTUANTES - MCTF. NATUREZA DISCRICIONÁRIA DO ATO EMANADO DO BACEN. DESCREDENCIAMENTO DA EMPRESA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. APELO IMPROVIDO. PRECEDENTES.

1. Pretende a empresa autora a reforma do julgado do juízo originário que não acolheu o seu pedido de anulação do ato administrativo emanado do BACEN que resultou na cassação do seu credenciamento, impedindo-a de operar junto ao Mercado de Câmbio e Taxas Flutuantes.

2. Em se tratando de ato administrativo de natureza discricionária, cabe à Administração Pública resolver pela sua conveniência e oportunidade, inexistindo, na hipótese dos autos, nenhuma ilegalidade a ensejar a anulação do descredenciamento da promovente, tendo em vista a precariedade imanente ao instituto da autorização.

3. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça e de Cortes Regionais.

4. Apelo improvido.

(Tribunal - Quinta Região - Classe: AC - Apelação Cível -

413.679 - Processo: 200081000130511 - UF: CE - Órgão Julgador: Segunda Turma, data da decisão: 08/04/2008, *DJ* data: 28/04/2008 - página: 429 - Nº: 80, Relator (a) Desembargador Federal Manoel Erhardt)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGÊNCIA DE TURISMO DESCREDENCIADA PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO DE TAXAS FLUTUANTES - MCTF. LEGALIDADE DO ATO DO BACEN. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

- “Banco Central, na condição de órgão responsável pelo funcionamento regular do mercado cambial, verificando a ocorrência de irregularidades em empresa que opera no mercado flutuante, poderá proceder ao seu descredenciamento”. (AGTR nº 23.273/CE, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, julg. em 29/06/1999, Publ. *DJU* de 16/10/2000)

- Diante da precariedade da autorização para funcionamento, científica ao interessado desde o início da operação, não é necessária a abertura de procedimento administrativo, com abertura de prazo de defesa, para o descredenciamento de empresa de turismo operadora de câmbio, sob pena de retirar-se do Bacen indispensável instrumento de controle da política de administração do mercado de câmbio no país, especialmente importante nesse momento em que se busca o combate à lavagem de dinheiro ilícito.

- Inocorrência de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da iniciativa privada ou da presunção de inocência.

- Inaplicabilidade, à espécie, da Lei nº 9.784/99, tendo em vista a particularidade da atuação do Bacen na fiscalização do mercado financeiro, possuidora de disciplinamento legal próprio.

- Agravo regimental improvido.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Classe AMS 81.129-PE - Agravo Regimental na Apelação em Mandado de Segurança - Número do Processo: 2002.83.00.000214-5 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Relator: Desembargador Federal UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE, data Julgamento 04/09/2003)

DIREITO CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. OPERAÇÕES DE CÂMBIO. CREDENCIAMENTO DE PARCITULARES. COMPETÊNCIA. NATUREZA DO

ATO. CASSAÇÃO. HIPÓTESES. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I - Nos termos do art. 22, IV da Constituição da República, em interpretação conjunta com os arts. 10 e 11 da Lei 4.595-64, compete ao Banco Central do Brasil fiscalizar e regular as instituições financeiras credenciadas à operarem no mercado de câmbio.

II - Equiparam-se às instituições financeiras, nestes casos, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que exercem atividades relacionadas à compra e venda de títulos ou que realizam operações no mercado financeiro e de capitais, incluídas neste rol, portanto, as operadoras de câmbio (arts. 17 e 18 da Lei 4.595/64).

III - Por se tratar de atribuição que é corolário do poder de polícia inerente e que visa a atender ao que preceitua o art. 174 da CRFB – intervenção do Estado no domínio econômico –, verdadeira limitação à liberdade e propriedade privadas, o ato de credenciamento tem a natureza de autorização e, portanto, precário (item 42 do Capítulo 2 da Consolidação das Normas Cambiárias), sob pena de restar frustrada a função reguladora do Estado, que tem na discricionariedade o seu fundamento primário.

IV - Constatada a prática, pela instituição credenciada, de operação considerada ilícita e expressamente tipificada na Consolidação das Normas Cambiárias - CNC, baixada pelo Banco Central do Brasil também como fundamento na Resolução nº 1065-85, é poder-dever (*rectius*: poder jurídico) de o agente regulador aplicar a penalidade prevista no mencionado ato administrativo normativo.

V - Na hipótese dos autos, por meio de procedimento interno instaurado no Banco Central do Brasil, do qual efetivamente participou a sociedade agravante, verificou-se a prática, pelo agente credenciado, de operações vedadas pela Consolidação das Normas Cambiárias: a não apresentação de cheques recebidos em decorrência da venda de moeda estrangeira a clientes e a solicitação a clientes, na compra de moeda estrangeira, para que não apresentassem os cheques por ela firmados, entregando-lhes veículos como garantia dos respectivos pagamentos.

VI - Nestes termos, afigura-se legal e proporcional o ato de descredenciamento operado pelo ente regulador nos termos da Seção 8 da CNC, não havendo que se falar em

ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório por ausência de procedimento administrativo.

VII - Agravo interno a que se nega provimento.

(Tribunal - Segunda Região, Classe: AGT - Agravo Interno - 93.488, Processo: 200202010146196, UF: RJ, órgão julgador: Sexta Turma , data da decisão: 25/06/2002, DJU data: 04/09/2002, Relator(a): Juiz André Fontes)

Destaco, por fim, o seguinte excerto do parecer do Ministério Público de fls. 333/342:

A Consolidação das Normas Cambiais estabelecem que pode o Banco Central descredenciar o operador que registrar operações com valores não compatíveis com a movimentação da praça, que foi o que fizeram as autoridades impetradas, que, a vista das operações registradas no SIS-BACEN, muitas vezes superiores à média do ano anterior e mesmo do ano em curso, tanto do mercado como um todo da própria impetrante, e também pela absoluta fragilidade das explicações e justificações apresentadas concluiu pela inidoneidade das impetrantes para operarem no mercado de Câmbio de taxas flutuantes, procedendo ao seu descredenciamento.

Por sua vez, estabelece a Lei nº 9.784 de 29.01.1999 que toda decisão administrativa deve ser motivada, fundamentada, para que possa ser atacada em seus fundamentos fáticos e jurídicos e ainda submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Reclamam as impetrantes que seu descredenciamento ocorreu através de decisão desmotivada, ofendendo, assim, ao mencionado diploma legal.

Ocorre que as impetrantes estão a confundir a decisão com a comunicação da decisão, como se pode facilmente verificar nos autos, especialmente a partir das informações e dos documentos trazidos à colação pelas autoridades impetradas.

De fato, o que as impetrantes receberam, via fax, foi uma comunicação da decisão que resolveu descredenciá-las, da mesma forma que um advogado recebe uma intimação de uma decisão judicial, na qual, evidentemente, não constam todos os argumentos, as razões de fato e de direito que serviram de supedâneo para o convencimento do julgador.

Tal decisão, contudo, acha-se fundamentada nos subs-tanciosos pareceres de fls. 112/125 e 126/136 em que estão explicitados todos os fundamentos de fato e de di-reito que serviram para levar as autoridades impetradas a tomar a drástica e necessária medida de descredencia-mento.

Depreende-se, portanto, que a revogação do credenciamento das empresas impetrantes para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF) não foi arbitrária, nem tampouco ilegal, conquanto, procedida no exercício regular das atribuições próprias da autoridade impetrada e, após verificação de diversas irregularida-des descritas na prévia apuração dos fatos.

Desta feita, afastada encontra-se a alegação de que o ato Admi-nistrativo tenha sido efetivado em desrespeito aos princípios cons-titucionais da legalidade, finalidade, motivação, ampla defesa, con-traditórios, dentre outros aduzidos, eis que, ainda que consub-sustanciada na precariedade do ato, a revogação se deu de forma motivada.

Com estas considerações, mantendo a decisão recorrida e, por conseqüência, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 94.909-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LU-CENA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: USINA CRUANGI S/A E OUTRO
Adv./Proc.: DR. THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO.
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECEITAS
ORIUNDAS DE EXPORTAÇÕES REALIZADAS
POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS COMERCIAIS
EXPORTADORAS COM SEDE NO BRASIL. IMU-***

NIDADE. ARTIGO 149, § 2º, INCISO I, DA CF/88. EC Nº 33/01. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. IN SRP Nº 03/2005.

- *A imunidade constitucional prevista contida no art. 149, § 2º, inciso I, da CF/88 ampara apenas as operações decorrentes de exportação direta, não se aplicando às operações antecedentes ou intermediárias destinadas a exportação, tais como as receitas obtidas de venda a empresa comercial exportadora (trading company), as quais são provenientes de negócios jurídicos no comércio interno, não se tratando de exportação.*
- *Constitucionalidade da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, que estabeleceu que, em relação às atividades rurais e agroindustriais, a referida imunidade às exportações somente é válida se a comercialização se realizar diretamente entre produtor e comprador externo.*
- *Tanto as leis que concedem isenção quanto as que estabelecem imunidade tributária estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva dos dispositivos normativos que estabelecem exceções, regra esta que tem plena aplicabilidade às normas constitucionais, em consonância com o disposto no artigo 111 do CTN, o qual consagra o princípio de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente, não abarcando interpretação extensiva.*
- *Acaso o legislador tivesse o escopo de estender a imunidade em tela às receitas decorrentes de vendas de mercadorias efetuadas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.*
- *Precedentes da 1ª e 4ª Regiões.*
- *Apelação e remessa obrigatória providas.*

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 8 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação de sentença que concedeu a segurança impetrada por USINA CRUANGI S/A contra ato do Sr. Gerente Regional de Arrecadação do INSS, com o fito de obter o reconhecimento do direito ao não-pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre as receitas decorrentes de operações de venda a empresas comerciais exportadoras com a finalidade de exportação.

Alega a embargante, na peça exordial, que se trata de empresa agroindustrial, dedicada ao cultivo de cana-de-açúcar e à sua industrialização, para o fabrico de açúcar, álcool e outros derivados e que contribui para a Previdência Social como agroindústria, enquadrando-se na hipótese contida no artigo 22-A da Lei nº 8.212/91.

Aduz que, com o advento da EC nº 33/01, foi acrescentado o § 2º ao artigo 149 da CF/88, que, a seu ver, teve repercussão direta na contribuição dos empregadores produtores rurais para a Previdência Social.

Todavia, com a edição da Instrução Normativa nº 3, de 14 de julho de 2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, foram estabelecidas algumas restrições à concessão da imunidade, no

sentido de que a exportação alcança apenas a venda efetuada a adquirente sediado no exterior, não abraçando a venda realizada a empresa sediada no país.

Defende a tese de que o benefício fiscal conferido às exportações realizadas por meio de empresa comercial exportadora devem ter o mesmo tratamento tributário das exportações diretas.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança (fls. 112/117), ao fundamento de que a norma constitucional não estabeleceu distinção entre a receita proveniente de exportação direta ou indireta.

Nas razões recursais (fls. 124/135), a apelante defende a tese de que a extensão da imunidade introduzida pela EC nº 33/01 não admite ampliação.

Contra-razões, às fls. 141/156.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de extensão à imetrante, ora apelante, da imunidade tributária conferida ao comerciante-exportador (inciso I, § 2º, do art. 149 da Constituição Federal).

Sustenta a impetrante que, na qualidade de produtor-vendedor, tem o mesmo direito à imunidade tributária concedida ao comerciante-exportador, nos moldes supracitados.

De outra parte, sustenta a autarquia previdenciária que a operação tributada, objeto dos créditos previdenciários lançados, trata-se de operação anterior a eventual exportação e que somente as receitas advindas da venda ao mercado externo é que seriam imunes, não desfrutando do benefício a operação de compra e venda anterior, efetuada entre o produtor rural pessoa física e a impetrante.

Impende, a princípio, apresentar o panorama normativo que rege a matéria:

Estabelece o artigo 149, § 2º, inciso I, da CF/88, *in verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (grifei)

De outra banda, a Secretaria da Receita Previdenciária, através de sua Instrução Normativa SRP nº 03, de 14 de julho de 2005, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2005 [02], estabeleceu que, em relação às atividades rurais e agroindustriais, a referida imunidade às exportações somente seria válida se a comercialização tiver sido realizada diretamente entre produtor e comprador externo, nos seguintes termos:

Art. 245. Não incidem as contribuições sociais de que trata este Capítulo sobre as receitas decorrentes de exportação de produtos, cuja comercialização ocorra a partir de 12 de dezembro de 2001, por força do disposto no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001.

1º Aplica-se o disposto neste artigo exclusivamente quando a produção é comercializada diretamente com adquirente domiciliado no exterior.

2º A receita decorrente de comercialização com empresa constituída e em funcionamento no País é considerada receita proveniente do comércio interno e não de exportação, independentemente da destinação que esta dará ao produto.

Observa-se, pois, que a instrução normativa em tela restringiu o benefício da imunidade apenas para as exportações cuja produção for “comercializada diretamente com adquirente domiciliado no exterior”.

Ora, é sabido que tanto as leis que concedem isenção, quanto as que estabelecem imunidade tributária, estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva dos dispositivos normativos que estabelecem exceções, regra esta que tem plena aplicabilidade às normas constitucionais, em consonância com o disposto no artigo 111 do CTN, o qual consagra o princípio de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente, não abarcando interpretação extensiva.

Tomando em análise os dispositivos supracitados, entendo que as receitas obtidas da venda à empresa comercial exportadora (*trading company*) são receitas provenientes de negócios jurídicos no comércio interno, não se tratando de exportação e que a imunidade constitucional não ampara as operações antecedentes ou intermediárias destinadas a exportação, apenas as decorrentes de exportação.

Nessa linha de raciocínio, se o legislador tivesse o escopo de estender a imunidade em tela às receitas decorrentes de vendas de mercadorias efetuadas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

A questão já foi objeto de julgamento pelos egrégios TRFs da 1^a e 4^a Regiões, em acórdãos cujas ementas guardam o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. IMUNIDADE PARA RECEITAS PROVENIENTES DE EXPORTAÇÃO. EXTENSÃO ÀS DECORRENTES DE MERCADORIAS VENDIDAS NO COMÉRCIO INTERNO A EMPRESAS EXPORTADORAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 149, § 2º, I. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 03/2005 DA SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA.

1 - A imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, instituto que deve ser interpretado restritivamente, já que retira da sociedade recursos que o Estado teria para satisfação das necessidades coletivas, não contempla as empresas “produtoras-vendedoras” nas transações comerciais efetivadas no mercado interno com empresas exportadoras porque, enquanto estas realizam, de

fato, a exportação, aquelas efetuam meras operações domésticas de compra e venda. Conseqüentemente, não há como se falar em exportação indireta, que não existe.

2 - Se o legislador tivesse a intenção de estender a imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal às receitas decorrentes de vendas de mercadorias, feitas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

3 - Apelação provida.

4 - Remessa oficial prejudicada.

5 - Sentença reformada.

(TRF 1ª Região - AMS nº 200638090000617/MG, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, *DJ* 03/08/2007, p. 168, Sétima Turma, por unanimidade)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AC. CND. IMUNIDADE SOBRE RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO INDIRETA. ART. 149, § 2º, I, CF/88. AGRONDÚSTRIA. TRADING. NÃO ABRANGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO RURAL. LEI Nº 8.212/91, ART. 22-A. LEI Nº 10.256/2001.

1. A sistemática de financiamento global da Seguridade Social está tipograficamente localizada no art. 195, incisos e parágrafos da CF/88.

2. A contribuição social sobre a comercialização da produção rural tem matriz constitucional no art. 195, § 8º, da Carta Política, inclusive quanto a sujeição passiva.

3. A imunidade constitucional inserta no art. 149, § 2º, da CF/88, acobertando as receitas oriundas de operações de exportação, na falta de normação infraconstitucional mais complacente, é direcionada apenas às denominadas exportações diretas.

4. Ausência de norma a beneficiar com a imunidade as operações indiretas por intermédio de *trading*, torna-as exportações fictas porque a receita tem origem em negócios internos.

5. Arguição de Inconstitucionalidade da contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91, com a redação impressa pela Lei nº 10.256/2001, porque incongruente com a sujeição passiva da matriz constitucional desenhada no art. 195, § 8º, da CF/88 e genetizar fonte de custeio simi-

lar a do art. 195, I, da CF/88 (bitributação) incidente sobre o faturamento ou receita de pessoa jurídica, resultante do efeito translativo das apelações por se tratar de normas de ordem pública.

(TRF 4^a Região - AMS nº 200670110003097/PR, Rel. Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira, DJ31/07/2007, Primeira Turma, por unanimidade)

Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 102.108-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (CONVOCADO)

Apelantes: AUDIPLAN ADVOCACIA DE EMPRESAS - MANUEL CAVALCANTE E RITA CAVALCANTE S.C. E FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JÚNIOR E OUTROS (1º APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL. ILEGALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O SAT, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E 1/3 DE FÉRIAS. LITISPENDÊNCIA. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL, OCORRIDA EM 15/09/2006. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EM 21/09/2006. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CARACTERIZAÇÃO COMO VERBA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. VERIFICAÇÃO DE ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE

CÁLCULO. INADEQUAÇÃO DO WRIT. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CRÉDITOS ANTERIORES A 31/12/95. PRESCRIÇÃO. ART. 173, I, DO CTN.

- *Trata-se de apelações, da Audioplan (fls. 814/837) e da Fazenda Nacional (fls. 863/867), contra a sentença do Exmo. Juiz Federal da 12ª Vara/PE Dr. Frederico José Pinto de Azevedo (fls. 770/779), que afastou a alegação de ofensa ao contraditório, com relação à retificação do lançamento, e: a) deferiu parcialmente a segurança, somente quanto à decadência dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95;*

b) reconheceu a litispendência em relação às contribuições para o Salário-Educação, SAT e incidente sobre 1/3 de férias (MS 2002.83.00.007148-9), e a inadequação da via eleita, quanto à irregularidade na apuração da base de cálculo dos créditos gerados em janeiro e dezembro/98, em face da necessidade de dilação probatória.

- *Litispendência em relação: a) ao SAT e ao Salário-Educação, pois, a legalidade das referidas contribuições já foi discutida no MS 200.83.00.007148-9, tendo sido negada a segurança ao argumento de que o referido Escritório de Advocacia figura como empregador, enquadrando-se como contribuinte, em relação às exações incidentais sobre folha de salários, a teor da equiparação no art. 15¹, parágrafo único, da Lei 8.212/91 (fls. 679/681); b) à contribuição previdenciária sobre 1/3 de férias, cuja segurança foi negada no MS 2006.83.00.011650-8 (fls. 662/664), ao argumento de que a não incidência ocorre somen-*

¹ Lei 8.212/91: Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional;

te no caso da indenização pecuniária das férias não gozadas.

- Inexiste a alegada ofensa ao contraditório, tendo em conta que a Audiplan foi notificada, em 21/09/06 (fl. 735), da retificação do Lançamento Fiscal (NFLD nº 35.387.008-0), ocorrida em 15/09/2006, sendo possibilitado à impetrante, a partir daquela data, entrar com o recurso administrativo.

- Os honorários sucumbenciais, assim como os contratuais, possuem natureza salarial e compõem a verba remuneratória do advogado, pois correspondem à contraprestação do trabalho desempenhado pelo profissional liberal, incidindo sobre eles a contribuição previdenciária. (Precedentes; STJ: EREsp 854.535/RS: Primeira Seção Julgamento: 09/04/2008. Rel. Min. Humberto Martins. Decisão unânime. Votantes Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda).

- Incidência da contribuição previdenciária patronal sobre as horas extras, em face da sua natureza salarial, a teor do art. 22², I, da Lei 8.212/91. (Precedentes: STJ. REsp 973.436/SC. Primeira Turma. Julgamento: 18/12/2007. Rel. Min. José Delgado Decisão unânime. Votantes Ministros

² Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda

6. Natureza tributária das contribuições sociais devidas à Previdência Social, cabendo à lei complementar a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais, na forma do art. 146, III, b, da CF/88. Inconstitucionalidade formal do artigo 45 da Lei 8.212/91, que fixou em dez anos o prazo decadencial para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência, devendo ser aplicada, em regra, para o lançamento do tributo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no art. 173³, I, do CTN, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (Precedentes: STJ: AI no REsp 616.348/MG. Corte Especial. Julgamento: 15/08/2007. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Decisão unânime. Votantes: Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, César Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux).

- Decadência do crédito relativos às contribuições do período de julho/92 a dezembro/95, uma vez que o lançamento foi realizado somente em 18/12/2001 (fl. 81).

- Necessidade de perícia contábil, para a verificação do alegado erro na apuração da base de cálculo dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95, demandando dilação probatória, incabível na via do mandado de segurança, cuja prova deve ser pré-constituída, de

³ CTN: Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

forma a demonstrar o direito líquido e certo da parte impetrante.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Convocado):

1. Trata-se de apelações, da Audioplan (fls. 814/837) e da Fazenda Nacional (fls. 863/867), contra a sentença do Exmo. Juiz Federal da 12^a Vara/PE Dr. Frederico José Pinto de Azevedo (fls. 770/779), que afastou a alegação de ofensa ao contraditório, com relação à retificação do lançamento,e: a) deferiu parcialmente a segurança, somente quanto à decadência dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95; b) reconheceu a litispendência em relação às contribuições para o Salário-Educação, SAT e incidente sobre 1/3 de férias (MS 2002.83.00.007148-9), e a inadequação da via eleita, quanto à irregularidade na apuração da base de cálculo dos créditos gerados em janeiro e dezembro/98, em face da necessidade de dilação probatória.

2. Nas suas razões recursais, a Audioplan sustenta, em resumo, que: a) as contribuições a cargo das “empresas” não lhe podem ser exigidas, por ser uma sociedade de advogados, não se equiparando à empresa; b) uma simples análise das folhas de pagamentos demonstram a ilegitimidade da base de cálculo, não havendo necessidade de prova pericial.

3. A Fazenda Nacional insurge-se contra a aplicação do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, argüindo que nada há de ilegítimo na aplicação do prazo decadencial de dez anos, previsto no art. 45 da Lei 8.212/91.

4. Contra-razões, fls. 858/863 e 870/875.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Relator Convocado):

1. Resume-se a questão destes autos à anulação do lançamento fiscal, oriundo de contribuições para o SAT, Salário-Educação, 1/3 de férias, horas extras e honorários sucumbenciais, cobrados de Sociedade de Advogados, em face da ausência do contraditório no lançamento revisional, ocorrido em 15/09/2006, bem assim, do prazo decadencial para o lançamento dos referidos créditos.

2. No caso em exame, o juízo *a quo* deferiu parcialmente a segurança, reconhecendo apenas a decadência dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95, não assim, no que diz respeito à ofensa ao devido processo lega, e extinguui o processo, sem a resolução do mérito, quanto às contribuições para o Salário-Educação, SAT e incidente sobre 1/3 de férias, em face da litispendência, à alegada irregularidade na apuração da base de cálculo dos créditos com fatos geradores ocorridos em janeiro e dezembro/98, por inadequação da via eleita, em face da necessidade de dilação probatória.

3. Inicialmente, observa-se que inexiste, no caso dos autos, a alegada ofensa ao contraditório, tendo em conta que a Audioplan foi notificada, em 21/09/06 (fl. 735), da retificação do Lançamento Fiscal (NFLD nº 35.387.008-0) , ocorrida em 15/09/2006, sendo possibilitado à impetrante, a partir daquela data, entrar com o recurso administrativo.

4. Cumpre destacar que os honorários advocatícios correspondem à contraprestação do trabalho desempenhado pelo profissional liberal. Assim, a sucumbência compõe a verba remuneratória do advogado e está disposta no art. 22 da Lei nº 8.906/94, nos seguintes termos:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. (Grifei)

Dessa forma, a natureza alimentar dos honorários autoriza sua equiparação a salários, inclusive para fins de preferência em processo falimentar, nada obstando o fato de o titular do crédito de honorários ser uma sociedade de advogados, porque, mesmo nessa hipótese, mantém-se a natureza alimentar da verba.

Sobre o tema em questão, trago à colação os seguintes extractos da jurisprudência, *mutatis mutandis*, aplicáveis ao caso:

a) do colendo STJ:

EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES.

1. A Corte Especial, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2008, no julgamento do EREsp 706.331/PR, de relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, decidiu, por maioria de votos, que os honorários advocatícios, inclusive os de sucumbência, têm natureza alimentar.

2. O advogado tem direito autônomo sobre a verba que lhe é devida pelo trabalho prestado. Havendo sentença transitada em julgado, não se deve obstar o pagamento dos honorários ao patrono da parte. A circunstância de o crédito da parte ser objeto de penhora em processo de execução fiscal não possui a faculdade de impedir o recebimento da verba advocatícia pelo patrono, que trouxe aos autos cópia de seu contrato de honorários.

3. O Supremo Tribunal Federal, também, reconheceu a natureza alimentar dos honorários pertencentes ao profissional advogado, independentemente de serem originados em relação contratual ou em sucumbência judicial. (RE 470.407/DF, DJ 13.10.2006, Rel. Min. Marco Aurélio)

Embargos de divergência improvidos. (Grifei)
(EREsp 854.535 Processo: 200700833612/RS: Primeira Seção. Data da decisão: 09/04/2008. Rel. Min Humberto Martins. Decisão unânime. Votantes Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda).

b) desta egrégia Corte:

ADMINISTRATIVO E DIREITO FALIMENTAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ACORDADOS DE FORMA FIXA. NATUREZA ALIMENTAR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGTR IMPROVIDO.

1. Consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que os honorários advocatícios, quando devidos independentemente de resultado satisfatório da demanda, devem ser tratados da mesma forma que os créditos trabalhistas, ou seja, como verba de natureza alimentar, para fins de concurso de credores, falência, liquidações extrajudiciais, concordatas e insolvência civil.

2. AGTR a que se nega provimento. (AG 69.173 Processo: 200605000360732/PB Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 10/10/2006. Rel. Desembargador Federal Napoleão Maia Filho. Decisão unânime).

4) No que se refere às horas extras, por possuírem natureza salarial, há a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre elas, com base no art. 22⁴, I, da Lei 8.212/91, bem assim, do entendimento jurisprudencial do colendo STJ, como demonstram os seguintes excertos:

(...)

As verbas de natureza salarial pagas ao empregado a título de auxílio-doença, salário-maternidade, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e horas-extras estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária. Já os valores pagos relativos ao auxílio-acidente, ao aviso-prévio indenizado, ao auxílio-creche, ao abono de férias e ao terço de férias indenizadas não se sujeitam à incidên-

⁴ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de 1 - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

cia da exação, tendo em conta o seu caráter indenizatório.

O inciso II do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, fixou com precisão a hipótese de incidência (fato gerador), a base de cálculo, a alíquota e os contribuintes do Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT, satisfazendo ao princípio da reserva legal (artigo 97 do Código Tributário Nacional). O princípio da estrita legalidade diz respeito a fato gerador, alíquota e base de cálculo, nada mais. O regulamento, como ato geral, atende perfeitamente à necessidade de fiel cumprimento da lei no sentido de pormenorizar as condições de enquadramento de uma atividade ser de risco leve, médio e grave, tomando como elementos para a classificação da natureza preponderante da empresa e o resultado das estatísticas em matéria de acidente do trabalho. (Grifei)

(REsp 973.436 Processo: 200701656323/SC. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 18/12/2007. Relator Ministro José Delgado. Decisão unânime. Votantes Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SAT. (...) SALÁRIO-MATERNIDADE. ADICIONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PRECEDENTES.

1. (...)

As verbas de natureza salarial pagas ao empregado a título de auxílio-doença, salário-maternidade, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e horas-extras estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária. Já os valores pagos relativos ao auxílio-acidente, ao aviso prévio indenizado, ao auxílio-creche, ao abono de férias e ao terço de férias indenizadas não se sujeitam à incidência da exação, tendo em conta o seu caráter indenizatório.

O inciso II do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, fixou com precisão a hipótese de incidência (fato gerador), a base de cálculo, a alíquota e os contribuintes do Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT, satisfazendo ao princípio da reserva legal (artigo 97 do Código Tributário Nacional). O princípio da estrita

legalidade diz respeito a fato gerador, alíquota e base de cálculo, nada mais. O regulamento, como ato geral, atende perfeitamente à necessidade de fiel cumprimento da lei no sentido de pormenorizar as condições de enquadramento de uma atividade ser de risco leve, médio e grave, tomando como elementos para a classificação a natureza preponderante da empresa e o resultado das estatísticas em matéria de acidente do trabalho. O regulamento não impõe dever, obrigação, limitação ou restrição porque tudo está previsto na lei regulamentada (fato gerador, base de cálculo e alíquota). O que ficou submetido ao critério técnico do Executivo, e não ao arbítrio, foi a determinação dos graus de risco das empresas com base em estatística de acidentes do trabalho, tarefa que obviamente o legislador não poderia desempenhar. Trata-se de situação de fato não só mutável mas que a lei busca modificar, incentivando os investimentos em segurança do trabalho, sendo em consequência, necessário revisar periodicamente aquelas tabelas. A lei nem sempre há de ser exaustiva. Em situações, o legislador é forçado a editar normas “em branco”, cujo conteúdo final é deixado a outro foco de poder, sem que nisso se entreveja qualquer delegação legislativa. No caso, os decretos que se seguiram à edição das Leis 8.212 e 9.528, nada modificaram, nada tocaram quanto aos elementos essenciais à hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota, limitaram-se a conceituar atividade preponderante da empresa e grau de risco, no que não desbordaram das leis em função das quais foram expedidos, o que os legitima (artigo 99 do Código Tributário Nacional).

(...)

2. Os adicionais noturno, horas-extras, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado nº 60).
3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária.
4. O legislador ordinário, ao editar a Lei nº 8.212/91, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade.
5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido.

(REsp 486.697/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, *DJ* de 17/12/2004). (...). (Grifei)

(REsp 973.436. Processo: 200701656323/SC. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 18/12/2007. Relator Ministro José Delgado. Decisão unânime. Votantes: Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda).

5. Em relação às contribuições para o SAT e Salário-Educação, observa-se a existência, no caso, de litispendência, pois, a legalidade das referidas contribuições já foi discutida no MS 2002.83.00.007148-9, tendo sido negada a segurança ao argumento de que o referido Escritório de Advocacia figura como empregador, sendo indvidoso o seu enquadramento como contribuinte, em relação às exações incidentais sobre folha de salários, constando, expressamente, a equiparação no art. 15⁵, parágrafo único, da Lei 8.212/91 (fls. 679/681).

Assim também, quanto à contribuição previdenciária sobre 1/3 de férias, cuja segurança foi negada no MS 2006.83.00.011650-8 (fls. 662/664), ao argumento de que não há a incidência somente no caso da indenização pecuniária das férias não gozadas.

Sobre a incidência das contribuições sociais, incidentes sobre as folhas de salários, em relação às sociedades civis de advogados, trago a seguinte ementa do REsp 913.818 da Segunda Turma do colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. SOCIEDADE CIVIL DE ADVOGADOS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTE.

1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

⁵ Lei 8.212/91: Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

2. É cediço que a sociedade civil prestadora de serviço profissional aufera lucro, do qual deverá ser descontado o valor devido a título de contribuição, para posterior distribuição entre os sócios, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.689/88.

3. A sociedade civil prestadora de serviços advocatícios não fica à margem da incidência da contribuição social sobre o lucro, ainda que seja isenta do pagamento de imposto de renda pessoa jurídica.

Recurso especial improvido. (Grifei)

(REsp 913.818. Processo: 200602689042. UF: MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 12/02/2008. Rel. Min. Humberto Martins. Decisão por unanimidade. Votantes: Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Eliana Calmon e Castro Meira).

6. No que se refere ao prazo decadencial, cumpre relevar que, por ser reconhecida a natureza tributária das contribuições sociais devidas à Previdência Social, as normas gerais, bem assim, os prazos prescricionais e decadenciais, devem ser fixados por meio de lei complementar, na forma prevista no art. 146, III, b, da CF/88, razão pela qual, a Primeira Corte Especial do STJ decidiu pela inconstitucionalidade formal do artigo 45 da Lei 8.212/91, que fixou em dez anos o prazo decadencial para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência.

Por essa razão, aplica-se, em regra, para o lançamento do tributo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no art. 173⁶, I, do CTN, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tendo ocorrido, no caso em exame, a decadência do crédito relativo às contribuições do período de julho/92 a dezembro/95, uma vez que o lançamento foi realizado somente em 18/12/2001, como se constata da fl. 81.

Nesse sentido é a decisão da Primeira Corte Especial do colendo STJ:

⁶ CTN: Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (Grifei)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. (AI no REsp 616.348/MG (2003/0229004-0) Corte Especial. Data Julgamento: 15 de agosto de 2007. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Decisão unânime. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, César Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. LICENÇA-PRÊMIO. AU-SÊNCIA PERMITIDA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR (APIP). NATUREZA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS. PROCURADORES DA CEF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ.

1. O enfoque constitucional dado pelo acórdão recorrido ao exame do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que trata do prazo decadencial para constituição das contribuições previdenciárias, impede o conhecimento do recurso especial nesse ponto.

2. Tratando-se de tributo lançado por homologação, se não houver o pagamento antecipado pelo sujeito passivo tributário, a decadência do direito de lançar rege-se pela regra do art. 173, I, do CTN, devendo ser contada a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em

que o lançamento poderia ter sido efetuado, não havendo cumulação com a regra do art. 150, § 4º, do CTN. Precedente da Primeira Seção.

3. As verbas recebidas pelo trabalhador a título de licença-prêmio não gozada e de ausência permitida ao trabalho não integram o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária, visto ostentarem caráter indenizatório pelo não-acréscimo patrimonial. Precedentes. (...). (Grifei)

(REsp 802.408. Processo: 200501990414/PR: Segunda Turma. Data da decisão: 26/02/2008. Rel. Min. Castro Meira. Decisão unânime. Votantes: Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Eliana Calmon).

7. Por fim, para a verificação do alegado erro na apuração da base de cálculo, faz-se necessária uma perícia contábil, o que demandaria dilação probatória, incabível na via do mandado de segurança, cuja prova deve ser pré-constituída, de forma a demonstrar o direito líquido e certo da parte impetrante.

Desta forma, salvo melhor juízo, sou pela manutenção da sentença, também pelos seus fundamentos, e improviso das apelações.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N° 1.551-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA 4^a VARA DA COMARCA DE CAJAZEIRAS -PB
Suscitado: JUÍZO DA 8^a VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Parte Autora: ALEF ALVES DOS SANTOS
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Reptes.: AURINEIDE MARIA DOS SANTOS (PARTE A) E PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JOÃO DE DEUS QUIRINO FILHO E OUTRO (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MERA DISCUSSÃO ACERCA DA CONVENIÊNCIA DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA. AUSÊNCIA DE CONFLITO.

- *Hipótese em que o Juízo de Direito da 4^a Vara de Cajazeiras/PB suscitou conflito negativo de competência, ante o Juízo Federal da 8^a Vara da Seção Judiciária da Paraíba, localizada em Sousa/PB, para o cumprimento de Carta Precatória, para realização de perícia médica.*
- *Segundo a inteligência do artigo 115 do CPC, há conflito de competência quando dois ou mais juízos se dizem competentes (conflito positivo), ou incompetentes (conflito negativo) para julgar determinada ação, ou surja controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.*
- *Trata-se, o presente caso, de mera discussão acerca da conveniência na realização do exame pericial por um ou por outro juízo, o que não caracteriza um conflito de competência.*
- *Conflito não conhecido.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5^a Região, à unanimidade, não conhecer do presente conflito,

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, 30 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator
RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuidam os autos de conflito negativo de competência, em sede de Ação Ordinária de Concessão de Benefício Previdenciário, promovida por Aurineide Maria dos Santos contra o Instituto Nacional do Seguro Social, perante a 4^a Vara da Comarca de Cajazeiras/PB, no âmbito da jurisdição federal delegada (art. 109, § 3º, da Constituição Federal).

O feito vinha tramitando normalmente no Juízo Estadual quando foi proferida decisão determinando a realização de exame pericial na parte autora com a expedição de carta precatória para 8^a Vara Federal, em Sousa/PB, visando à efetivação da diligência alvitrada, sob o argumento de inexistência de médico especializado em neurologia no Município de Cajazeiras, razão pela qual os contínuos exames que vinham sendo realizados, por clínicos gerais vinculados ao SUS naquela localidade, estavam sendo anulados por julgamentos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 5^a Região.

Afirmou, ainda, que somente na Justiça Federal há dotação orçamentária para pagamentos de peritos especialistas na área médica em processos envolvendo pedidos previdenciários, e que a parte a ser submetida ao exame já teria concordado em se deslocar ao Município de Sousa para realização do ato pericial depreendido.

Por sua vez, o Juízo Suscitado argumentou que a Resolução nº 541 do Conselho da Justiça Federal, já disciplina os procedimentos necessários para o pagamento de honorários de peritos, em feitos de assistência judiciária gratuita, no âmbito da jurisprudência delegada.

Aduziu, ainda, que a parte a ser submetida ao exame médico em comento reside na sede do Juízo deprecante, a quem compete realizara prova pericial determinada no feito, também enfrentando o Juízo deprecado idêntica dificuldade para encontrar, no município em que está sediado, médico com especialidade indicada.

Dei vistas ao Ministério Público Federal, que opinou pelo conhecimento do conflito para determinar competente o Juízo Suscitado da 8^a Vara Federal/PB.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Da análise das razões apresentadas pelo juízo suscitante e pelo suscitado, não vejo quaisquer elementos que sejam capazes de caracterizar a ocorrência de conflito negativo de competência entre tais juízos, senão vejamos:

Segundo a inteligência do artigo 115 do CPC, há conflito de competência quando dois ou mais juízos se dizem competentes (conflito positivo), ou incompetentes (conflito negativo) para julgar determinada ação, ou surja controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Trata-se, o presente caso, de mera discussão acerca da conveniência na realização do exame pericial por um ou por outro juízo.

Na verdade, existe uma questão de ordem administrativa enfrentada tanto pela Vara Estadual de Cajazeiras/PB, no exercício da jurisdição federal, como pela Vara Federal de Sousa/PB, o que não caracteriza um conflito de competência.

As alegações expostas pelos ilustres magistrados não se amoldam dentre as insertas no comando normativo acima referido, não devendo, assim, ser conhecido.

Nesse sentido, em conflitos idênticos, tem se manifestado reiteradamente este órgão Plenário, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.
INEXISTÊNCIA.

1. Eventual dificuldade em localizar profissional habilitado para realização de perícia médica, na cidade de cajazeiras, do Juízo deprecante, bem assim na cidade de Sousa, do Juízo deprecado, não tem o condão de caracterizar a existência de conflito de competência.

2. Conflito de competência não conhecido.

(TRF 5^a Região, Pleno, Relator Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 9/04/2008, por maioria).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE EXAME PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. MERA DISCUSSÃO ACERCA DA CONVENIÊNCIA DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

- De acordo com o art. 115 do CPC, há conflito de competência quando dois ou mais juízos se dizem competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para julgar uma determinada demanda ou quando divergem acerca da reunião ou separação de processos.

- Não há conflito de competência quando o cerne da questão diz respeito meramente à discussão acerca da conveniência na realização do exame pericial em um ou outro juízo.

- Conflito não conhecido.

(TRF 5^a Região, Pleno, Relator Des. Fed. José Maria de Lucena, julgado em 23/04/2008, por maioria).

Diante do exposto, não conheço do conflito.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.276-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Impetrante: DRA. ANA PAULA DA CUNHA SOARES
Impetrado: JUÍZO DA 1^a VARA FEDERAL DE SERGIPE
Paciente: SÔNIA RODRIGUES SOARES CALDAS

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO CRIMINAL.

DELITO DE SONEGAÇÃO DE AUTOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. CONCESSÃO DA ORDEM.

- A pretensão de trancamento de ação criminal na via estreita do habeas corpus, sob a alegação de ausência de justa causa, deve ser analisada com parcimônia, sendo digna de acolhimento só em casos excepcionais.

- Hipótese em que a paciente, na qualidade de Chefe do Setor Jurídico da CEF, foi denunciada pelo delito de sonegação de autos (os quais foram levados do cartório em set/06 e devolvidos em abr/07), sendo que os elementos acostados ao presente processo evidenciam que ela não retirou o feito, nem autorizou a sua retirada e sequer teve a posse dos autos em momento algum, de modo que não pode ser responsabilizada criminalmente por atos de terceiro subordinado, pelo simples fato de ser chefe do setor, sob pena de adoção da responsabilidade penal objetiva, repudiada em nosso sistema penal.

- Inexistindo indícios de autoria da paciente, há que se reconhecer a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da denúncia, razão pela qual esta deve ser rejeitada, merecendo ser trancada a ação penal.

- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, conceder a ordem, 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 julho de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Sônia Rodrigues Soares Caldas, com o objetivo de trancar a Ação Penal nº 2008.85.00.001865-2, em trâmite na 1ª Vara Federal de Sergipe.

A paciente foi denunciada pela prática do delito tipificado no art. 356 do CP, em virtude de que, na condição de advogada, Gerente Regional do Setor Jurídico da Caixa Econômica Federal em Sergipe, teria retirado de cartório os autos do processo nº 2003.85.00.008518-7, em 12.09.2006, e, a despeito de ter sido notificada através de edital publicado no Diário da Justiça nos dias 22.11.2006 e 13.12.2006 e intimada pessoalmente em 19.01.2007 para proceder à entrega do feito, somente teria cumprido a ordem judicial em 20.04.2007, cinco meses após a primeira convocação.

Na inicial deste *mandamus*, a impetrante explica que a paciente não realizou nem sequer autorizou a carga dos autos, nem nunca teve a posse dos mesmos, razão pela qual é parte manifestamente ilegítima para figurar como ré na Ação Penal nº 2008.85.00.001865-2. Argumenta, em suma, que a responsabilidade criminal é de ordem pessoal e não poderia ser imputada de forma objetiva à advogada-chefe pelos atos de seus subordinados, uma vez que na seara penal há necessidade de comprovação de dolo ou culpa.

Acrescenta que dois membros do Ministério Público Federal entenderam que o caso deveria ser arquivado, ante a constatação de atipicidade da conduta, sendo que, a despeito de tais posicionamentos, o Subprocurador da República responsável designou outro membro do *Parquet* para oferecer a denúncia.

Alega, ainda, que nenhum dos advogados subscritores da autorização para retirada do processo (que fora feita por um ex-estagiário da instituição) foi intimado pessoalmente para devolvê-lo, além de que não ocorreu a publicação do edital no dia 13.12.06, como alegado na peça acusatória.

Liminar indeferida às fls. 41/42.

Informações prestadas à fl. 46.

Parecer do Ministério Pùblico Federal às fls. 53/59, opinando pela denegação da ordem.

Pedido de aditamento à inicial, formulado pela CEF, juntado às fls. 61/66.

É o relatório.

VOTO

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

A pretensão da impetrante é obter o trancamento da Ação Penal nº 2008.85.00.001865-2, movida contra Sônia Rodrigues Soares Caldas, pela suposta prática do crime previsto no art. 356 do Código Penal.

O mencionado dispositivo tipifica o delito de sonegação de papel ou objeto de valor probatório da seguinte forma:

Art. 356 - Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador:
Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa.

A modalidade pela qual a paciente foi denunciada é “deixar de restituir autos”.

Inicialmente, convém observar que a postulação atinente ao trancamento de feito criminal pela via estreita do *habeas corpus*, sob a afirmação de carência de justa causa, deve ser analisada com parcimônia, sendo digna de acolhimento só em casos excepcionais, conforme entendimento pretoriano.

O ilustre doutrinador Julio Fabbrini Mirabete mostra-se favorável à utilização do “remédio heróico” para o fim colimado “(...) quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. (...)” (*In Código Penal Interpretado*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 1.426/7).

Na análise do caso, penso que merece acolhida o pleito inicial.

Com efeito, os elementos acostados ao presente processo demonstram que, diferente do que se afirma na denúncia (item 10, fl. 20), a paciente não retirou os autos de nº 2003.85.00.008518-7 do cartório (o que foi feito por estagiário da instituição - cf. fl. 24), nem tampouco autorizou a carga dos mesmos, como se observa da cópia do termo de credenciamento para retirada de autos à fl. 23, onde não consta seu nome ou assinatura.

Além disso, não há qualquer indício de que a acusada teve a posse do feito por algum momento, de modo que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da denúncia, a qual deve ser rejeitada.

Registre-se que o fato de a paciente ocupar a função de chefe do setor jurídico da empresa pública, por si só, não a torna passível de responsabilização criminal por atos praticados pelos demais advogados (terceiros), seus subordinados, mormente na presente situação em que a denunciada sequer figura entre os causídicos que autorizaram a carga dos autos.

O ilustre Procurador Regional da República, Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, que emitiu o parecer neste *habeas corpus* consignou em suas razões, à fl. 56, que:

(...) a paciente, enquanto chefe do setor jurídico, antes de se afastar, só reforça sua condição de ter que responder por eventuais falhas que são debitadas ao corpo jurídico da CEF, pois seus advogados, como tais, agem como órgãos, daí a necessidade de se eleger um elemento de interlocução junto aos canais externos, onde aí aparece sua responsabilidade.

Com todo respeito ao ilustre representante do *Parquet*, que sempre nos enriquece com seus bem elaborados pareceres, penso que, a se adotar tal raciocínio, estar-se-ia aplicando a teoria da responsabilidade penal objetiva, a qual não se insere dentro dos princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito vigente em nosso país.

É bem verdade que a condição de chefe, desempenhada pela paciente, chama para si a interlocução junto aos canais externos, mas daí a atrair a responsabilidade criminal pelos atos praticados

por terceiros, seus subordinados, implicaria em rejeitar a responsabilidade penal subjetiva, consagrada no nosso sistema jurídico penal brasileiro.

Veja-se a respeito o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME ATRAVÉS DE CRÉDITO FISCAL JÁ DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE SEGUROS INDÍCIOS DE AUTORIA. NECESSIDADE, NA HIPÓTESE DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA PRÁTICA CRIMINOSA PELA SIMPLES CONDIÇÃO DE SER O RÉU DIRETOR-PRESIDENTE DE UM CONGLOMERADO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA REPUDIADA. ORDEM CONCEDIDA.

1 - O trancamento de uma ação penal é permitido quando há ausência de indícios seguros da autoria, não obstante comprovada a existência do crime.

2 - Ninguém pode ser processado pelo seu *status*, exigindo-se indícios mínimos de sua participação na conduta criminosa, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva.

3 - Ordem concedida para trancar a ação penal, possibilitado novo oferecimento de denúncia, mediante a indicação de fatos concretos quanto à autoria do fato criminoso. (Grifei) .

(STJ, 6^a T., HC 91814/AM, relator Min. Jane Silva - Convocada, DJ 24.03.08, p. 01)

Destaque-se, ainda, que o Procurador da República Dr. Ruy Nestor Bastos Mello, a quem coube primeiramente oferecer a denúncia, requereu o arquivamento do procedimento administrativo, por entender que não se configurou a prática de crime, aduzindo que “não há, *in casu*, a presença de dolo como elemento subjetivo do tipo, caracterizado pela vontade livre e consciente de não restituir os autos” (fls. 35/36), concluindo que:

Portanto, crime não há, eis que a conduta ora apurada é atípica. O descaso na falta de devolução dos autos no prazo determinado judicialmente, portanto, só apresenta relevância ao agir do advogado nas esferas ética e administrativa, não no âmbito penal.

O segundo membro do *Parquet*, para quem foi redistribuído o feito, Dr. Gilson Gama Monteiro, pronunciou-se no mesmo sentido de seu antecessor, conforme se observa à fl. 39 dos presentes autos, determinando nova redistribuição do processo, quando, então, um terceiro Procurador da República, Dr. Eduardo Botão Pelella, ofereceu a denúncia, não sem, antes, deixar registrado que o fazia como *longa manus* dos Subprocuradores Gerais da República oficiais na 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, já que comungava do mesmo entendimento dos colegas que o antecederam.

O fato da intimação pessoal para devolução do processo ter sido dirigida à paciente não é suficiente para justificar a subsistência da ação penal, pois, repita-se, ela não retirou os autos do cartório, não autorizou a retirada nem há indícios de que teve a posse dos mesmos, o que demonstra a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação penal, cuja denúncia deve ser rejeitada.

Registre-se que não se trata de examinar aprofundadamente as provas nem a culpabilidade, através do presente *habeas corpus*, mas cuida-se da constatação de que não há sequer indícios de autoria por parte da paciente, conclusão a que se chega pelos elementos coligidos aos autos, que demonstram claramente a não participação dela no evento delituoso.

Com essas considerações, concedo a ordem de *habeas corpus*, para determinar o trancamento da Ação Penal nº 2008.85.00.001865-2, deflagrada contra Sônia Rodrigues Soares Caldas, por ausência de indícios de autoria da paciente, e julgo prejudicado o pedido de aditamento à inicial deste *mandamus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.307-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

Impetrante: DR. GILMAR FERNANDES DE QUEIROZ

Impetrado: JUÍZO DA 8^a VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Paciente: ADAUTO GOMES DA SILVA JÚNIOR

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME DE TORTURA. DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. CONDUTA FORA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE SERVIDOR FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE AGRESSÃO AOS DIREITOS HUMANOS COM DIGNIDADE PARA ATRAIR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL QUE SE RECONHECE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM CURSO NA JUSTIÇA FEDERAL.

- Delegado de Polícia Federal acusado de crime de tortura (Lei 9.455/97), em decorrência de agressões físicas praticadas contra rapazes durante show musical, por instigação da sua esposa, que disse ter sido molestada pelas vítimas.*
- Inexistência de vínculo entre as agressões físicas atribuídas ao paciente e o exercício das suas funções de agente público federal, de modo a ensejar a aplicação do art. 109, IV, da Constituição da República.*
- Ausência de agressão aos direitos humanos capaz de atrair a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, V-A, da vigente Carta Política, circunstância que desafiaria a providência prevista no art. 109, § 5º, da Lei Maior.*
- Competência da Justiça Estadual que se reconhece, em homenagem ao princípio do juiz natural (Constituição Republicana, art. 5º, incisos XXXVII e LIII).*

- Trancamento da ação penal pública deflagrada perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus*, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em conceder a ordem, reconhecendo a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o paciente pelo crime referido no relatório e no voto e determinando o trancamento da ação penal, tudo nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Gilmar Fernandes de Queiroz em favor de Adauto Gomes da Silva Júnior, com o objetivo de trancar ação penal contra ele proposta perante o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

O impetrante alega, em síntese, que a ação foi motivada por suposto crime de tortura praticado pelo paciente, Delegado da Polícia Federal, em 15/01/2006, após uma apresentação da Banda Calypso na cidade de Tibau/RN. Tendo sido a denúncia recebida, sustenta a inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação, com base na formação de coisa julgada no processo nº 113.06.00.001485-9, perante o Juízo de Direito da Comarca de Areia Branca/RN e na suposta prescrição da pretensão punitiva. Por identificar, no caso, perigo na demora, pleiteia a concessão liminar da ordem para que seja imediatamente suspensa a prática de atos processuais até o julgamento final pela Turma.

Em 29/07/2008, indeferi o pedido liminar (fls. 292/293).

Informações prestadas pelo juízo impetrado às fls. 297/298. Em seu ofício, o magistrado de 1º grau esclarece que o paciente Adauto Gomes da Silva Júnior foi denunciado pelo crime de tortura, previsto no art. 1º, II, § 4º, I e § 5º da Lei nº 9.455/97, e apresentou exceção de coisa julgada, afirmando que os autos tratavam dos mesmos fatos apurados em processos instaurados perante a Justiça Estadual na Comarca de Areia Branca/RN. Por entender que não haveria coisa julgada material no caso, indeferiu o pedido e deu prosseguimento ao feito.

Em seu parecer de fls. 302/306, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, sob os argumentos de ausência de coisa julgada material em favor do paciente e de litispêndência entre os dois processos, sob pena de inviabilização da persecução penal.

Dispensada a inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

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

Conforme relatado, discute-se nos autos desta *habeas corpus*, a viabilidade da ação penal deflagrada contra paciente e outros, aos quais se imputa a prática do crime previsto na Lei 9.455/97, art. 1º, assim disposto:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa

ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Estribou-se especialmente o Ministério Público Federal, para produzir a denúncia, em representação formulada pelos ofendidos José Nilson Caldas Costa Filho e Pedro Gurgel Fernandes de Araújo, adicionada aos argumentos apanhados em Procedimento de Investigação Criminal, feito a cargo do próprio *Parquet*.

A descrição do fato atribuído ao ora Paciente pode assim ser resumida:

a) José Nilson Caldas Costa Filho, Pedro Gurgel Fernandes de Araújo e Hudson Muriel dos Santos participavam de um festa no Clube Álibi, Município de Tibau-RN, quando estiveram envolvidos em um desentendimento com algumas pessoas ocupantes de mesa próxima;

b) nessa altercação esteve envolvida, na fase inicial e na frente oposta aos cidadãos apontados como vítimas, a esposa do Delegado de Polícia Federal Adauto Gomes da Silva Júnior;

c) atendendo a solicitação telefônica da esposa, o ora paciente foi tomar satisfações com os rapazes acima identificados, redundando essa abordagem em uma sessão de pancadaria, protagonizada pelo próprio Adauto Gomes da Silva Júnior e pelos demais denunciados nos autos da ação penal em referência (2008.84.01.000362-0, 8ª Vara Federal-RN).

Antes do ingresso na análise do fundamento-mor deste remédio heróico – a ocorrência de coisa julgada, mercê de uma sentença extintiva da punibilidade por prescrição em perspectiva, pelos mesmos fatos, lavrada no Juizado Especial da Comarca de Areia Branca-RN –, há que ser sindicado se a Justiça Federal é competente para processar e julgar o paciente, sob a acusação de tortura.

Sobre esse particular, tem-se a afirmação lançada na exordial do *habeas*, nos seguintes termos:

Vislumbra-se flagrante a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar os fatos narrados (*sic*) **Adauto Gomes da Silva Júnior** naquelas Representações, visto que na ocasião o denunciado, ora paciente, estava em gozo de férias legais, não tendo os possíveis fatos ocorridos (*sic*) em serviço ou em razão do mesmo (fl.3).

Já o Ministério Público, ao ofertar a denúncia, minimiza essa circunstância, afirmando que mesmo estando em gozo de férias, o ora paciente lançou mão da sua condição de Delegado de Polícia Federal para determinar aos integrantes da Polícia Militar do Rio Grande do Norte (também denunciados por tortura, Orlando Tenório, José de Arimatéia Garcia e Fredson Medeiros de Souza) que agredissem José Nilson Caldas Costa Filho, Pedro Gurgel Fernandes de Araújo e Hudson Muriel dos Santos, além de levá-los à prisão nas dependências da Delegacia de Polícia de Tibau-RN.

Com efeito, não consigo vislumbrar ligação séria entre o exercício das funções do cargo de Delegado de Polícia Federal e a prática de agressões físicas decorrentes de uma briga em show musical, em desavença deflagrada – diz-se – por estímulo da esposa do ora paciente, em um período em que este gozava férias em uma estância praiana.

Indaga-se: a) para agredir os rapazes, seria necessário que o paciente fosse Delegado de Polícia Federal? b) o motivo do desentendimento e das conseqüentes agressões físicas teve algum ligame com o exercício da função pública em destaque? c) os demais ditos agressores dos rapazes – os policiais militares – estavam sob o comando ou sob a autoridade do ora paciente?

Não vejo como dar resposta positiva a nenhuma das hipotéticas perguntas acima, razão pela qual não vejo como subsumir a conduta atribuída ao ora Paciente ao delimitador da competência criminal da Justiça Federal, gizado no art. 109 da Constituição da República, na parte que assim diz:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Acho adequado que se aplique, aqui, *mutatis mutandis*, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, assim:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA.

Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 363.423 / SP, Relator Ministro Carlos Brito, julgado em 16.11.2004).

Poder-se-ia objetar, então, que em se cuidando de crime de tortura, cabível seria o desenho do inciso V-A do invocado artigo da Carta Política, cuja redação tem o seguinte teor:

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo.

Não se discute que a abjeta prática de tortura é uma ferida gravíssima aos direitos humanos. Mas em sede de definição de

competência jurisdicional, a Constituição Brasileira é bem clara ao versar sobre esse tema, no mesmo artigo 109, em seu (...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Impossível, portanto, que a eleição desse bem jurídico – os direitos humanos em grau elevado – fique ao critério dos respeitáveis membros do Ministério Público Federal que oficiam perante o primeiro degrau da magistratura comum federal, pois a estes falece atribuição, consoante o querer da Constituição.

Resta, no presente caso, portanto, a reserva do inciso IV do supracitado art. 109 da CF, que mantém hígida a competência da Justiça Comum Estadual, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar para os casos não adequadamente encartados na competência da Justiça Federal.

Isto posto, voto pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Federal, 8ª Vara da SJRN (Mossoró-RN), para processar e julgar o paciente Adauto Gomes da Silva Júnior no caso aqui versado, concedendo o *habeas corpus* para trancar a ação penal em evidência, preservando o direito ao juiz natural, conforme assegurado na Carta Política de 1988, no seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, advindo a remessa dos autos originários à Justiça Comum Estadual da Comarca de Areia Branca (local do fato).

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA) Nº 2.388-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

Requerente: UNIÃO

Requeridos: AFONSO LEITE BRAGA, ADALBERTO GOMES LEITE, ANTONIO LAURENTINO DOS SANTOS NETO, CÍCERO CALDAS NETO, EDIONALDO ANTÔNIO SEVERIANO DE LIMA, ELISÂNGELA FREIRE DE BRITO BASTOS, JOSE LINDOMAR SOARES, JOSÉ NINO FRAZÃO, LUIS CARLOS SOARES CAVALCANTE, MARCELO PEREIRA DE LUCENA E MARINHO MARTINS RIBEIRO

Advs./Procs.: DRS. MÁRIO FORMIGA MACIEL FILHO E OUTROS

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA PERANTE A PRESIDÊNCIA DO TRF/5^a REGIÃO VISANDO ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE MÉRITO: 28,86%. COMPENSAÇÃO. PRECEDENTES DO STF. ENTENDIMENTO DO STJ E DO TRF/5^a REGIÃO NO SENTIDO DE QUE OS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER JUDICIÁRIO SOMENTE FAZEM JUS AO REAJUSTE DE 28,86% ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 9.421/96. EXISTÊNCIA DE APARÊNCIA DE BOM DIREITO DA REQUERENTE. PERIGO NA MORA. PEDIDO CAUTELAR QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL.

- Medida cautelar que objetiva atribuir efeito suspensivo a recurso especial.*
- Reajuste de 28,86%. Compensação decorrente de eventuais antecipações concedidas pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93.*
- Precedente do STF: Súmula 672.*
- Entendimento do Superior Tribunal de Justiça e também do plenário deste Sodalício no sentido de que os servidores públicos do Poder Judi-*

ciário somente fazem jus ao reajuste de 28,86% até o advento da Lei nº 9.421/96 (AGREsp 733.894/SP, da Sexta Turma do STJ, aos 28/03/2006, Rel.: Min. Hamilton Carvalhido, pub. DJ 08/05/2006, p. 308, e AR 4.728/CE, do plenário do TRF-5ª Região, aos 18/04/2007, Rel.: Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, pub. DJ 15/05/2007, p. 657), o que delineia a aparência do bom direito alegado.

- Perigo na mora da repetição dos valores eventualmente pagos.

- Pedido cautelar que se julga procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, por unanimidade, julgar procedente o pedido cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 9 de julho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de medida cautelar inominada requerida pela União incidental a recurso especial interposto contra acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, em face de Afonso Leite Braga e outros cujos nomes não foram declinados na exordial, nos autos do AGTR nº 66.914/PB, em que foi relator o então Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGTR. CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO JÁ TRANSITADO EM JULGADO. REDISCUSSÃO

DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. AGTR IMPROVIDO.

1. As discussões que surgem na fase de concretização de sentença ou acórdão devem se ater a adequar o seu cumprimento aos termos da decisão a ser efetivada. Qualquer tentativa de rediscutir o mérito da demanda após a ocorrência da coisa julgada, ofende-a frontalmente.

2. No caso dos autos, o STJ decidiu que as parcelas que devem ser compensadas com o reajuste de 28,86% são apenas aquelas advindas das Leis 8.622/93 e 8.627/93, excluindo da compensação, portanto, a incidência da Lei 9.421/96 ou de quaisquer outras. Assim sendo, não há razão para se modificar a decisão ora combatida, por se manter fiel aos preceitos do Acórdão a ser cumprido.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.¹

Requer a União a medida liminar para que seja atribuído ao recurso especial efeito suspensivo e, ao final, pugna pela procedência do pedido.

Aduz sobre o cabimento da medida cautelar e a competência do Presidente do Tribunal *a quo* enquanto não proferido o juízo de admissibilidade do recurso dirigido à superior instância.

Quanto ao mérito, sustenta que estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, considerando que a execução do julgado tornará inócuas a prestação jurisdicional postulada, além do que, se incorporadas as diferenças resultantes da aplicação de 28,86% à remuneração dos servidores, eis que já implantadas administrativamente, experimentará irreparável prejuízo, ante a impossibilidade absoluta de reverter a situação e obter o ressarcimento dos respectivos valores, sem falar na quebra do princípio da isonomia no seio da Administração Pública.

Decisão no sentido de intimar a requerente a trazer aos autos a cópia do recurso especial a que alude (fls. 201-202).

¹ Composição da Segunda Turma: Desembargadores Federais NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO e PETRUCIO FERREIRA.

Requerimento da União para juntada de cópia do recurso especial (fl. 204).

Pedido liminar indeferido (fls. 221-224).

Citados, os requeridos deixaram transcorrer *in albis* o prazo legal de resposta, conforme certificado na fl. 240.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Examinando, primeiramente, a competência do Presidente deste Tribunal para julgar a presente causa, em virtude do recurso especial ao qual a requerente pretende agregar efeito suspensivo já ter sido admitido e os autos terem sido remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, qual denota o resultado de consulta ao sistema informatizado deste Tribunal.

A competência do Presidente de Tribunal *a quo* para conhecimento e julgamento de incidente a recurso especial tem como limite o juízo de admissibilidade do respectivo recurso, à luz do artigo 16, inciso XVI, letra *h*, do Regimento Interno desta Corte, que dispõe ser atribuição do Presidente decidir sobre a admissibilidade de recurso especial e de recurso extraordinário, resolvendo os incidentes que se suscitarem.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão ao editar as Súmulas 634 e 635 que, não obstante se reportarem a recurso extraordinário, denotam a diretriz adotada pela Corte Suprema acerca do tema, que não destoa do entendimento aqui esposado:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. (Súmula 634).

Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade. (Súmula 635).

Por outro lado, também decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Trata-se de ação cautelar que tem por objeto a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5.

2. A medida liminar foi deferida pela Presidência daquela Corte (fls. 282/312). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental. O recurso extraordinário da União foi admitido antes da apreciação do agravo regimental e do mérito da ação cautelar.

3. É a síntese do necessário. Decido.

4. O TRF5 determinou a remessa dos autos de medida cautelar de sua competência a esta Corte.

5. O recurso de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 282/312 permanece sem julgamento. **Ainda que o recurso extraordinário da União tenha sido admitido, o TRF5 continua competente para a apreciação da presente ação cautelar e de seus incidentes**, ainda que para extinguí-la por perda superveniente de objeto.

Restituam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

[...].²

In casu, à época da propositura da ação e da apreciação do pedido liminar pendia de juízo de admissibilidade o recurso especial interposto, razão pela qual a Presidência deste Tribunal tinha competência para apreciá-lo e tem para julgar a presente cautelar.

Demonstrada a competência deste Presidente para conhecer de medida cautelar, passa-se ao exame do pedido objeto da cautelar que repousa sobre a atribuição de efeito suspensivo a recurso superior.

A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial é medida excepcional que o julgador encontra-se autorizado a deferir, em virtude do poder geral de cautela, no intuito de preservar o resulta-

² Decisão do STF, aos 27/03/2007, proferida pelo Min. EROS GRAU, na Ação Cautelar nº 1.607-0-AL, pub. DJ de 02/04/2007. Os negritos não estão no original.

do útil do processo, desde que presentes a aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano irreparável (*periculum in mora*).

A aparência de bom direito se traduz na plausibilidade do direito alegado, o que enseja não só o conhecimento do recurso ao qual se pretende agregar o efeito suspensivo, mas o seu provimento; enquanto o *periculum in mora*, na urgência da prestação jurisdicional para evitar que, ao ensejo do provimento final, não tenha mais sentido o pedido deduzido em juízo, em virtude do dano que possa ocasionar.

Qual sevê nos autos, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu aos servidores públicos, autores da ação, na esteira de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a compensação a ser observada no tocante ao reajuste de 28,86% é aquela decorrente de eventuais antecipações concedidas pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93 (fl. 110).

O julgamento está na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula 672 verbera:

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

À obviedade, a extensão do reajuste dos 28,86% aos servidores públicos civis também só pode ser realizada, nas mesmas bases das leis mencionadas, o que não ocorre quando não se efetua a devida compensação, porque assim estar-se-á agregando aos 28,86% as importâncias eventualmente já percebidas, por tais servidores, ao respectivo título, o que redunda em um *bis in idem*, repudiado pelo direito, além de malferir o princípio constitucional da isonomia, em relação aos servidores que não tiveram adiantamentos, ou que os tiveram compensados, nos termos dos referidos diplomas.

Ademais, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça e também do plenário deste Sodalício no sentido de que os servidores públicos do Poder Judiciário somente fazem jus ao reajuste de

28,86% até o advento da Lei nº 9.421/96 (AGREsp 733.894/SP, da Sexta Turma do STJ, aos 28/03/2006, Rel.: Min. Hamilton Carvalhido, pub. DJ 08/05/2006, p. 308 e AR 4.728/CE, do plenário do TRF-5^a Região, aos 18/04/2007, Rel.: Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, pub. DJ 15/05/2007, p. 657).

Na hipótese *sub judice*, consta nos autos informação, não conclusiva, prestada pela Contadoria da Justiça Federal em João Pessoa no sentido de que o índice de 28,86% deixou de ser pago aos servidores-autores da ação, ora requeridos, com a vigência da Lei nº 9.421/96, qual se verifica, *verbis*:

Conferindo os valores pagos aos autores, conforme fichas financeiras, observamos que as vantagens das Leis supracitadas foram pagas através da rubrica 11108, fls. 354/419 até dezembro/96, no entanto, com a vigência da Lei 9.421/96, as vantagens das leis acima reportadas não foram mais especificadas nas referidas fichas financeiras.³

Neste contexto, entendo que se delineia nos autos a aparência de bom direito da requerente, além do perigo da mora na repetição dos valores eventualmente pagos.

Ante tais considerações, julgo procedente o pedido cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

É como voto.

³ Fl. 70.

REVISÃO CRIMINAL N° 38-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Requerente: JOSÉ MANOEL GONÇALVES DE BRITO
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO ANTONIO PALMEIRA DE ARAUJO E OUTRO (REQTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CRIME TIPIFICADO NA LEI 7.492/86. REVISÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO PROFERIDO COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

- O requerente foi condenado pela prática do delito tipificado no parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/86 (evasão de divisas sem autorização legal), à pena privativa de liberdade de 2 anos por cada crime, totalizando 4 anos de reclusão.*
- Afastada a preliminar de incompetência do juízo.*
- Não configurada qualquer hipótese prevista no artigo 621 do CPP. A tese sufragada pela defesa do requerente, com base na alegação de contrariedade a texto expresso da lei, não justifica a interposição da revisão, que, à míngua de elementos ríjos de seus argumentos, se ressente de amparo legal e mesmo se dissocia da realidade do conjunto fático-probatório constituído.*
- Acórdão rescindendo, na Apelação Criminal 3.366-PE, proferido com fundamento nas provas dos autos e na observância do direito à ampla defesa e ao princípio do contraditório.*
- Pedido revisional improcedente.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de incompetência do juízo e, no mérito, julgar improcedente o pedido de revisão criminal, nos termos do voto do Relator

e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 9 de julho de 2008 (data do julgamento).

**DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator
RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de revisão criminal proposta por José Manoel Gonçalves de Brito, com o objetivo de desconstituir, com base no preceito do artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal (contrariedade a texto expresso da lei penal), o acórdão da egrégia Quarta Turma deste Regional, nos autos da Apelação Criminal 3.366-PE, de que foi relator o eminentíssimo Desembargador Federal Lázaro Guimarães.

No julgamento, a Quarta Turma rejeitou as preliminares suscitadas, negou provimento à apelação da defesa do ora requerente e deu provimento àquela interposta pelo Ministério Pùblico Federal. Afastada a hipótese de continuidade delitiva, aplicou ao caso o concurso material, para manter a condenação do requerente, pela prática do delito tipificado no parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/86 (evasão de divisas sem autorização legal), à pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos por cada crime, totalizando 4 (quatro) anos de reclusão.

O acórdão, por cópia à folha 11, transitou em julgado em 17/03/2004, conforme decisão de folha 14 destes autos.

Em suas razões, alega a defesa, em suma, encontrar-se elevado de ilegalidade o acórdão rescindendo; no seu dizer, teria sido a condenação embasada na existência de fato atípico; enfatiza, peremptoriamente, constituir o julgado afronta ao artigo 1º do Código Penal, e ao artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 22 da Lei 7.492/86. Aponta, ademais, ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, porquanto faltaria competência à Quarta Turma desta Corte para conhecer e julgar a impunidade do suposto delito ocorrido no estado de São Paulo. Pugna,

ao final, pela procedência da revisão criminal, com a absolvição do autor, ou, por hipótese, pela redução da pena concretizada.

À folha 212, indeferi pedido de liminar para a suspensão do processo de execução, por não vislumbrar qualquer evidência em tal pretensão.

Manifestou-se a Procuradoria Regional da República pela improcedência do pedido.

É o breve relatório. Seguiram os autos ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA (Relator):

A defesa alega contrariedade a texto expresso da lei penal, ao argumento de revestir-se de ilegalidade o acórdão da Quarta Turma; diz que a decisão turmária não reconheceu da incompetência do órgão julgador e da ausência de tipicidade criminal na conduta imputada ao requerente.

O conhecimento dos fatos noticiados revela que o requerente, na condição de diretor presidente da empresa “Summer Cotton S/A” firmou com instituições financeiras, sediadas nas cidades de Recife e São Paulo, 6 (seis) contratos de câmbio para a importação de maquinaria, dos quais resultara burla a normas pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional, a partir de informações inverídicas, com o intuito de promover evasão fiscal de divisas do país.

Denunciado por sua conduta, foi o requerente condenado pelo juízo de Primeiro Grau; na sentença, reconheceu-se que houve continuidade delitiva.

Neste Tribunal, no julgamento dos recursos interpostos, pela acusação e igualmente pela defesa, a Quarta Turma restou por afastar a continuidade delitiva e aplicou, ao caso, o concurso material, para manter a condenação do requerente. Nesse sentido, pois, reconheceu que o requerente, em seu agir, teria praticado o crime mediante mais de uma ação, “observando que os contratos foram firmados com instituições financeiras sediadas em São Paulo e em Recife, com intervalo variando entre doze e treze dias”; por

esse entendimento, retirou da pena imposta na sentença a maiorante aplicada em razão da figura da continuidade delitiva.

Analisados os autos, tenho firme o entendimento de que o acórdão guerreado não há de ser desconstituído, por que isento de qualquer vício processual, de natureza prefacial ou meritória; sobretudo, foi o acórdão proferido com fundamento nas provas dos autos e na observância do direito à ampla defesa e ao princípio do contraditório.

A questão preliminar suscitada, por falta de amparo jurídico, não prevalece.

As prefaciais, de arrazoados meramente repetidos nesta revisão criminal, foram refutadas quando do julgamento da apelação.

Destaco segmento do voto do Relator, folhas 12 e 13:

Sustenta o réu que a sentença é nula, posto que não teria havido a apreciação das preliminares aventadas pela defesa, quais sejam, a incompetência e a inépcia da denúncia. Percebe-se à fl. 323 que o juiz, após levantadas essas preliminares em sede de defesa prévia, ouviu o Ministério Público Federal e decidiu por manter o despacho anterior e seguir o rito normal do processo. Dessa decisão conformou-se inteiramente a defesa, não mais se reportando às mesmas em fase alguma do processo, nem mesmo para usar o permissivo do artigo 108 do Código de Processo Penal. Assim, não houve do magistrado sentenciante como alegado pelo réu.

Na mesma linha, observou o senhor Procurador Regional da República na contestação, à folha 216:

tendo o réu argüido na defesa prévia, como se se tratasse de hipótese de incompetência absoluta.

Prorrogada a competência do juiz federal da Seção Judiciária de Pernambuco, tornou-se juiz constitucional com competência para definir acerca do suposto ilícito penal.

Sob esse ângulo da questão processual, deixando de manifestar, no prazo legal, o seu inconformismo para com a decisão do juízo de Primeiro Grau, a defesa, por sua inércia, foi penalizada pelo reconhecimento da preclusão.

Assim, afastada a incompetência do juízo sentenciante, neste caso, não comporta discutir sobre a pretensão da defesa de ofensa ou violação ao princípio do juiz natural.

Com tais considerações, tenho por superada esta discussão, para afastar a preliminar de incompetência do juízo.

Doutra feita, a discussão do mérito também não favorece ao réu.

Como reconhecido no acórdão rescindendo, a materialidade e a autoria do ilícito foram assaz comprovadas durante toda a instrução.

Denunciou o Ministério Público que o réu assinou contratos de câmbio com instituições financeiras para a importação de maquinário, por operações que não se concretizaram. A seu turno, a defesa não logrou infirmar tal acusação; socorreu-se, tão-só, de frágeis alegações no intento de justificar o fato de não ter havido a importação de qualquer das máquinas objeto dos contratos assinados. “Em sua defesa, o réu alega que, por motivos vários, que vão desde a desistência do negócio por parte da empresa sediada no exterior, passando pela própria desistência de sua face à alegada defasagem tecnológica do maquinário a ser importado, chegando até a questões que envolvem a variação cambial, não foi possível concretizar a importação”.

O conjunto fático-probatório é induvidoso. A remessa de divisas para o exterior decorreu de forma ilícita, oculta, clandestina. Certo é que não houve o desembarque das mercadorias em território nacional.

Conquanto tenha por base doutrina de escol em seu inconformismo, a tese sufragada pela defesa não justifica, em verdade, a interposição da presente revisão criminal. Esta se ressente de amparo legal e até mesmo se dissocia da realidade dos autos; não demonstra, sobremodo, qualquer hipótese prevista no artigo 621 do CPP.

Artigo 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoi-

mentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Ao manifestar o seu inconformismo, o revisando deixou de apresentar elementos ríjos de suas alegações; deixou, por oportunamente, de infirmar a prova dos autos; limitou-se a alegar.

Ora, apenas alegar a nulidade processual não é suficiente para o seu reconhecimento. *Afirmans probat*, quem afirma deve provar efetivamente. Na revisão, o *onus probandi* é encargo do autor, que não se incumbiu de demonstrar a nulidade ou o prejuízo, por desrespeito à lei ou que a sentença se opôs à evidência dos autos.

Ação que é, a revisão criminal não se presta como segunda apelação, a ensejar a rediscussão de alegações anteriores, sobejamente debatidas.

A propósito, em seus Comentários à Constituição de 1967, conceitua Pontes de Miranda a revisão criminal como uma “ação, e é remédio jurídico processual, e não recurso”. Igualmente, a lição de José Frederico Marques, em seus “Elementos de Direito Processual Penal”: “A revisão criminal é ação penal constitutiva, de natureza complementar, destinada a rescindir sentença condenatória em processo findo”. A definição de Julio Fabrini Mirabete não difere, proclamando ser a revisão, em que pese o discurso controvertido sobre a natureza jurídica, “no melhor entendimento, uma ação penal de conhecimento de caráter constitutivo” – *Código de Processo Penal Interpretado*.

Descabido falar em nulidade do processo pelo entendimento de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

É de bom alvitre destacar o entendimento doutrinário de Maria Elisabeth Queijo, em *Da Revisão Criminal – condições da ação*, 1998, Malheiros Editores:

(...) entendemos que a interpretação mais razoável, que concilia os arts. 621 e 626, na parte que autoriza a anulação do processo em sede de revisão, é aquela que considera abrangida na dicção do art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a contrariedade às leis penal e pro-

cessual penal. Entretanto, evidentemente, somente as nulidades absolutas poderão ser reconhecidas por meio da revisão criminal, uma vez que as nulidades relativas foram sanadas pela coisa julgada.

A interpretação de Mirabete sobre a matéria, em se reportando a sentença contrária à evidência dos autos, consagra:

Nessa hipótese está a sentença que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase de julgamento, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual.

(*Código de Processo Penal Interpretado*, 2002, Editora Atlas, pág. 1608).

Outra vez mais, reafirmo o acerto do acórdão, que é justo e não comporta revisão! Carecedor de respaldo jurídico, o pleito.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido de revisão.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4917-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	13
5078-PE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	28
5782-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	34

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

3875-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	43
---------	---	----

APELAÇÃO CÍVEL

320004-PE	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)	48
373877-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	59
399947-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	68
417488-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	78
418064-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	92
418647-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	97
419332-CE	Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (Convocado)	102
429319-RN	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	115
434066-PE	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)	122
439086-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	132
440173-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	166
446039-CE	Rel. Des. Federal Marco Bruno Clementino (Convocado)	171

APELAÇÃO CRIMINAL

4760-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	181
4817-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	194
5015-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	206

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

73902-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	245
94909-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	256
102108-PE	Rel. Des. Federal Hélio Silvio Ourem Campos (Convocado)	263

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

- 1551-PB Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 277

HABEAS CORPUS

- 3276-SE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 280
3307-RN Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho
(Convocado) 287

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA)

- 2388-PB Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.294

REVISÃO CRIMINAL

- 38-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 301

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

Trbt e PrCv	Ação anulatória. Lançamento parcialmente irregular. Extinção do crédito, ressalvada a possibilidade de novo lançamento a ser feito, administrativamente, pelo Fisco (na parte restante). Multa de 75% incidente sobre o valor devido. Natureza não tributária. Impossibilidade de se qualificá-la como confiscatória. AC 418064-PE	92
Adm	Ação civil pública. Convênio entre a Universidade Federal do Ceará – UFC e a Escola da Magistratura Estadual do Ceará – ESMEC. Curso de pós-graduação <i>stricto sensu</i> (mestrado). Reserva de vagas. Magistrado estadual. Princípio da isonomia. Discriminação negativa. Ocorrência. AC 373877-CE	59
PrCv, Ct e Adm	Ação civil pública. Defesa do patrimônio histórico e artístico nacional. Agravo retido. Perito judicial. Suspeição. Motivos insuficientes. Prova técnica. Reabertura. Impossibilidade. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. Interesse de agir. Competência da Justiça Federal. IPHAN. Legitimidade passiva. Bens tombados a nível nacional. Realização de obras em suas proximidades. Redução da visibilidade. Inocorrência. Manifestação prévia do IPHAN acerca da viabilidade da construção. Desnecessidade. Terreno situado fora da poligonal de entorno traçada para proteger os imóveis tombados no local. Violação. Inexistência. AC 439086-PE	132

Adm	Ação ordinária de anulação de julgamento do Tribunal de Contas da União (TCU). Licitação. Convênio. Inexecução do contrato. Irregularidades. Condenação. Ressarcimento do crédito da União. Imposição de multa. Alegação de afronta ao devido processo legal. Inocorrência. AC 417488-PE	78
PrCv e Adm	Ação rescisória. CPC, art. 485, V. Ação civil pública. Defesa do consumidor. Ministério Público Estadual. Legitimidade ativa federal. União e ANEEL. Litisconsórcio. Assistência litisconsorcial. Corte de energia Possibilidade. Procedência do pedido. AR 4917-PE	13
PrCv e Cv	Ação rescisória. Locação de imóvel ao INSS por prazo indeterminado. Denúncia não efetivada. Aluguéis devidos. Improcedência da rescisória. AR 5078-PE	28
PrCv	Ação rescisória em ação rescisória. Taifeiros da Aeronáutica. Ausência da prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Mera reiteração do feito anterior. Extinção da rescisória sem resolução do mérito. AR 5782-CE	34
PrCv	Agravo inominado. Suspensão de segurança. Ação civil pública. Políticas públicas. Serviços de saúde. Decisão que não se apresenta consentânea com o princípio da separação dos poderes, na medida em que invade a esfera política do Poder Executivo. Improvimento do agravo. AgRg na SL 3875-PE	43

C

Adm	Concurso público. Técnico em enfermagem. Contratação temporária dentro do prazo de validade do concurso. Candidato aprovado em segundo lugar. Direito à nomeação. Expectativa de direito que se transforma em direito subjetivo. AC 429319-RN	115
Pen e PrPen	Concussão. Declaração isolada de co-réu. Insuficiência de provas. <i>In dubio pro reu</i> . Absolvição do acusado funcionário público. Descaracterização do delito de concussão em relação ao co-autor. Competência da Justiça Comum Estadual. ACr 4817-PE ...	194
Pen e PrPen	Conexão entre crime de competência da Justiça Estadual e crime de competência da Justiça Federal. Indivisibilidade da ação penal. Reunião das apurações sob a presidência do juiz federal. Posse de arma de uso restrito. Contrabando. Figuras autônomas. Recepção. Prescrição retroativa parcial. ACr 4760-AL	181
PrCv	Conflito negativo de competência. Benefício previdenciário. Mera discussão acerca da conveniência da realização da perícia médica. Ausência de conflito. CC 1551-PB	277
Cv e PrCv	Construção do Aeroporto dos Guararapes. Aquisição dos terrenos e realização de benfeitorias pela Panair do Brasil S/A. Requisição dos bens pela União, em razão da Segunda Guerra Mundial. Pretensão de nulidade das escrituras de reversão dos bens imóveis em favor da União. Reintegração	

	da empresa na posse dos bens, combina- da com perdas e danos. Desapropriação in- direta. Ocorrência da prescrição. Usucapião. CC de 1916, art. 550. AC 434066-PE 122
Ct e Trbt	Contribuição previdenciária. Receitas oriun- das de exportações realizadas por intermé- dio de empresas comerciais exportadoras com sede no Brasil. Imunidade. Não ocor- rência. AMS 94909-PE 256
PrPen	Crime de evasão de divisas sem autoriza- ção legal. Revisão criminal. Acórdão profe- rido com base nas provas dos autos. Im- procedência do pedido revisional. RvCr 38- PE 301
Ct e Pen	Crime de tortura. Delegado de polícia fede- ral. Conduta fora do exercício das funções de servidor federal. Inexistência de agres- são aos direitos humanos capaz de atrair a competência da Justiça Federal. Compe- tência da Justiça Comum Estadual que se reconhece. Trancamento da ação penal em curso na Justiça Federal. HC 3307-RN 287
D	
Ct e Adm	Decisão proferida em incidente de unifor- mização de jurisprudência. Vinculação ape- nas ao caso concreto ensejador do inciden- te. Empresas descredenciadas para ope- rar no mercado de câmbio de taxas flutu- antes – MCTF. Natureza discricionária do ato emanado do BACEN. Legalidade do ato de revogação do credenciamento. Ofensa a princípios constitucionais. Inocorrência. AMS 73902-CE 245

E

Ct	Etnia indígena (Pitaguary). Demarcação de terras. Terras particulares. Comprovação da ocupação tradicional pelos índios. Inexistência. Exclusão da fazenda dos autores da área demarcável. AC 419332-CE	102
----	---	-----

F

PrCv e Adm	Falecimento de candidata no <i>campus</i> da UNIFOR durante vestibular promovido pela UFC. Morte em razão de estupro, seguido de traumatismo craniano e asfixia por estrangulamento. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Cumulação de danos materiais com danos morais. AC 446039-CE	171
------------	---	-----

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Trancamento de ação criminal. Delito de sonegação de autos. Ausência de indícios de autoria. Concessão da ordem. HC 3276-SE	280
-------	--	-----

I

Pen e PrPen	Importação de combustível mediante a utilização de comprovante falso de compensação para fins de burlar o pagamento da CIDE. Preliminares argüidas pela defesa. Rejeição. Mérito. Crime de uso de documento falso. Formação de quadrilha e tentativa de descaminho. Condenação. Trânsito em julgado para a acusação. Recursos manejados tão-somente pela defesa. Provimento parcial. Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito. ACr 5015-PE	206
-------------	---	-----

M

PrCv

Medida cautelar requerida perante a presidência do TRF/5^a Região visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial. Matéria de mérito: 28,86%. Compensação. Precedentes do STF. Entendimento do STJ e do TRF/5^a Região no sentido de que os servidores públicos do Poder Judiciário somente fazem jus ao reajuste de 28,86% até o advento da Lei nº 9.421/96. Existência de aparenteza do bom direito da requerente. Perigo na mora. Pedido cautelar que se julga procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. MCPR 2388-PB 294

P

Prev

Pedido de pensão por morte formulado pela genitora do segurado. Prova da dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, segurado da Previdência Social. Deferimento do amparo social ao idoso, em favor da autora, no curso da ação. Benefício inacumulável. Direito de compensação das parcelas já recebidas, a título de amparo, com as devidas à demandante em relação à pensão por morte, a contar do pedido administrativo. AC 440173-CE 166

R

Cv

Responsabilidade civil. Notificação de contribuinte. Imposto de renda. Informe equivocado de rendimentos. Dados fornecidos pela fonte (Condepe). Notificação do autor pela Receita Federal, mesmo após o esclarecimento dos fatos, onde se demons-

trou a ausência de culpa. Pagamento de multa. Ocorrência de danos morais. Danos materiais devidos ao autor por parte do órgão fornecedor dos dados incorretos. AC 320004-PE 48

S

- PrCv e Prev Sentença condicional. Nulidade. Aplicação do CPC, art. 515, § 3º. Pedido de aposentadoria especial. Trabalho em condições especiais. Prova. Requisitos. Não comprovação. Não cabimento da aposentadoria especial. AC 418647-CE 97
- Cv Sistema Financeiro da Habitação. Contrato regido pelo plano de comprometimento de renda previsto na Lei nº 8.692/93. Mudança de atividade. Redução de renda. Ausência de comprovação. Pretensão do reconhecimento do direito à diminuição do valor da prestação a patamar inferior ao inicialmente pactuado. Não cabimento. AC 399947-PE 68
- Trbt Sociedade de advogados. Anulação de lançamento fiscal. Ilegalidade das contribuições para o SAT, salário-educação e 1/3 de férias. Litispendência. Retificação do lançamento fiscal ocorrida em 15/09/2006. Ofensa ao contraditório. Inexistência. Notificação em 21/09/2006. Contribuição previdenciária sobre os honorários sucumbenciais. Caracterização como verba salarial. Contribuição sobre horas extras. Incidência. Verificação de erro na apuração da base de cálculo. Inadequação do *writ*. Necessidade de dilação probatória. AMS 102108-PE 263