

**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5<sup>a</sup> REGIÃO**

**JURISDIÇÃO**

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

Número 109 - Maio/Junho - 2014

R. TRF 5<sup>a</sup> Região, nº 109, p. 1-301, Maio/Junho - 2014



**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5<sup>a</sup> REGIÃO**

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
VLADIMIR SOUZA CARVALHO**

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado pelo  
Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70  
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4173)

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados

MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br)

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

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

CDU 34(05)

## **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO**

Desembargador Federal  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03  
Presidente

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

Desembargador Federal  
**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09  
Corregedor

Desembargador Federal  
**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89  
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal  
**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal  
**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargador Federal  
**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Desembargador Federal  
**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03  
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal  
**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07

Desembargador Federal  
**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08  
Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA** - 05.05.08

Desembargador Federal  
**FERNANDO BRAGA DAMASCENO** - 15.05.13

Desembargador Federal  
**IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)**

## **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO**

### **TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)**

Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS

Vice-Presidente: Desembargador Federal EDILSON NOBRE

Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

### **PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)**

Desembargador Federal MANOEL ERHARDT - Presidente

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

### **SEGUNDA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente

Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Desembargador Federal FERNANDO BRAGA DAMASCENO

### **TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)**

Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Presidente

Desembargador Federal GERALDO APOLIANO

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL

### **QUARTA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Presidente

Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES

Desembargador Federal IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)



## **SUMÁRIO**

---

1. Jurisprudência .....	13
2. Índice Sistemático .....	291
3. Índice Analítico .....	295



## **JURISPRUDÊNCIA**

---



## AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.239-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Autora: DELAIAS ALVES DA SILVA  
Réus: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN E MUNICÍPIO DE IPOJUCA (PE)  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. BRAZ FLORENTINO PAES DE ANDRADE FILHO E IVAN CÂNDIDO ALVES DA SILVA

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISO V, DO CPC. PUBLICAÇÃO DA INCLUSÃO EM PAUTA E JULGAMENTO EM NOME DE ADVOGADO FALECIDO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 180 E 265 DO CPC. OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. NOVA INCLUSÃO DO FEITO E PAUTA E NOVO JULGAMENTO DA CAUSA.**

- *Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, contra acórdão proferido pela Quarta Turma deste TRF da 5<sup>a</sup> Região. A autora sustenta que impõe-se a rescisão do julgado, uma vez que houve o julgamento dos recursos após o falecimento do advogado da parte, sem que o processo tivesse sido suspenso, o que violou os arts. 180 e 265 do CPC.*

- *O art. 265, I, § 1º, do CPC prevê a suspensão do processo pela morte do representante legal da parte, para que regularize a representação processual. (STJ, EEARES 200901242349, Humberto Martins, Segunda Turma, DJe: 26/04/2011)*

- *A intimação de inclusão em pauta do recurso de apelação interposto pelo autor, bem como a intimação do próprio julgamento se deram na pessoa de advogado que já havia falecido, conforme certidão de óbito, o que implicou em violação ao direito de defesa da parte.*

**- Ação rescisória julgada procedente, para rescindir o acórdão prolatado na AC nº 540381/PE, por violação aos arts. 180 e 265 do CPC, preservando os atos processuais praticados anteriores a publicação da inclusão do processo em pauta de julgamento na Quarta Turma deste Sodalício.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 12 de março de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS - Relator**

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:**

Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Delaías Alves da Silva, visando rescindir acórdão proferido pela Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, que, em sede de ação civil pública, negou provimento ao apelo do particular, ora autor, e deu provimento ao apelo do IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

A ação civil pública foi movida pelo IPHAN contra o Município de Ipojuca/PE e Delaías Alves da Silva, tendo por escopo a proteção de bens históricos tombados. A ação visou, dentre outros pedidos, a demolição de prédio de propriedade do ora autor, uma vez que teria sido construído em desacordo com normas protetivas do patrimônio histórico e artístico tombado, em especial que comprometia a visibilidade de Igreja e Convento de Santo Antônio.

A sentença proferida no processo originário homologou o acordo realizado entre o IPHAN e o Município de Ipojuca/PE, para que este

ente político não outorgue licenças ou habite-se sem prévia autorização do IPHAN, além de regulamentar o processo de licenciamento. A sentença também julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo IPHAN para determinar a demolição do imóvel situado na Rua do Comércio, nº 225, em Ipojuca/PE, condicionada ao prévio pagamento, pelo IPHAN, de justa indenização ao proprietário Delaías Alves da Silva, consignando que os custos de demolição devem ser suportados pela autarquia. Condenou, ainda, o Sr. Delaías Alves da Silva a restaurar o topo do muro conventual, na área contígua ao seu imóvel e proceder à retirada de canos que despejam água sobre tal área.

Irresignados com a sentença de primeiro grau, Delaías Alves da Silva interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que: a) o imóvel por ele construído nas proximidades do Convento e Igreja de Santo Antônio, no Município de Ipojuca/PE, encontra-se regularizado junto àquela municipalidade, tendo em vista a expedição do respectivo habite-se; b) durante o período de 1999 a 2006, o proprietário nunca recebeu orientações, nem da prefeitura, nem do IPHAN, de que o seu imóvel encontra-se irregular, o que evidencia a sua boa-fé na construção, a qual também teria sido autorizada pela administração municipal.

O IPHAN, por sua vez, também apelou, defendendo a impossibilidade de haver a indenização do demandado pela demolição do imóvel em apreço, por se tratar de construção ilícita e por ter havido, nesse ponto, julgamento *extra petita*, pois “se o réu desejasse indenização que tivesse proposto ação própria, ou através-sado reconvenção, ou que não fez”.

O acórdão rescindendo foi proferido por unanimidade, nos termos do voto proferido pelo Relator, Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, consoante a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO NACIONAL. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL QUE IMPIDE A VISIBILIDADE DE COISA TOMBADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO IPHAN. IRREGULARIDADE CONFIGURADA. DEMOLIÇÃO. INDENIZAÇÃO PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ILÍTICO.

1. 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 (art. 18 do Decreto-Lei 25/1937).

2. Hipótese em que, através de inspeção judicial, restou constatado que o imóvel pertencente ao particular encontra-se em situação irregular no que diz respeito à proteção e à ambiência do Convento e Igreja de Santo Antônio, patrimônio histórico nacional, uma vez que “impede a visibilidade do muro conventual e de parte da área verde que lhe circunda” (fl. 287).

3. Além disso, o referido imóvel foi construído sem autorização do IPHAN, de modo que o consentimento da administração municipal e a expedição do habite-se ocorreram de forma ofensiva ao ordenamento jurídico, contrariando não só o disposto no art. 18 do Decreto-Lei 25/1937, como também o estatuído no art. 23, III, da Constituição Federal.

4. Considerando que o imóvel em estudo foi construído depois do tombamento, sem prévia autorização do órgão fiscalizador, resta configurada a prática de ato ilícito, devendo o réu arcar com os custos da demolição do imóvel construído por ele irregularmente, não havendo que se falar em indenização, sob pena de enriquecimento sem causa do particular em detrimento dos cofres públicos.

5. Apelação do particular cujo provimento é negado. Provimento do apelo do IPHAN.

O autor da rescisória alega que: a) o prazo concedido para que seja demolido o imóvel do autor é o dia 23 de maio de 2013 e, caso não haja uma decisão antecipatória que suspenda esse prazo, o mérito da ação rescisória pode perecer de objeto; b) a publicação para o julgamento da apelação na ação originária ocorreu em nome do Dr. Wiltonberg Farias, que havia falecido, no dia 18/03/2012, conforme certidão de óbito acostada, o que importou em violação aos arts. 180 e 265, I, do Código de Processo Civil, uma vez que a ação deveria ter sido suspensa a partir do fatídico acontecimento; c) o IPHAN permaneceu alheio à situação do convento por várias décadas, ao passo que desde 1940 até os idos de 2000 nada fez para conter a degradação do imóvel tombado; d) houve conduta relapsa do Poder Público (Município de Ipojuca e IPHAN), tendo em vista que o autor obteve habite-se e, de boa fé, acreditou ser o suficiente, visto que deveria ser obrigação da Prefeitura, para

conceder o habite-se, exigir a autorização do IPHAN, o que não vinha sendo feito na época; e) é necessária a justa indenização para que haja a demolição; f) ocorreu a prescrição da pretensão demolitória, na forma do art. 205 do Código Civil, haja vista que o habite-se concedido pela Prefeitura data de 26/07/1999; g) a prescrição é questão de ordem pública e pode ser arguida em qualquer fase de jurisdição, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC.

Ao final, pugna pela concessão de tutela antecipada para atribuir efeito suspensivo ao cumprimento do acórdão transitado em julgado, a fim de salvaguardar seus bens e seu patrimônio, alegando que se encontra na iminência de ver demolido o prédio de sua propriedade.

A tutela antecipada foi deferida para suspender a demolição até o julgamento pelo colegiado.

Foram apresentadas contrarrazões, argumentando, em suma, que para que o processo fosse suspenso em razão da morte do causídico seria necessário que a parte tivesse peticionado nos autos, informando o Tribunal essa circunstância.

Apresentadas alegações finais.

O Ministério Público Federal ofertou parecer.

É o relatório.

Ao Revisor.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de ação rescisória, ajuizada com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, contra acórdão proferido pela Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, em sede de ação civil pública, negou provimento ao apelo do particular, ora autor, e deu provimento ao apelo do IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

A ação civil pública foi movida pelo IPHAN contra o Município de Ipojuca/PE e Delaíás Alves da Silva, tendo por escopo a proteção de bens históricos tombados.

O art. 485 do CPC dispõe que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição de lei;”.

A principal tese sustentada pelo autor para obter a rescisão do julgado é de que o julgamento da apelação prosseguiu mesmo após o falecimento do advogado da parte, sem que o processo tivesse sido suspenso, o que violou os arts. 180 e 265 do CPC, os quais estabelecem que:

**Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.**

Art. 265. Suspende-se o processo:

**I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;**

II - pela convenção das partes; (Vide Lei nº 11.481, de 2007)

III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

V - por motivo de força maior;

VI - nos demais casos, que este Código regula.

§ 1º No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso em que:

a) o advogado continuará no processo até o encerramento da audiência;

b) o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão.

§ 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

§ 4º No caso do nº III, a exceção, em primeiro grau da jurisdição, será processada na forma do disposto neste Livro, Título VIII, Capítulo II, Seção III; e, no tribunal, consoante lhe estabelecer o regimento interno.

§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

Primeiramente, descabe acolher a tese de que uma simples petição atravessada aos autos originários seria suficiente para o reconhecimento do vício, uma vez que a parte autora já peticionou nos autos da ação originária nesse sentido e o Juízo *a quo* indeferiu o pedido, ao fundamento de que apenas em juízo de rescindibilidade se poderia superar a coisa julgada.

Ao proferir decisão em sede de antecipação de tutela na presente ação rescisória, manifestei-me no sentido de ser “relevante a alegação de que a intimação de inclusão em pauta do recurso de apelação interposto pelo autor, bem como a intimação do próprio julgamento se deram na pessoa de advogado que já havia falecido, conforme certidão de óbito, o que implicou em violação ao direito de defesa da parte”.

Entendo que as intimações realizadas em nome do advogado já falecido constituem-se vício insuperável, que implica no reconhecimento da nulidade do acórdão prolatado sob pena de se agredir o direito subjetivo da parte.

De fato, a intimação dos atos processuais só é válida se efetivada em nome do advogado indicado, a teor do disposto no art.

236, § 1º, do Código de Processo Civil; (STJ, AR 200702320593, MASSAMI UYEDA, Segunda Seção, *DJe*: 03/10/2011).

Verificando-se que ficou caracterizada o vício na intimação do advogado indicado da parte autora, procede o pleito da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC.

Consoante se verifica da certidão de óbito juntada aos autos, o advogado Wiltonberg Farias faleceu em 18 de março de 2012, após a interposição e recurso de apelação.

Com a subida do processo ao Tribunal, a publicação da inclusão do feito em pauta se deu em 10.09.2012, em nome do causídico já falecido, o que gerou a nulidade do acórdão proferido.

Nesse sentido, é o entendimento do col. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. FALECIMENTO DO ADVOGADO. SUSPENSAO DO PROCESSO. ART. 265, I, § 1º, DO CPC. ACÓRDÃO REGIONAL QUE DECIDIU POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ.

1. O falecimento do procurador caracteriza a justa causa prevista no art. 183, § 1º, do CPC de modo a autorizar a restituição do prazo recursal, visto que a intimação do acórdão não foi possível após a sua morte.
2. **O art. 265, I, § 1º, do CPC prevê a suspensão do processo pela morte do representante legal da parte, para que regularize a representação processual.**
3. A necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias, como requisito para a interposição do recurso especial, visa coibir a supressão de instância e possibilitar o regular andamento do feito, atendendo às normas constitucionais estipuladas para este recurso excepcional.
4. Na hipótese, o voto que apreciou a apelação da empresa reformou, por maioria, o mérito da sentença, sendo cabível a oposição de embargos infringentes, o que não ocorreu. Assim, o conhecimento do recurso especial contra óbice no enunciado 207 da Súmula deste Tribunal, *verbis*: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer do recurso especial. (STJ, EEARES 200901242349, HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 26/04/2011)

Em reforço do entendimento ora adotado, transcrevo as razões do Parecer Ministerial ofertado nos autos, na parte que considero irreprocháveis:

(...) O art. 265-I do CPC é claro quando afirma que a morte do advogado da parte é causa de suspensão do processo, devendo o juiz, no caso, intimar a parte para que promova sua substituição no prazo de 20 (vinte) dias, vazio que, não sendo preenchido no prazo, acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito se o faltoso for o autor da ação ou a revelia quando a omissão for do réu.

(...) ainda que seja pacífico o entendimento de que basta constar o nome de um dos advogados, a intimação não terá esse característico se aquele intimado houver morrido, pois não se pode ter como intimado os demais em razão da aposição do vocábulo "outros". Daí, não houve intimação dos advogados constantes do substabelecimento de fl. 729, pois o *Diário da Justiça Eletrônico do TRF5* mostra que somente o advogado WILTONBERG FARIAS foi intimado da decisão (vide anexo).

Sobre o tema, destaco ainda precedente do Pleno deste TRF da 5<sup>a</sup> Região, que segue essa linha de entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO DA LIDE. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO COLIGIDA. INTERPRETAÇÃO DO JUÍZO ORIGINÁRIO QUANTO À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. ADMISSIBILIDADE DO INSTRUMENTO PROCESSUAL. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONFIGURAÇÃO. ART. 38 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 73/93 E ART. 6º DA LEI Nº 9.028/95. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO DA UNIÃO. PRERROGATIVA PROCESSUAL DESRESPEITADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DESFAZIMENTO DO ACÓRDÃO. RETOMADA DA TRAMITAÇÃO DO FEITO ORIGINÁRIO.

1. Algumas das pessoas indicadas como réis, em decorrência de falecimento no curso da lide, foram substituídas, no polo passivo, por seus sucessores, cujas habilitações foram deferidas. Outrossim, foi acatada a emenda à petição inicial apresentada pela União, com a correção da indicação do polo passivo da lide, no tocante às que falece-

ram antes mesmo da propositura da demanda, com a integração dos seus sucessores como parte ré. Destarte, é de se reconhecer a regularização da composição passiva da lide, sublinhando que os réus que se manifestaram foram acordes quanto à procedência da postulação da União.

2. Embora o Ministério Público Federal tenha sustentado, em preliminar, a inexistência de juntada da certidão de trânsito em julgado do acórdão rescindendo, não é o que se verifica dos autos, tendo sido coligido documento com a afirmação de que o acórdão vergastado, lançado na AC 393113/CE, transitou em julgado em 10.04.2007 – ainda que se afirme que tecnicamente não se configurou o trânsito em julgado. Importante ressaltar, nesse tocante, que o Magistrado originário entendeu caracterizada a coisa julgada material, deixando de reconhecer o defeito de intimação processual que maculou todo o processo a partir da prolação da sentença.

3. Deve ser admitida a ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, quando se sustenta a inobservância de prerrogativa processual deferida ao ente público autor, em violação ao art. 38 da Lei Complementar nº 73/93, e ao art. 6º da Lei nº 9.028/95.

4. Caracterizada a ausência de intimação pessoal do Advogado da União, acerca da sentença e da interposição de apelação pelas então autoras (bem como do próprio acórdão rescindendo), com ofensa do art. 38 da LC 73/93, e do art. 6º da Lei 9.028/95, procede o pleito da ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC.

5. Precedente do TRF4 (AR nº 2003.04.01.021513-2/RS, Rel. Des. Federal Marciane Bonzanini, j. em 06.08.2009).

6. Procedência do pedido da ação rescisória, desconstituindo-se o acórdão rescindendo e determinando-se a retomada da tramitação do feito originário, a partir de quando se deveria ter procedido à intimação pessoal do Advogado da União.

(TRF5, AR 5870, Relator(a) Desembargadora Federal Nilia-ne Meira Lima, Pleno Fonte DJe - Data: 06/09/2011)

Em se tratando de julgamento colegiado, onde é facultado à parte realizar sustentação oral na sessão de julgamento, entendo que a intimação da inclusão do feito em pauta é ato de suma importância, de modo que deve ser restabelecido o andamento processual desde este momento.

Reconhecida a nulidade do acórdão prolatado, desnecessário adentrar nas demais questões aventadas pela parte autora, por quanto dizem respeito ao mérito do julgado rescindido.

Diante do exposto, julgou procedente a ação, para rescindir o acórdão prolatado na AC nº 540381/PE, por violação aos arts. 180 e 265 do CPC, preservando os atos processuais praticados anteriores a publicação da inclusão do processo em pauta de julgamento na Quarta Turma deste Sodalício.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 131.782-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravados: UNIÃO, ESTADO DA PARAÍBA E EMPRESA DE TELEVISÃO JOÃO PESSOA E SAMUEL DE PAIVA HENRIQUE

**EMENTA: AGRAVO DE INSРUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA DE TELEVISÃO. CARÁTER JORNALÍSTICO. CONTROLE PRÉVIO DO CONTEÚDO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA PER RELATIONEM. AGTR IMPROVIDO.**

- O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação per relationem pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adotam-se as razões da dnota decisão guerreada como fundamento desta decisão.

- "Postula o MPF que a TV CORREIO e SAMUEL DE PAIVA HENRIQUE sejam proibidos de exibir cenas, e/ou expressar manifestações, e/ou colher entrevistas: sem expressa autorização (por escrito) do entrevistado, do defensor (público ou constituído) do preso, do membro do Ministério

*Público ou do Judiciário; que contenham cadáveres e mutilações, mesmo com desenfoque; de violência ou de conteúdo sexual; com linguagem chula, depreciativa; constrangedoras ou humilhantes em relação a determinados públicos (presos, suspeitos, mulheres, negros, indígenas, pessoas com deficiências, crianças e adolescentes, gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros; migrantes e imigrantes, dentre outros); nas quais os custodiados estejam em trajes que possam denegrir sua dignidade (seminus, apenas de cuecas, sem camisa, etc); nas entrevistas e veiculação de notícias de natureza policial – com escárnio, menosprezo, deboche, cantorias ou efeitos visuais degradantes, ou qualquer forma de aviltamento ou rebaixamento da dignidade da pessoa humana; nas notícias de natureza policial que envolvam disputas domésticas ou familiares – que sejam depreciativas ou com interpretações que possam contribuir para desagregação de laços familiares.”*

*- “Tendo-se em vista a impossibilidade de censura prévia, na atividade jornalística madura e digna de credibilidade, estes princípios devem servir como norte ao próprio meio de imprensa, para autorregulação espontânea; contudo, esses princípios não têm força para impedir que qualquer coisa seja dita/mostrada/criticada, senão para fundamentar o direito de reparação do direito lesado.”*

*- “Editada no auge do trauma político social sofrido com a ditadura militar, a Constituição Federal repele veementemente qualquer tipo de controle prévio ao conteúdo da liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação. Seu intérprete de maior hierarquia (STF) é inflexível no repúdio à censura, já tendo deixado expresso que, na condição de sobredireito, a liberdade de imprensa se antecipa no tempo às*

*relações de intimidade, vida privada, imagem e honra, a cujo titular, caso se sinta lesado, resta buscar responsabilização posterior.”*

**- “A atuação do Poder Judiciário deve cingir-se à reparação posterior dos danos causados aos direitos da família, à moral, à honra e à dignidade daqueles que tiveram suas imagens irregularmente veiculadas no programa Correio Verdade, fixando a reparação dos danos eventualmente sofridos, inclusive em caráter punitivo-pedagógico.**

**- Agravo de instrumento improvido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 131782-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 13 de março de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator**

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:**

1. Trata-se de AGTR interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/PB que, nos autos da ação civil pública originária, indeferiu os pedidos de antecipação de tutela que objetivavam a condenação dos réus ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer da seguinte forma: “A) DETERMINAR que a UNIÃO, por meio do Ministério da Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias da concessão da liminar, proceda à fiscalização do cumprimento efetivo da Portaria MJ 1.220/2007, com relação ao Programa CORREIO VERDADE, veiculado pela TV CORREIO (i) enquadrando-o como PROGRAMA DE AUDITÓ-

RIO OU SHOW DE VARIEDADES POLICIAIS COM ÉNFASE NA VIOLÊNCIA E NA SEXUALIDADE, e, portanto, sujeito a classificação indicativa, (ii) estabelecendo os horários adequados a sua exibição, em face do seu respectivo conteúdo, nos termos do arts. 17 e 19 da mencionada portaria e considerando as diretrizes estabelecidas por meio do Manual da Nova Classificação indicativa elaborada pela ANDI – Agência de Notícias dos Direitos da Infância – vinculada ao próprio Ministério da Justiça; (iii) realizando gravação diária do programa para fins de apresentação de relatórios mensais ao autor da ação e (IV) instaurando procedimento administrativo para aplicação das penalidades prevista na legislação em razão dos fatos previstos na presente ação, comunicando ao Juízo no prazo de 30 (trinta) dias; “B) DETERMINAR que a TV CORREIO, imediatamente após a notificação do teor da decisão antecipatória, enquanto não classificado o programa CORREIO VERDADE na forma requerida no item “A”, exiba-o somente após as 22:00 horas, considerando o horário local, em face do seu conteúdo inadequado ao acesso por parte de crianças e adolescentes, como restou demonstrado; C) DETERMINAR que a TV CORREIO seja proibida de exibir em horário matutino ou vespertino, em quaisquer programas policiais ou noticiosos por ela gerados, cadáveres, mutilações, mesmo com “desenfoque”, ou cenas de forte teor de violência ou de conteúdo sexual, em qualquer situação, bem como seja proibida de fazer uso de linguagem chula, depreciativa e de exibir cenas envolvendo situação constrangedoras e/ou humilhantes em relação a determinados públicos (presos, suspeitos, mulheres, negros, indígenas, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros, migrantes e imigrantes, dentre outros); “D) DETERMINAR que a TV CORREIO e o apresentador SAMUKA DUARTE, imediatamente após a notificação do teor da decisão antecipatória, quando da exibição do programa CORREIO VERDADE, independentemente das providências que vierem a ser adotadas quanto à adequação do horário de exibição do programa, adote as seguintes providências:

- i. nas entrevistas e veiculação de notícias de natureza policial, não exibir ou entrevistar pessoas sob custódia policial, dentro ou fora das delegacias, sem obter autorização, por escrito e devidamente formalizada, do próprio entrevistado, de advogado devidamente constituído do detido, de Defensor Público ou

membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário, devendo manter controle destas autorizações e apresentá-las ao autor de trinta em trinta dias:

- ii. nas entrevistas e veiculação de notícias de natureza policial, não exibir os custodiados em trajes que possam denegrir sua dignidade (seminus, apenas de cueca, sem camisa, etc);
- iii. nas entrevistas e veiculação de notícias de natureza policial, não expor os detidos ou vítimas ao escárnio, menosprezo, deboche, cantorias ou efeitos visuais degradantes, bem como quaisquer outras formas de aviltamento ou rebaixamento da dignidade da pessoa humana;
- iv. nos casos de notícias de natureza policial que envolvam disputas domésticas ou familiares, abster-se de expressar manifestações depreciativas, comentários e interpretações que possam contribuir para desagregação dos laços familiares entre cônjuges, pais e filhos e/ou demais parentes;
- v. nos casos de crianças e adolescentes aos quais se atribuem prática de ato infracional, abster-se de filmar, fotografar ou entrevistar, a menos que haja autorização expressa e específica para o caso concreto da Vara da Infância e Juventude, devendo qualquer notícia a respeito dos fatos evitar e identificação da criança ou adolescente, proibindo-se a referência ao nome, filiação, parentesco e residência, conforme determinação expressa no ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (art. 143, c/c art. 247, parágrafo 1º); E) DETERMINAR que a TV CORREIO demonstre mensalmente cumprimento das medidas acima descritas, apresentando mídias eletrônicas com a gravação de seus programas policiais devidamente desgravados por entidade independente; F) EM CASO DE descumprimento das medidas por parte da empresa ré, DETERMINAR, imediatamente, que a TV CORREIO suspenda a exibição do programa CORREIO VERDADE, por um período de 15 (dias), nos termos do art. 59, alínea b, da Lei nº 4.117/6, alterada pelo Decreto-Lei nº 236/67, notificando-se a União – Ministério das Comunicações – para as providências necessárias, sem embargo de que sejam obrigados, emissora e apresentador, ao pagamento de MULTA COMINATÓRIA DIÁ-

RIA, em valor não inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, cominação esta que se reverterá ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85; “G) DETERMINAR que o ESTADO DA PARAÍBA, intimando-se o Secretário de Segurança Pública, faça valer o conteúdo da Portaria nº 60/2011/SEDS, alertando todas as autoridades policiais (militares e civis) do Estado: (i) para a proibição de imagens e entrevistas com menores e adolescentes, (ii) para a necessidade de autorização por escrito do detido, seu advogado, defensor público, membro do Ministério Público ou Magistratura para a exibição de imagens e entrevistas em qualquer noticioso policial, de qualquer emissora; (iii) bem como para que impeçam, retirando imediatamente o custodiado do contato, quaisquer ofensas tentadas ou cometidas por repórteres contra presos detidos, impedindo, inclusive, a filmagem e entrevista quando inexistir expressa autorização referida nestes pedidos, (iv) assim como para que se eximam de emitir opiniões degradantes ou revelem dados sigilosos da apuração; H) DETERMINAR que o ESTADO DA PARAÍBA, intimando-se o Secretário de Segurança Pública, instaure procedimentos administrativos disciplinares para cada caso de exposição de menores, exposição não autorizada de detidos não menores, ou entrevistas humilhantes ou degradantes, nos termos postulados nesta ação; os procedimentos administrativos deverão ser comprovados para cada caso de descumprimento que venha a ser identificado na presente ação; I) EM CASO DE descumprimento das medidas por parte do Estado da Paraíba, DETERMINAR-LHE a aplicação de MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA, em valor não inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada fato de descumprimento, sem embargo de medidas administrativas cabíveis, com fundamento no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, cominação esta que se reverterá ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85, multa esta extensível às autoridades responsáveis, no caso de que se revele ineficaz a sanção aplicada ao Estado.

2. Alega o agravante, em apertada síntese: a) que, diferentemente do que consta na decisão agravada, o Programa Correio Verdade não pode ser considerado um verdadeiro programa noticioso, mas sim um programa de auditório, enquadrando-se no for-

mato de pseudojornalismo, devendo ser incluído no sistema de classificação indicativa implementado pelo Ministério da Justiça; b) que o Min. Joaquim Barbosa pediu vistas da ADI 2404/DF, havendo sinalizado em entrevista divergir da maioria que votou até agora, argumentando que não cabe ao Estado abdicar do papel de exercer o poder de polícia que lhe é inherente; c) que a responsabilidade do Estado da Paraíba está na conivência das autoridades policiais que têm sob tutela presos ou indiciados e, não obstante, permitem entrevistas que atentam contra direitos elementares do cidadão; d) que a liberdade de imprensa não pode sobrepujar a dignidade humana e a proteção aos direitos do menor.

3. Contrarrazões apresentadas pela União.

4. É o que havia de relevante para relatar.

## **VOTO**

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

1. Trata-se de AGTR interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do douto Juiz Federal da 3<sup>a</sup> Vara da SJ/PB que, nos autos da ação civil pública originária, indeferiu os pedidos de antecipação de tutela.

2. O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adotam-se as razões da douta decisão guerreada como fundamento desta decisão.

3. Trago, aqui, a fundamentação da mesma como parte deste voto<sup>1</sup>:

---

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

## DO MÉRITO

### BALIZAMENTOS PRÉVIOS AO CONTEÚDO DO PROGRAMA

21. Postula o MPF que a TV CORREIO e SAMUEL DE PAIVA HENRIQUE sejam proibidos de exibir cenas, e/ou expressar manifestações, e/ou colher entrevistas:

- \* sem expressa autorização (por escrito) do entrevistado, do defensor (público ou constituído) do preso, do membro do Ministério Público ou do Judiciário;
- \* que contenham cadáveres e mutilações, mesmo com desenfoque;
- \* de violência ou de conteúdo sexual;
- \* com linguagem chula, depreciativa;
- \* constrangedoras ou humilhantes em relação a determinados públicos (presos, suspeitos, mulheres, negros, indígenas, pessoas com deficiências, crianças e adolescentes, gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros; migrantes e imigrantes, dentre outros);
- \* nas quais os custodiados estejam em trajes que possam denegrir sua dignidade (seminus, apenas de cuecas, sem camisa, etc.);
- \* nas entrevistas e veiculação de notícias de natureza policial – com escárnio, menosprezo, deboche, cantorias ou efeitos visuais degradantes, ou qualquer forma de aviltamento ou rebaixamento da dignidade da pessoa humana;
- \* nas notícias de natureza policial que envolvam disputas domésticas ou familiares – que sejam depreciativas ou com interpretações que possam contribuir para desagregação de laços familiares.

22. Embora, num primeiro momento, o pleito aparente ser dotado de lógica e razoabilidade, e fundado no mais puro intento de preservar a dignidade humana, acabar por descambar em ato de censura, mesmo que certamente esta não seja a intenção do MPF.

23. A Constituição Federal garantiu a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, nos termos do art. 5º, inciso IX.

24. A respeito das atividades realizadas através do rádio e televisão, o art. 2204 garantiu plena liberdade de informação jornalística, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV (§ 1º), independente de qualquer censura (§ 2º).

25. Os mencionados incisos do art. 5º correspondem aos limites à liberdade de imprensa; para que ela seja exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um estado democrático de direito, deve respeitar: a livre manifestação do pensamento; o direito de resposta, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; o livre exercício de trabalho e profissão; o acesso às informações e o sigilo da fonte.

26. Tendo-se em vista a impossibilidade de censura prévia, na atividade jornalística madura e digna de credibilidade, estes princípios devem servir como norte ao próprio meio de imprensa, para auto-regulação espontânea; contudo, esses princípios não têm força para impedir que qualquer coisa seja dita/mostrada/criticada, senão para fundamentar o direito de reparação do direito lesado.

27. Editada no auge do trauma político social sofrido com a ditadura militar, a Constituição Federal repele veementemente qualquer tipo de controle prévio ao conteúdo da liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação. Seu intérprete de maior hierarquia (STF) é inflexível no repúdio à censura, já tendo deixado expresso que, na condição de sobredireito, a liberdade de imprensa se antecipa no tempo às relações de intimidade, vida privada, imagem e honra, a cujo titular, caso se sinta lesado, resta buscar responsabilização posterior. Seguem trechos de alguns precedentes daquela eg. Corte (sublinhei):

O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJe de 13-11-2009.)

A liberdade de informação jornalística é versada pela CF como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os

direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.

A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a CF acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). (...) Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (...) Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de “plena” (§ 1º do art. 220).

Convém insistir na afirmativa: por efeito dessa relação de mútua e enfazeja influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social. Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros. Tudo a possibilitar a formação de uma confortável clientela ou corpo de destinatários, que vai eficazmente contrabatendo, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado. Seletividade, de sua parte, que opera

como antídoto social que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios da imprensa dita burguesa; quer dizer, resquício de um modelo de imprensa que investe no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o insidiioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil. Argentário. Também assim, antídoto contra os desvarios sensacionalistas, o açodamento do “furo de reportagem” (o escritor e jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira bem o diz), a superficialidade e até mesmo a chantagem (...).

(ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJe* de 6-11-2009.)

Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa.

(AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, *DJe* de 6-4-2011.)

Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas (...).

(ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJe* de 24-8-2012.)

Cabe observar, bem por isso, que a responsabilização a posteriori, em regular processo judicial, daquele que comete abuso no exercício da liberdade de informação não traduz ofensa ao que dispõem os § 1º e § 2º do art. 220 da CF, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em favor da pessoa injustamente lesada, a possibilidade de receber indenização “por dano material, moral ou à imagem” (CF, art. 5º, incisos V e X). Se é certo que o direito de informar, considerado o que prescreve o art. 220 da Carta Política, tem fundamento constitucional (HC

85.629/RS, Rel. Min. Ellen Gracie), não é menos exato que o exercício abusivo da liberdade de informação, que deriva do desrespeito aos vetores subordinantes referidos no § 1º do art. 220 da própria Constituição, “caracteriza ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar”.

28. Portanto, a liberdade de imprensa deve ser harmonizada com outros direitos e princípios consagrados na Carta da República, conforme as hipóteses elencadas no seu próprio texto, harmonização que perpassa pela possibilidade de indenização por danos morais e materiais quando haja abuso da plena liberdade de expressão.

29. Diante desse quadro, e considerando que a presente ação contém pedido de danos morais, caso venha a ser demonstrado que o Correio Verdade aviltou os arts. 5º, incisos III, X, XLI, XLIX, LVII e LXIII e parágrafo segundo, 1º, III, da Constituição Federal, como alega o autor, poderá haver condenação pela reparação dos danos causados à coletividade.

30. Contudo, repita-se, não é possível o controle prévio do conteúdo do programa, mediante a proibição de exibição de quaisquer tipos de filmagens ou de entrevistas de pessoas sob custódia policial, em virtude dos princípios, direitos e garantias em favor da plena liberdade de informação em todos seus aspectos.

31. Enfim, a atuação do Poder Judiciário deve cingir-se à reparação posterior dos danos causados aos direitos da família, à moral, à honra e à dignidade daqueles que tiveram suas imagens irregularmente veiculadas no programa Correio Verdade, fixando a reparação dos danos eventualmente sofridos, inclusive em caráter punitivo-pedagógico.

32. Sobre o tema, preconiza Alexandre de Moraes (*in: Direito Constitucional*, 13ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 2003, pp. 78 e 79):

A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. (...)

O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que

a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

Como salienta Miguel Angel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito.

33. Em face dos argumentos até aqui delineados, indefiro os pedido constantes das alíneas *c*, *d*, subitens *i,ii, iii, iv, e e f*.

34. Especificamente, quanto à tutela inibitória em casos de crianças e adolescentes que se envolvam em ato infracional, obstando a filmagem, fotografia ou entrevista, salvo na hipótese de autorização do Juiz da Vara da Infância e Juventude (pedido D.iv), sob pena de suspensão da exibição do programa e multa cominatória diária (item F), cita-se o art. 143, c/c o art. 247, § 1º, da Lei nº 8.069/90 (ECA), que dispõem:

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

§ 1º Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.

35. A penalidade para o descumprimento, por parte dos órgãos de comunicação, dessa norma de proteção à criança e ado-

lescentes era a apreensão da publicação ou suspensão da programação da emissora de rádio ou televisão por até dois dias. Digo era, porque o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão “ou a suspensão da programação da emissora por até dois dias, bem como a publicação do periódico por até dois números” contida na parte final do § 2º do art. 247 do ECA.

36. Eis o acórdão da ADI (efeitos vinculantes) 869/DF:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO.**

1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto.

2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI nº 869/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Relator para acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 4/6/2004).

37. Em face do apanhado jurisprudencial transcrito, se mostra clara a intenção do STF em proclamar a irrestrita liberdade de manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Desta feita, indefiro o pedido contido no item D.iv.

**DACLASSIFICAÇÃO INDICATIVA**

38. Quanto à classificação indicativa, a Constituição (art. 220, § 3º) somente a preconiza para as “diversões e espetáculos

públicos”, daí o intuito do autor de que o programa Correio Verdade seja compreendido, não como programa jornalístico, mas sim como “show de auditório”.

39. Ocorre que o programa Correio Verdade atende ao formato jornalístico, pois seu objeto primordial é a divulgação de informações sobre o cotidiano de ocorrências policiais no Estado (crimes diversos, inclusive os de feição violenta, prisões, rebeliões em presídios, acidentes de carro, etc).

40. O fato do apresentador SAMUKA DUARTE por vezes comentar os fatos noticiados com uso de sarcasmo, deboche, cinismo – e não obstante, carisma, já que o próprio autor da ação reconhece que o apresentador é ídolo de crianças e que o programa é o de maior audiência no horário – não retira do programa a sua essência jornalística.

41. O apelo midiático que o MPF repudia na inicial (uso de recursos audiovisuais, bordões, tom de voz de repreensão/indignação) é inserido no programa dentro do contexto da interpretação e comentário das notícias pelo apresentador SAMUKA DUARTE. De igual modo, um dos repórteres que vai a campo entrevistar os presos também usa do “humor chacota”, mas toda “palhaçada” é encenada no contexto da colheita das entrevistas.

42. Algumas circunstâncias distinguem o programa Correio Verdade dos noticiários “tradicionais”: há espectadores que assistem ao programa no estúdio (a platéia não é exibida mas, por vezes, crianças entram no ar e recebem afagos do apresentador); o apresentador manda recados e agradecimentos para o telespectador; há diversas inserções comerciais, seja com promotores que exibem seus produtos, seja com anúncios feitos pelo próprio SAMUKA. Mas tudo isso não é suficiente para que o programa televisivo tenha desnaturalizada sua condição jornalística, já que toda a programação é estruturada em torno da disseminação das ocorrências policiais diárias.

43. Desde que o programa promova a difusão do pensamento (concordemos ou não com o teor do pensamento difundido) e da informação (seja ela qual for), está caracterizada a atividade jornalística, conforme já se manifestou o STF:

O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifesta-

ção e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada (...) - RE 511.961, Relator Min. Gilmar Mendes, Plenário, *DJe* 11.11. 2009.

44. Nesta linha, o Ministério da Justiça informou sobre a impossibilidade de inserir o Correio Verdade nos programas que se sujeitam à classificação indicativa, pelo fato do programa ser jornalístico ou noticioso, motivado pelos fundamentos expostos no ofício de fls. 113/114, subscrito pelo Coordenadora de Classificação Indicativa:

[...]

a) Pelo exposto no parágrafo 2º deste ofício este Ministério está impedido de classificar o programa “Correio Verdade”, por fazer parte de gênero não sujeito à classificação.

45. Também não pode o Judiciário tomar para si a decisão de incluir nas regras de classificação os programas jornalísticos e/ou noticiosos, o que configuraria afronta à abrangência da norma constitucional, a qual somente permite sejam reguladas e classificadas as versões e espetáculos públicos.

46. Para argumentar, caso fosse possível enquadrar o Correio Verdade como programa de auditório e, via de consequência, submetê-lo à classificação indicativa, importante registrar que o STF caminha para invalidar, com efeitos vinculantes, a principal consequência trazida pela classificação, qual seja, a determinação do horário de exibição (art. 196, Portaria MJ 1.220/2007).

47. Com efeito, no nível legal, a classificação indicativa é tratada somente pelo ECA (Lei 8.069/90), basicamente artigos 74 e 254.

48. O artigo 747 do ECA limita-se a explicitar que o poder público informará faixas etárias/locais/horários não recomendados para exibição de versões e espetáculos públicos. Cabe à família, em decisão exclusivamente doméstica, decidir permitir ou não que a criança/adolescente assista a tal ou qual programa de televisão. Sobre o tema, do Guia Prático para

Classificação Indicativa, disponibilizado no sítio oficial do Ministério da Justiça, extraem-se as seguintes respostas às perguntas mais frequentes:

02. Qual o embasamento legal da Classificação Indicativa?

A Classificação é embasada na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, nas Portarias MJ nº 1.100/2006 e nº 1.220/2007 e no Manual da Nova Classificação Indicativa (Portaria SNJ nº 8/2006). A Portaria MJ nº 1.100/2006 regulamenta a Classificação Indicativa de diversões públicas, especialmente obras audiovisuais destinadas a cinema, vídeo, DVD, jogos eletrônicos e de interpretação (RPG) e as Portarias MJ nº 1.220/2007 e SNJ nº 14/2009 regulamentam as obras audiovisuais destinadas à televisão.

03. Classificação Indicativa é a mesma coisa que censura?

Não. Totalmente diferente da censura, a classificação é um processo democrático, dividido entre o Estado, as empresas de entretenimento e a sociedade, com o objetivo de informar às famílias brasileiras a faixa etária para qual não se recomendam as diversões públicas. Assim, a família tem o direito à escolha garantido e as crianças e adolescentes o seu desenvolvimento psicossocial preservado.

O Ministério da Justiça não proíbe a transmissão de programas, a apresentação de espetáculos ou a exibição de filmes. Cabe ao Ministério informar sobre as faixas etárias e horários para os quais os programas não se recomendam. É o que estabelece a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Portarias do Ministério da Justiça. Como se pode observar, Classificação Indicativa não é censura e não substitui a decisão da família.

49. Caso o veículo de difusão deixe de exibir a classificação (faixa etária do telespectador) ou desrespeite o horário indicado para exibição do programa, há previsão na Lei 8.069/90 de sanções administrativas, a saber, multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias (art. 254).

50. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal está inclinado pela invalidação das sanções nos casos de desrespeito à definição dos horários de exibição. Na ADI 2404/DF se impugna a expressão “em horário diverso do autorizado” do art. 254 do ECA. Já foram proferidos quatro votos – Ministros Dias Toffoli (relator), Luiz Fux, Cármem Lúcia e Ayres Britto (Informativo nº 650 do STF), todos pela constitucionalidade; o julgamento foi suspenso, em 30.11.2011, em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

51. O Ministro Relator da ADI 2404/DF, entre outros aspectos relevantes, considerou que:

- \* a própria classificação indicativa seria mecanismo apto, tanto a defender a criança e o adolescente contra exposição a conteúdos inapropriados, quanto a compatibilizar tal proteção com a liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação;
- \* a classificação indicativa seria dirigida aos pais ou responsáveis – como aviso sobre o conteúdo a ser divulgado – e não às emissoras de radiofusão;
- \* o Estado não poderia determinar que a exibição da programação se desse em horários determinados, o que caracterizaria imposição, e não recomendação;
- \* repudiou postura paternalista do Estado atuar o como protagonista na escolha do que deveria ser exibido em determinado horário, afastando a idéia de que tal medida se justificaria pela dificuldade de se ter a presença dos pais ao lado dos filhos;
- \* seria sempre possível a responsabilização das emissoras de radiofusão por abusos ou danos à integridade de crianças e adolescentes.

52. Neste particular, infere-se que já há manifestação de alguns Ministros do STF no sentido de que os alvos específicos da causa de pedir desta ação – o respeito à criança e adolescente, e aos valores morais e éticos da família – sejam protegidos por mecanismos outros que não a obrigatoriedade da emissora seguir horários de exibição conforme a classificação do programa. Nesta linha de raciocínio que até agora vem se delineando no STF, qualquer que viesse a ser a classificação indicativa a ser atribuída ao programa Correio Verdade, teria

cunho meramente indicativo, e não obrigatório ou punitivo para a TV CORREIO.

53. Nesses termos, não vislumbro verossimilhança das alegações da parte autora quanto ao pedido de antecipação de tutela constante dos itens “A” e “B”.

#### 54. OBRIGAÇÕES DE FAZER ATRIBUÍVEIS AO ESTADO

55. Relativamente ao pedido (item G) de que as polícias militar e civil do Estado da Paraíba sejam compelidas a cumprir a Portaria nº 60/2011/SEDS, verifica-se que tal portaria foi editada em razão de duas recomendações emitidas pelo mesmo Procurador da República signatário da presente ação (fl. 236), refletindo, indiretamente, a pretensão ora rechaçada. Via de consequência, também resta indeferido o pleito liminar (item H) de que seja determinada a instauração de procedimentos administrativos disciplinares contra os policiais que exponha detidos (menores de idade e maiores) a entrevistas humilhantes ou degradantes.

56. ISSO POSTO, INDEFIRO os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela.

57. Citem-se. Intimem-se.

4. Dessa forma, não havendo o que modificar na decisão supratranscrita, mantenho-a em todos os seus termos.

5. Do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

6. É como voto.

## **AGRADO DE INSTRUMENTO N° 135.962-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Agravante: PIBB FOMENTO MERCANTIL LTDA.  
Agravada: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO CEARÁ - JUCEC  
Lit. Passivos: RONALDO FERNANDES OTOCH E DEIB OTOCH  
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO EDUARDO DE LIMA MACHADO FERRI (AGRTE.) E HUMBERTO LOPES CAVALCANTE E OUTROS (AGRDA.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL.***  
***AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO E ARQUIVAMENTO NA JUNTA COMERCIAL. ATA DE REUNIÃO DE SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. CÓDIGO CIVIL. QUORUM PARA DELIBERAÇÃO PARA DESTITUIÇÃO DE ADMINISTRADOR.***

- *PIBB FOMENTO MERCANTIL LTDA. agrava de instrumento contra a decisão interlocutória que, em sede de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado do Ceará, indeferiu tutela de urgência através da qual se pretendia fosse determinada a suspensão dos efeitos do ato de arquivamento da ata da reunião de sócios da empresa Espírito Santo Participações Ltda., realizada em 16.09.2013.*

- *Na ação mandamental a impetrante alegou que é sócia da empresa Espírito Santo Participações Ltda., detendo 50% de suas quotas sociais. Narrou que em 16.09.2013 foi realizada reunião de sócios para deliberar, dentre outros, a destituição do administrador Bruno Barbosa Borges.*

- *Acrescentou, mais, no mandado de segurança, o argumento de que os sócios Deib Otoch e Ronaldo Otoch foram advertidos de que o quorum de deliberação não poderia ser menor do que 3/4*

*do capital social, em atenção à cláusula trigésima do contrato social, mas resolveram impor apenas a maioria absoluta para o quorum das deliberações, e, ainda, para o caso de empate, a aplicação do art. 1.010, § 2º, do Código Civil, em caráter supletivo, contrariamente ao disposto na cláusula trigésima quarta do contrato social da Espírito Santo, que prevê a aplicação supletiva da Lei das Sociedades por Ações. Daí que aduziu ser nula a deliberação.*

*- No contrato há referência ao quorum qualificado, dado que as deliberações só poderão ser tomadas por sócios que detenham três quartos do capital social. Ora, tal significa dizer que sem esse quorum as deliberações não poderão ocorrer. A palavra PODERÁ, que consta da cláusula trigésima, não pode ser considerada como uma faculdade, porquanto em verdade importa em obrigatoriedade. Não há lógica considerar que seria facultativa a adoção desse quorum, sob pena de tornar inócula a previsão inserta na cláusula. Assim, já o contrato interdita a destituição do administrador por voto dos sócios que detenham apenas 50% do capital social.*

*- De outra banda, para o legislador (Código Civil, Lei nº 10.406/2002, arts. 1.071 e 1.076), para a destituição do administrador, é imprescindível que a deliberação seja tomada pelos sócios que possuírem mais da metade do capital social, de modo que não alcançado esse quorum, mantém-se o administrador, revelando-se impertinente cogitar-se da norma que versa o desempate (art. 1.010, § 2º, CC) que só é aplicável para a deliberação que exige apenas a maioria de votos dos presentes.*

*- Impõe-se, pois, considerar plausível o direito material deduzido na impetração.*

*- Quanto ao perigo da demora da prestação jurisdicional, sobressai das evidentes consequências*

*cias no funcionamento da empresa que decorrem da destituição de administrador, afinal o arquivamento da deliberação, que desbordou do quorum exigido no contrato social e na lei, permitiu que o sócio Ronaldo Fernandes Otoch figurasse doravante nesse papel, em possível prejuízo da impetrante.*

**- Agravo de instrumento provido, prejudicados os embargos de declaração.**

## ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

PIBB FOMENTO MERCANTIL LTDA. agrava de instrumento contra a decisão interlocatória que, em sede de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado do Ceará, indeferiu tutela de urgência através da qual se pretende fosse determinada a suspensão dos efeitos do ato de arquivamento da ata da reunião de sócios da empresa Espírito Santo Participações Ltda., realizada em 16.09.2013.

Na ação mandamental a impetrante alegou que é sócia da empresa Espírito Santo Participações Ltda., detendo 50% de suas quotas sociais. Narrou que em 16.09.2013 foi realizada reunião de sócios para deliberar sobre: a) ratificação de todos os atos praticados isoladamente pelo sócio administrador Ronaldo Otoch; b)

destituição do administrador Bruno Barbosa Borges; c) autorização para o administrador Ronaldo Otoch praticar isoladamente todos os atos urgentes ou não, necessários à defesa dos interesses da sociedade; e d) outros assuntos de interesse da sociedade.

Acrescentou, mais, no mandado de segurança, o argumento de que os sócios Deib Otoch e Ronaldo Otoch foram advertidos de que o *quorum* de deliberação não poderia ser menor do que 3/4 do capital social, em atenção à cláusula trigésima do contrato social, mas resolveram impor apenas a maioria absoluta para o *quorum* das deliberações, e, ainda, para o caso de empate, a aplicação do art. 1.010, § 2º, do Código Civil, em caráter supletivo, contrariamente ao disposto na cláusula trigésima quarta do contrato social da Espírito Santo, que prevê a aplicação supletiva da Lei das Sociedades por Ações. Daí que aduziu ser nula a deliberação.

Sustentou, pois, que o ato de arquivamento da ata da reunião de sócios é manifestamente afrontoso à legislação, posto que a legislação pátria veda o arquivamento de documentos que não obedeçam às prescrições legais ou que colidam com o estatuto ou contrato social.

A autoridade coatora prestou informações, e a decisão agravada considerou ausente a plausibilidade do direito material. A agravante, por seu turno, reitera o alegado na impetração.

Foram apresentados embargos de declaração, contrarrazões ao agravo de instrumento, assim como fora juntada petição com pedido de chamamento do feito à ordem.

Em síntese, é o relatório.

## VOTO

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

São relevantes os argumentos da agravante.

Inicialmente, registre-se que compete à Junta Comercial apreciar não só os aspectos formais para o arquivamento da ata da reunião dos sócios, porquanto lhe incumbe aferir também se há ou não afronta à lei ou ao contrato social, examinando-lhe, portanto, o conteúdo.

Estabelecida essa premissa, cumpre verificar se houve afronta ao contrato social ou à lei, no que diz respeito às exigências para as deliberações.

Transcrevo os dispositivos legais que concernem à causa – Código Civil (Lei nº 10.406/2002), arts. 1.010, 1.071 e 1.076:

### Seção III

#### Da Administração

Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.

§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

### Seção V

#### Das Deliberações dos Sócios

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III - a destituição dos administradores;

IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

(...)

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas:

- I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;
- II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;
- III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Por seu turno, no contrato social consta a cláusula trigésima:

TRIGÉSIMA - As deliberações que não necessitem do *quorum* previsto na Lei 10.406/02, poderão ser aprovadas por sócios que detenham 3/4 (três quartos) do capital social.  
(Cópia à fl. 54)

Como se vê, no contrato há referência ao *quorum* qualificado, dado que as deliberações só poderão ser tomadas por sócios que detenham três quartos do capital social. Ora, tal significa dizer que sem esse *quorum* as deliberações não poderão ocorrer. A palavra PODERÁ não pode ser considerada como uma faculdade, por quanto em verdade importa em obrigatoriedade. Não há lógica considerar que seria facultativa a adoção desse *quorum*, sob pena de tornar inócua a previsão inserta na cláusula. Assim, já o contrato interdita a destituição do administrador por voto dos sócios que detenham apenas 50% do capital social.

De outra banda, ainda que se entendesse que a cláusula teria sido mal redigida, de modo que para decidir a matéria se impusesse a aplicação exclusiva da lei, e ainda, em pior cenário, que não se aplicasse a Lei das Sociedades Anônimas, porque a natureza jurídica da empresa é de sociedade limitada, se imporia a aplicação do Código Civil, como procedeu a decisão agravada.

Ocorre que o Código Civil, para a destituição de administrador, exige, primeiro, que haja deliberação dos sócios, segundo, que essa deliberação seja adotada pelos sócios que detenham mais da metade do capital social. No caso, entretanto, a deliberação não alcançou mais da metade desse capital.

Ora, quando se exige mais da metade é o *quorum* de mais de 50%, e tal não se confunde com os casos em que é necessária a maioria. Veja-se que a maioria, a propósito, é exigida para as alte-

rações menos significativas, e é por essa razão que para os casos mais relevantes, qual o de destituição de administrador, o código exige a deliberação de sócios que detenham mais da metade do capital social.

Nessa senda, observe-se que só colhe a aplicação do dispositivo que versa o desempate para os casos em que se exige a maioria, jamais naquel'outros em que se faz necessário mais da metade. Note-se que quando a maioria é imprescindível, é possível que haja empate, e daí ser aplicável a regra que considera o maior número de sócios. Doutra banda, nas deliberações em que se exige mais da metade, o empate é impossível.

Dito de outra forma, para o legislador, para a destituição do administrador, é imprescindível que a deliberação seja tomada pelos sócios que possuírem mais da metade do capital social, de modo que não alcançado esse *quorum*, mantém-se o administrador, revelando-se impertinente cogitar-se da norma que versa o desempate, que só é aplicável para a deliberação que exige apenas a maioria de votos dos presentes.

Impõe-se, pois, considerar plausível o direito material deduzido na impetração.

Quanto ao perigo da demora da prestação jurisdicional, sobressai das evidentes consequências no funcionamento da empresa, que decorrem da destituição de administrador, afinal, o arquivamento da deliberação, que desbordou do *quorum* exigido no contrato social e na lei, permitiu que o sócio Ronaldo Fernandes Otoch figurasse doravante nesse papel, em possível prejuízo da impetrante.

Por derradeiro, vale ressaltar que os embargos de declaração interpostos contra a decisão de recebimento do agravo de instrumento restam prejudicados, afinal, o próprio agravo de instrumento agora está sendo julgado e provido. Registre-se, por oportuno, que definida a impertinência da destituição do administrador, resta prejudicado o argumento sobre a existência de temas outros, por quanto prejudicados.

Demais disso, não colhe o pedido de chamamento do feito à ordem, feito pela agravante, para que se reconsidera o despacho

de fl. 377, de modo a determinar a imediata reclusão do recurso na pauta de julgamento, sem a resposta recursal por parte dos litisconsortes passivos. Em verdade, à míngua de prejuízo, não há razão para emprestar guarida ao pleito.

Mercê do exposto, reputo ponderosas as razões da agravante, e dou provimento ao agravo de instrumento, para deferir a tutela de urgência mandamental, suspendendo os efeitos do ato de arquivamento da ata da reunião dos sócios da empresa Espírito Santo Participações Ltda., realizada em 16.09.2013, e julgo prejudicados os embargos de declaração (opostos contra a decisão de recebimento do agravo).

É como voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0802509-  
35.2013.4.05.0000 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO  
DE OLIVEIRA LIMA  
Agravante: UNIÃO FEDERAL  
Agravado: MARCOS VINÍCIUS DA SILVA SANTOS  
Repte. (Pais): MARIA JOSÉ DA SILVA  
Adv./Proc.: DR. DELSON LYRA DA FONSECA

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR OMISSÃO. SUICÍDIO COMETIDO POR DEPRESSÃO. PENSÃO PARA MENOR.**

*- A UNIÃO FEDERAL agrava de instrumento de decisão que, nos autos de ação ordinária, deferira a tutela de urgência para determinar que a União agravante pague ao autor, ora agravado, menor impúbere representado pela avó, uma renda mensal equivalente a 1 (um) salário mínimo, até o julgamento definitivo da demanda, em decorrência da morte de seu genitor, que come-*

*teu suicídio em 2009, apesar de se encontrar, à época, sob proteção da União agravante, no âmbito do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), considerando, assim, o Juízo planicial haver se configurado a responsabilidade objetiva por omissão da própria União.*

*- É que, conforme bem esclarecido pelo Juízo de piso em sua acertada decisão, o genitor da parte autora, ora agravante, SÉLCIO JOSÉ DA SILVA, participava de Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas - PROVITA, sob a tutela da União Federal, viabilizado, inicialmente, no Estado de São Paulo e, posteriormente, no Estado de Alagoas. O motivo para a sua inclusão em tal programa se dá justamente pelo fato de ter sido preso ilegalmente, no ano de 1988, tendo sofrido reiteradas torturas por integrantes da Polícia Civil de Alagoas, durante seu tempo de prisão, vindo a denunciá-los posteriormente, sendo fundamental sua atuação, como vítima, para serem investigadas as atrocidades e, portanto, mais do que justificada sua proteção pelo PROVITA.*

*- Consoante prevê a Lei nº 9.807/99, em seu art. 7º, inciso VII, resta claro que a inclusão de alguma vítima ou testemunha nesse programa deve implicar, por conseguinte, o fornecimento de assistência psicológica e psiquiátrica a quem dela necessite, como no caso do pai do agravado, assumindo o Estado um encargo especial de preservar-lhe a intangibilidade não só física, como também mental, empregando os recursos essenciais para que tal obrigação não falte.*

*- No caso dos autos, inconteste o fato de que o genitor do autor se encontrava em um estado vulnerável, uma vez que, além do desagradável trauma de ter sido vítima de tortura, o que já o*

*fazia merecer uma proteção especial do Estado, também tinha essa situação piorada pela sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), já em estado crônico, conforme declaração médica juntada aos autos.*

*- A par disso, consoante destacado pelo Juízo a quo, forçoso convir que estavam evidentes os indícios de depressão por parte dessa vítima de tortura, facilmente perceptíveis através das cartas endereçadas à sua mãe, por meio das quais praticamente anuncjava o fim trágico que pretendia alcançar: a morte. Some-se a isso, também, o fato de que o PROVITA, por força de seu regulamento, estava encarregado de analisar qualquer correspondência a ser enviada a algum destinatário externo por alguma vítima ou testemunha, primeiramente passando pelo crivo da coordenação respectiva, para somente depois ser efetivamente encaminhada por intermédio de ofício, demonstrando, claramente, que o próprio programa deveria estar a par da tragédia iminente.*

*- Dessa forma, inegável a presença de nexo causal que conecta o fato danoso ocorrido, a morte do genitor, à omissão do Estado, dado que este deve se utilizar de todos os meios necessários para vigiar pela integridade física e mental da testemunha.*

*- Ao fim e ao cabo, ressaltando-se o fato de que o genitor do agravado recebia, antes de seu falecimento, um benefício de prestação continuada, no singelo valor de 1 (um) salário mínimo, justifica-se mais do que aceitável a assistência financeira a ser prestada pela União ao seu filho, por meio de remuneração mensal em equivalente quantia.*

*- Agravo de instrumento improvido.*

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 22 de abril de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator**

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:**

Cuida-se de agravo de instrumento manejado pela UNIÃO FEDERAL contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas que, nos autos de ação ordinária, deferira a tutela de urgência para determinar que a União agravante pague ao autor, ora agravado, MARCOS VINÍCIUS DA SILVA SANTOS, menor impúbere representado pela avó, MARIA JOSÉ DA SILVA, uma renda mensal equivalente a 1 (um) salário mínimo, até o julgamento definitivo da demanda, sob pena de fixação de multa diária, em decorrência da morte de seu genitor, SÉLCIO JOSÉ DA SILVA, após o cometimento de suicídio em 2009, apesar de se encontrar, à época, sob proteção da União agravante, no âmbito do Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), considerando, assim, o Juízo planicial, haver se configurado a responsabilidade objetiva por omissão da própria União. Em suas razões, assevera a agravante, em resumo, que o pleito antecipatório fora deferido, sem prévia oitiva da União Federal, a qual poderia trazer fatos e fundamentos antes mesmo do proferimento da decisão vergastada, mormente quando se considera que o falecimento do genitor do autor, ora agravado, ocorreu em 2009, e desde então este se encontra sob a guarda da avó, há mais de 4 anos, não se podendo presumir que o prejuízo irreparável ou de difícil reparação decorreria do tempo

oportunizado à União ré para exercer sua defesa. Sustenta, ainda, que a decisão hostilizada, acolhendo o pedido antecipatório do autor, se embasara em precedentes jurisprudenciais nos quais fora reconhecida a responsabilidade civil do Estado por ausência de prestação de assistência psicológica ou psiquiátrica a pessoas custodiadas que acabaram se suicidando no âmbito de presídios.

Alega, também, que, não obstante o pai do agravado estivesse inserido em programa de proteção à testemunha de esfera estadual, dos autos se extrai que esse possuía, a seu dispor, assistência psiquiátrica e psicológica, não sendo tal serviço omitido pelos entes estaduais envolvidos (Estados de São Paulo e Alagoas). Infere, a par disso, que se o fato indesejável (suicídio) veio a ocorrer, não se pode presumir a existência de nexo causal que responsabilize o Poder Público, dado que o Estado fornecera o meio a seu alcance, de assistência psicológica e psiquiátrica, sendo evidente que tais ciências não garantem, sempre, o resultado almejado, não se devendo concluir pela responsabilidade estatal quando o serviço fora prestado, ou que houve falha nessa prestação por conta do suicídio. Ademais, está no campo do próprio livre arbítrio do sujeito a decisão sobre os seus atos, não sendo a psicologia ou a psiquiatria quem impedirá qualquer atentado contra a própria vida.

Frisa, por derradeiro, que, a despeito de o valor deferido de 1 (um) salário mínimo mensal parecer quantia ínfima, tal valor impactará no que atine aos recursos do próprio programa de proteção às testemunhas federal, recursos escassos esses, consoante relato da própria Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Não foram apresentadas as contrarrazões pelo agravado.

É o relatório.

## VOTO

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

Considero que não assiste razão à agravante.

É que, conforme bem esclarecido pelo Juízo de piso em sua acertada decisão, o genitor da parte autora, ora agravante, SÉL-

CIO JOSÉ DA SILVA, participava de Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas - PROVITA, sob a tutela da União Federal, viabilizado, inicialmente, no Estado de São Paulo e, posteriormente, no Estado de Alagoas. O motivo para a sua inclusão em tal programa se dá justamente pelo fato de ter sido preso ilegalmente, no ano de 1988, tendo sofrido reiteradas torturas por integrantes da Polícia Civil de Alagoas, durante seu tempo de prisão, vindo a denunciá-los posteriormente, sendo fundamental sua atuação, como vítima, para serem investigadas as atrocidades e, portanto, mais do que justificada sua proteção pelo PROVITA.

Nesse passo, as normas para a organização e a manutenção dos programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas são estabelecidas pela Lei nº 9.807/99, sendo essencial a análise, para o presente caso, do art. 7º desse regulamento, o qual transcrevo a seguir, *in litteris*: (sem grifos no original)

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

**VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;**

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento.

Ora, está claro que a inclusão de alguma vítima ou testemunha a esse programa deve implicar, por conseguinte, no fornecimento de assistência psicológica e psiquiátrica a quem dela necessite, como no caso do pai do agravado, assumindo o Estado um encargo especial de preservar-lhe a intangibilidade não só física, como também mental, empregando os recursos essenciais para que tal obrigação não falte. No caso dos autos, inconteste o fato de que o genitor do autor se encontrava em um estado vulnerável, uma vez que, além do desagradável trauma de ter sido vítima de tortura, o que já o fazia merecer uma proteção especial do Estado, também tinha essa situação piorada pela sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), já em estado crônico, conforme declaração médica juntada aos autos. A par disso, consoante destacado pelo Juízo *a quo*, forçoso convir que estavam evidentes os indícios de depressão por parte dessa vítima de tortura, facilmente perceptíveis através das cartas endereçadas à sua mãe, por meio das quais praticamente anunciaava o fim trágico que pretendia alcançar: a morte. Some-se a isso, também, o fato de que o PROVITA, por força de seu regulamento, estava encarregado de analisar qualquer correspondência a ser enviada a algum destinatário externo por alguma vítima ou testemunha, primeiramente passando pelo crivo da coordenação respectiva, para somente depois ser efetivamente encaminhada por intermédio de ofício, demonstrando, claramente, que o próprio programa deveria estar a par da tragédia iminente. Dessa forma, ineigável a presença de nexo causal que conecta o fato danoso ocorrido, a morte do genitor, à omissão do Estado, dado que este não deve ter se utilizado de todos os meios necessários para vigiar pela integridade física e mental daquele, não colhendo o argumento da agravante de que o pai do autor tinha o livre arbítrio para dar cabo à sua vida, tendo em vista que esta é direito indisponível, devendo a União usar de qualquer artifício para evitar piores consequências. Registre-se que, por se tratar de menor impúbere, presume-se a sua dependência econômica em relação aos seus genitores, e por se tratar de menor órfão tanto do pai quanto da mãe, só dependendo economicamente da avó, merece ser assistido pelo Poder Público. Ao fim e ao cabo, ressaltando-se o fato de que o genitor do agravado recebia, antes de seu falecimento, um benefício de prestação continuada, no singelo valor de 1 (um) sa-

lário mínimo, justifica-se mais do que aceitável a assistência financeira a ser prestada pela União ao seu filho, por meio de remuneração mensal em equivalente quantia.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento da União.

É como voto.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 9.917-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA  
Apelantes: FAZENDA NACIONAL E V. CASTRO & CIA. LTDA.  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. EUGÊNIO DE AQUINO DOS SANTOS E OUTRO

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. AGENTE MARÍTIMO. CIRCUNSTÂNCIA DE FORÇA MAIOR EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 480. DECRETO 91.030/85. SÚMULA 192 DO EX-TFR. INAPLICABILIDADE.***

*- De acordo com o art. 32 do Decreto-Lei 37/66, com a redação conferida pelo Decreto-Lei 2.472/88, tratando-se de fatos geradores ocorridos em fevereiro de 2001, relativos ao imposto de importação, é possível eleger o agente marítimo como responsável tributário quando o transportador da mercadoria importada for estrangeiro. Atribuição de responsabilidade nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 121, e do art. 128, ambos do Código Tributário Nacional.*

*- O enunciado da Súmula 192 do extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual “O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao trans-*

*portador para efeitos do decreto-lei 37, de 1966”, não subsiste para os fatos geradores ocorridos após a edição do referido Decreto-Lei 2.472/88, porquanto tal entendimento foi consolidado quando não havia previsão legal de responsabilidade tributária solidária do representante do transportador de mercadoria estrangeira. Precedente do Superior Tribunal de Justiça julgado sob o rito dos recursos repetitivos e deste Tribunal (REsp 1129430, Min. Luiz Fux, AC 562737/AL, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti).*

*- Ressalte-se que, embora o julgado do STJ acima transscrito tenha destacado, em seu item 16, não estar firmando posição se o agente marítimo é representante do transportador estrangeiro, a jurisprudência pátria vem se mostrando pacífica quanto a este enquadramento desde a época da edição da própria Súmula 192 do extinto Tribunal Federal de Recursos.*

*- A existência de circunstância de força maior que ensejou a avaria dos produtos importados, provada através de Protesto Marítimo ratificado por decisão da 9ª Vara Cível de Fortaleza, é causa de exclusão da responsabilidade do agente marítimo, nos termos do art. 480 do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85).*

*- Não se pode exigir, como pretende a Fazenda Pública, amparando-se no § 2º do referido art. 480, que a ratificação judicial do Protesto Marítimo, para efeito de exclusão da responsabilidade tributária, ocorra antes do término do processo administrativo fiscal.*

*- O contribuinte não pode ser prejudicado pela demora do Poder Judiciário em fornecer-lhe o provimento jurisdicional requerido dentro do prazo legal. Demais disso, a redação vigente do dispositivo que afasta a responsabilidade tributária do agente marítimo não exige mais que as*

*provas excludentes de sua responsabilidade sejam produzidas no curso da vistoria, razão pela qual se permite a aplicação da legislação mais benéfica, nos termos do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional.*

*- Remessa oficial e apelação providas, em parte, para fixar os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Nacional em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).*

## ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela Fazenda Nacional (fls. 150/154) contra sentença (fls. 143/146) que julgou procedente o pedido em ação anulatória de lançamento tributário proposta por V. CASTRO & Cia. Ltda., para afastar a exigibilidade do AI 11131000267/2001-17.

O lançamento tributário reporta-se à importação de mercadoria estrangeira transportadas pelo navio African Coast, que teve parte da carga danificada em razão de forte tempestade. O imposto de importação incidiu sobre as mercadorias avariadas, conforme consta do laudo de vistoria e da notificação de lançamento (fls. 46/52).

O Juízo de Primeira Instância entendeu que o autor é agente marítimo da empresa transportadora da carga, sobre a qual incidiu

a exação, e como tal é isento de responsabilidade tributária de acordo com o enunciado da Súmula 192 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Asseverou, ainda, que o Protesto Marítimo ratificado por decisão da 9ª Vara Cível de Fortaleza provou ter a deterioração da mercadoria importada sido causada por força maior, o que também é causa de exclusão da responsabilidade. A sentença condenou a ré em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, monetariamente corrigido.

Aduz a apelante que a responsabilidade tributária do agente marítimo está amparada nos artigos 32 e 39 do Decreto-Lei 37/1966, bem como no art. 121 do Código Tributário Nacional, e decorre da impossibilidade de obter a satisfação do crédito tributário diretamente do transportador estrangeiro da mercadoria importada. Alega não ter o autor/apelado apresentado provas dos acontecimentos que por força maior ensejaram a exclusão de sua responsabilidade, conforme a previsão do § 2º do art. 480 do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85).

Contrarrazões apresentadas, fls. 158/177.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Discute-se a responsabilidade tributária do agente marítimo pelo imposto de importação incidente sobre a mercadoria que sofreu avaria durante o transporte.

A figura do responsável tributário, sujeito passivo da obrigação, está prevista no inciso II do parágrafo único do art. 121, e no art. 128, ambos do Código Tributário Nacional.

De acordo com os permissivos legais supra, a legislação do imposto de importação – Decreto-Lei 37/66, com a redação conferida pelo Decreto-Lei 2.472/88 e pela MP 2.158-35 – elegeu como responsável o transportador da mercadoria procedente no exterior, mas, em sendo este estrangeiro, subsiste a responsabilidade de seu representante no País, nos seguintes termos:

Art. 32. É responsável pelo imposto: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

(...) *omissis*

Parágrafo único. É responsável solidário: (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

a) o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

b) o representante, no País, do transportador estrangeiro. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Parágrafo único. É responsável solidário: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

(...) *omissis*

II - o representante, no País, do transportador estrangeiro; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

O Juízo de Primeira Instância aplicou o enunciado da Súmula 192 do extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual “*O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei 37, de 1966*”.

De fato, por ocasião da promulgação do referido enunciado, no ano de 1985, não havia previsão legal para que o agente marítimo ostentasse a condição de responsável tributário. Tal responsabilidade tributária solidária exsurge apenas com a edição do Decreto-Lei 2.472/1988, que adicionou o parágrafo único ao citado art. 32, instituindo a responsabilidade solidária do agente marítimo, por ser representante do transportador estrangeiro.

Nesse contexto, considerando que os fatos geradores do imposto de importação ocorreram em fevereiro de 2001, subsiste a responsabilidade tributária do agente marítimo, autor da presente ação anulatória.

O Superior Tribunal de Justiça sufragou este entendimento, no julgamento do REsp nº 1.129.430/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Eis a ementa do referido julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. ARTIGO 32 DO DECRETO-LEI 37/66. FATO GERADOR ANTERIOR AO DECRETO-LEI 2.472/88. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

1. O agente marítimo, no exercício exclusivo de atribuições próprias, no período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88 (que alterou o artigo 32 do Decreto-Lei 37/66), não ostentava a condição de responsável tributário, nem se equiparava ao transportador, para fins de recolhimento do imposto sobre importação, porquanto inexiste previsão legal para tanto.

2. O sujeito passivo da obrigação tributária, que compõe o critério pessoal inserto no consequente da regra matriz de incidência tributária, é a pessoa que juridicamente deve pagar a dívida tributária, seja sua ou de terceiro(s).

3. O artigo 121 do *Codex Tributário*, elenca o contribuinte e o responsável como sujeitos passivos da obrigação tributária principal, assentando a doutrina que: “Qualquer pessoa colocada por lei na qualidade de devedora da prestação tributária, será sujeito passivo, pouco importando o nome que lhe seja atribuído ou a sua situação de contribuinte ou responsável” (Bernardo Ribeiro de Moraes, *in* “Compendio de Direito Tributário”, 2º Volume, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pág. 279).

4. O contribuinte (também denominado, na doutrina, de sujeito passivo direto, devedor direto ou destinatário legal tributário) tem relação causal, direta e pessoal com o pressuposto de fato que origina a obrigação tributária (artigo 121, I, do CTN).

5. O responsável tributário (por alguns chamado sujeito passivo indireto ou devedor indireto), por sua vez, não ostenta vínculo direto e pessoal com o fato jurídico tributário, decorrendo o dever jurídico de previsão legal (artigo 121, II, do CTN).

6. Salvante a hipótese em que a responsabilidade tributária advém de norma primária sancionadora, “o responsável diferencia-se do contribuinte por ser necessariamente um sujeito qualquer (i) que não tenha praticado o evento descrito no fato jurídico tributário; e (ii) que disponha de meios

para ressarcir-se do tributo pago por conta de fato praticado por outrem” (Maria Rita Ferragut, *in* “Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002”, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Noeses, São Paulo, 2009, pág. 34).

7. O imposto sobre a importação, consoante o artigo 22 do CTN, aponta apenas como contribuinte o importador ou quem a lei a ele equiparar (inciso I) ou o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados (inciso II).

8. O diploma legal instituidor do imposto sobre a importação (Decreto-Lei 37/66), nos artigos 31 e 32, na sua redação original, assim dispunham: “Art. 31. É contribuinte do impôsto: I - O importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional II - O arrematante de mercadoria apreendida ou abandonada. Art 32. Para os efeitos do artigo 26, o adquirente da mercadoria responde solidariamente com o vendedor, ou o substitui, pelo pagamento dos tributos e demais gravames devidos.”

9. O transportador da mercadoria estrangeira, à época, sujeitava-se à responsabilidade tributária por infração, nos termos dos artigos 41 e 95 do Decreto-Lei 37/66.

10. O Decreto-Lei 2.472, de 1º de setembro de 1988, alterou os artigos 31 e 32 do Decreto-Lei 37/66, que passaram a dispor que: “Art. 31. É contribuinte do imposto: I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no Território Nacional; II - o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; III - o adquirente de mercadoria entrepostada. Art . 32. É responsável pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno; II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro. Parágrafo único. É responsável solidário: a) o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto; b) o representante, no País, do transportador estrangeiro“. 11. Consequentemente, antes do Decreto-Lei 2.472/88, inexistia hipótese legal expressa de responsabilidade tributária do “representante, no País, do transportador estrangeiro”, contexto legislativo que culminou na edição da Súmula 192/TFR, editada em 19.11.1985, que cristalizou o entendimento de que: “O agente marítimo, quando no exercício exclusivo

das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei 37/66.”

12. A jurisprudência do STJ, com base na Súmula 192/TFR, consolidou a tese de que, ainda que existente termo de compromisso firmado pelo agente marítimo (assumindo encargos outros que não os de sua competência), não se lhe pode atribuir responsabilidade pelos débitos tributários decorrentes da importação, por força do princípio da reserva legal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 904.335/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJe 23.10.2008; REsp 361.324/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2007, DJ 14.08.2007; REsp 223.836/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.04.2005, DJ 05.09.2005; REsp 170.997/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 319.184/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 03.06.2004, DJ 06.09.2004; REsp 90.191/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 21.11.2002, DJ 10.02.2003; REsp 252.457/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2002, DJ 09.09.2002; REsp 410.172/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.04.2002, DJ 29.04.2002; REsp 132.624/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.08.2000, DJ 20.11.2000; e REsp 176.932/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 05.11.1998, DJ 14.12.1998).

13. Sob esse ângulo, forçoso destacar (malgrado a irrelevância no particular), que a empresa destinada ao agenciamento marítimo, não procedeu à assinatura de “nenhuma fiança, nem termo de responsabilidade ou outro qualquer, que venha acarretar qualquer tipo de solidariedade e/ou de responsabilidade com o armador (proprietário do navio), para que seja cobrada por tributos ou outros ônus derivados de falta, acréscimo ou avaria de mercadorias durante o transporte” (assertiva inserta nas contrarrazões ao recurso especial).

**14. No que concerne ao período posterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88, sobreveio hipótese legal de responsabilidade tributária solidária (a qual não com-**

**porta benefício de ordem, à luz inclusive do parágrafo único do artigo 124 do CTN) do “representante, no país, do transportador estrangeiro”.**

15. *In casu*, revela-se incontroverso nos autos que o fato jurídico tributário ensejador da tributação pelo imposto de importação ocorreu em outubro de 1985, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional, que, fundado no princípio da reserva legal, pugnou pela inexistência de responsabilidade tributária do agente marítimo.

16. A discussão acerca do enquadramento ou não da figura do “agente marítimo” como o “representante, no país, do transportador estrangeiro” (à luz da novel dicção do artigo 32, II, b, do Decreto-Lei 37/66) refoge da controvérsia posta nos autos, que se cinge ao período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88.

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

(REsp 1129430, Min. Luiz Fux, 1º Seção, DJe 14/12/2010, grifos nossos)

No mesmo sentido também já decidiu este eg. Tribunal, conforme o seguinte acórdão:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGENTE MARÍTIMO. AUTO DE INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI Nº 2.472/88. ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA.**

1. A autora alega que, por ser agência marítima e por não ter qualquer relação com o fato gerador, não pode figurar como responsável tributário solidário em relação à empresa estrangeira, até porque não é representante do transportador estrangeiro.

2. “O Decreto-Lei 2.472/88, contudo, alterou o artigo 32 do Decreto-Lei 37/66, instituindo hipótese (legal) de responsabilidade tributária solidária do representante do transportador estrangeiro no País”.

3. “(..) No que concerne ao período posterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88, sobreveio hipótese legal de responsabilidade tributária solidária (a qual não comporta benefício de ordem, à luz inclusive do parágrafo único do artigo 124 do CTN) do representante, no país, do transportador estrangeiro”. Excerto da ementa do REsp nº 1129430 SP

2009/0142434-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/11/2010, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2010.

4. “Os agentes marítimos são pessoas físicas ou jurídicas cuja atribuição é administrar os interesses dos armadores e proprietários de navios, nos vários portos em que operam, provendo todas as diligências no sentido de desembalar os despachos (e as cargas), realizando em seu nome os contratos de fretamento para o transporte das mercadorias destinadas a outros portos e embarcadas nos navios ou embarcações da empresa que representa (definição de PLÁCIDO E SILVA)”.

5. “Violaria os princípios básicos da Justiça e do interesse público, bem como o interesse do comércio marítimo, o fato de admitir que o transportador ou armador estrangeiro pudesse adquirir direitos contra terceiros, por interposta pessoa, e, no entanto, pudesse desaparecer quando da execução das obrigações contraídas, constrangendo os prejudicados a dirigirem-se ao seu foro pessoal, no exterior”.

6. “(...) a Súmula 192/TFR (DJ 27/11/1985), como bem dito no voto do eminentíssimo Ministro Luiz Fux (no REsp 1129430/SP, transcrito), não tem aplicação aos fatos ocorridos após a vigência do Decreto-Lei 2.472/88, já que o art. 32, parágrafo único, II, do Decreto-Lei 37/66, impõe a responsabilidade solidária do agente marítimo, na condição de representante do transportador estrangeiro”.

7. Recurso de apelação improvido.

(AC 562737/AL, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, 1<sup>a</sup> Turma, DJ 04/10/2013)

Ressalte-se que embora o julgado do STJ acima transscrito tenha destacado, em seu item 16, não estar firmando posição se o agente marítimo é representante do transportador estrangeiro, a jurisprudência pátria vem se mostrando pacífica quanto a este enquadramento desde a época da edição da Súmula 192 do extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme demonstram os seguintes julgados, sem grifos nos originais:

TRIBUTÁRIO. AGENTE MARÍTIMO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. TRANSPORTADOR. **O AGENTE MARÍTIMO PODE SER CITADO COMO REPRESENTANTE DO TRASPORTADOR ESTRANGEIRO, MAS NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO TRIBUTARIAMENTE EM LU-**

GAR DESSE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, PARAANULAR O AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO CONTRA O AGENTE E NÃO CONTRA O TRASPORTADOR.

(AC 53060, Relator Ministro Sebastião Reis, TFR, DJ 06/08/81)

ADMINISTRATIVO. EMBARCAÇÕES DE PORTOS. MULTA DE INFRAÇÃO SANITÁRIA. AGÊNCIA MARÍTIMA. OBJETO DO CONTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE PARA IMPUTAÇÃO. POSSIBILIDADE DO DEPÓSITO EM JUÍZO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

(...)

4. Da leitura da cláusula 2<sup>a</sup> do Contrato Social, verifica-se que o objeto social da apelada afasta o nexo de causalidade entre as atuações do agente marítimo (limitado à intermediação dos interesses dos contratantes) e os ilícitos apurados nas infrações sanitárias, ou seja, não dá causa à infração, como exige, expressamente, o art. 3º da Lei 6.437/77, pois a apelada se constitui apenas como representante comercial dos negócios da empresa transportadora, não podendo ser responsável pelos atos ou omissões praticados por esta.

(...)

(APELREEX 200151010151621, Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 28/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. VAZAMENTO DE ÓLEO DE NAVIO INTERNACIONAL. LEGITIMIDADE DO AGENTE MARÍTIMO. LEI Nº 9.966/00. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. EXISTÊNCIA DE DANO. DERRAMAMENTO DE 10 LITROS DE ÓLEO. INSIGNIFICÂNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I - Conquanto não traga a questão como matéria preliminar, diz a ré, Fertimport S/A, que não pode ser responsabilizada pelo vazamento de óleo do navio "Samos Sky", de bandeira liberiana. Acontece que o agente marítimo, como representante da empresa armadora estrangeira na localidade, torna-se responsável pelos danos ambientais decorrentes do vazamento de óleo, nos termos do artigo 25, § 1º, I, da Lei nº 9.966/00. Precedente: TRF 3<sup>a</sup>

Região, AC nº 02054726819984036104, 6ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 19.04.2012, e-DJF3 26.04.2012.

(...).

(AC 00046439520034036104, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/11/2013)

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO DECENAL PARA OS FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. TRF 2, SÚMULA Nº 52. PIS E CO-FINS. SERVIÇOS PRESTADOS A PESSOAS RESIDENTES NO EXTERIOR. ISENÇÃO PREVISTA NA MP Nº 1856 – IMUNIDADE. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DE ESPÉCIES DISTINTAS (ART. 74 DA LEI 9.430/95 - MP Nº 66 E LEI Nº 10.637/2002). APLICAÇÃO DO ART. 170-ADO CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.

(...).

**7. Os agentes marítimos são, de fato, considerados representantes dos armadores estrangeiros, contratados para atuar como intermediários entre estes e a praça onde vão atracar.**

(...).

(REO 200550010052701, Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 23/08/2012 - Página: 360/361.)

ADMINISTRATIVO. AGENTE MARÍTIMO. INFRAÇÃO SANITÁRIA. RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA.

1. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada.
2. A atribuição de responsabilidade por infração da legislação a terceiros é hipótese excepcional e só se justifica diante de previsão legal expressa.

**3. O agente marítimo é representante do armador e responsabiliza-se pelas obrigações assumidas em seu nome.** Entretanto, tal responsabilidade limita-se ao âmbito comercial, não se justificando sua extensão a infrações à legislação tributária ou administrativa.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 200283000124299, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJ - Data: 18/10/2004 - Página: 837 - Nº: 200.)

Observa-se, no entanto, que a responsabilidade tributária do agente marítimo pode ser excluída em caso de avaria da mercadoria importada, caso comprovado que o dano decorreu de caso fortuito ou força maior, conforme a previsão do art. 480 do Regulamento Aduaneiro (Decreto 91.030/85), vigente à época da autuação, nos seguintes termos:

Art. 480. Ao indicado como responsável cabe a prova do caso fortuito ou força maior que possa excluir sua responsabilidade.

§ 1º Para os fins deste artigo, e no que respeita ao transportador, os protestos formados a bordo de navio ou de aeronave somente produzirão efeitos se ratificados pela autoridade judiciária competente.

§ 2º As provas excludentes de responsabilidade poderão ser produzidas por qualquer interessado, no curso da vistoria.

No presente caso, a existência de circunstância de força maior que ensejou a avaria dos produtos importados foi provada através de Protesto Marítimo ratificado por decisão da 9ª Vara Cível de Fortaleza, o que é causa de exclusão da responsabilidade, conforme o dispositivo supra.

Não subsiste o argumento da Fazenda Pública de que a prova referida no § 2º supra teria que ser produzida por ocasião da vistoria aduaneira e antes do término do procedimento administrativo-fiscal. Primeiro porque, necessitando o Protesto Marítimo de ratificação judicial para sua validade, é curial que o contribuinte não pode ser prejudicado pela demora do Poder Judiciário em fornecer-lhe o provimento jurisdicional requerido.

Na presente hipótese, foi ajuizada Ação de Ratificação de Protesto Marítimo em 16 de janeiro de 2001 (fl. 26), antes, portanto, da realização da vistoria (fls. 42/45) e do início do procedimento administrativo fiscal (fls. 50/52), enquanto a sentença ratificando o protesto somente foi prolatada em agosto de 2001.

Demais disso, na redação atual do dispositivo supra, agora insculpida no art. 664 e seu parágrafo único do Decreto 6.759/2009, com a redação conferida pelo Decreto 8.010/2013, não se exige mais que as provas excludentes da responsabilidade sejam pro-

duzidas no curso da vistoria, razão pela qual se permite a aplicação da legislação mais benéfica, nos termos do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, devem ser fixados de acordo com as disposições do § 4º do art. 20 do CPC<sup>1</sup>, mediante apreciação equitativa do juiz, considerando como fatores objetivos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Tendo sido atribuído à causa o valor de R\$ 55.459,48, em julho de 2002, considero excessivo o arbitramento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, monetariamente atualizado.

Nesses termos, fixo o valor a ser pago pela Fazenda Nacional a título de honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), vez que compatível com as peculiaridades da presente demanda e com a profissão de advogado.

Diante do exposto, dou provimento, em parte, à remessa oficial e à apelação para fixar os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Nacional em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

---

<sup>1</sup> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.543-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OU-  
RÉM CAMPOS (CONVOCADO)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelado: MUNICÍPIO DE OLINDA (PE)

Advs./Procs.: DRS. PEDRO JORGE SANTANA PEREIRA E OU-  
TROS (APTE.) E MARCELO TENÓRIO CARDOSO  
(APDO.)

### ***EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICENÇA DE HA- BITAR. RENOVAÇÃO. IMPOSIÇÃO DO MUNICÍ- PIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO. DE- SARRAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA.***

- *Hipótese em que a CEF, na qualidade de proprietária de um conjunto residencial construído com recursos do PAR, insurge-se contra a cobrança da taxa de renovação de “habite-se”, após o decurso do prazo de cinco anos da expedição do primeiro alvará, imposta pelo Município de Olinda-PE, com base em sua Lei Orgânica.*
- *O Alvará de “habite-se” é o ato administrativo emanado de autoridade competente através do qual se autoriza o início da utilização efetiva de construções ou edificações destinadas à habitação. Assim sendo, uma vez concedido pela Administração, significa dizer que, sobre o imóvel ou empreendimento novo ou reformado, inexiste qualquer óbice para o exercício do direito de uso e de ocupação por parte do proprietário ou do inquilino, haja vista que foram cumpridas todas as exigências da lei.*
- *Nesta linha de raciocínio, é de concluir-se que a Licença de “habite-se” só pode ser exigida pela Administração Municipal, no exercício de seu poder de polícia, quando o imóvel tenha acabado de ser construído, ou quando ele tiver sido reformado. Afora tais circunstâncias, mostra-se totalmente desmotivada e dezarrazoada a exi-*

*gência de renovação da mencionada licença, ainda que prevista no Código de Obras do Município.*

*- O afastamento da exigência feita pelo Município-réu não importa na negação do exercício do seu poder de polícia, pois ele poderá, a qualquer tempo, após a concessão da licença de habitar, fiscalizar as mesmas edificações, a fim de verificar a existência de possíveis defeitos de construção supervenientes, que possam por em risco a integridade dos seus moradores, o que irá legitimar a intervenção física, com a interdição e a determinação de desocupação do imóvel porventura avariado, revogando, ainda, o Alvará de “habite-se”, anteriormente concedido.*

*- Não se pode conceber que a Administração exija do administrado o cumprimento de um dever que, inclusive, lhe é oneroso, quando, na verdade, trata-se de uma obrigação que a ela compete, ou seja, a de fiscalizar a higidez e as condições de habitação dos imóveis existentes em seu território.*

*- Por outro lado, não se deve confundir o “habite-se” com a “licença de localização e funcionamento”, pois aquele é condição para a concessão desta, que, por sua vez, se destina à legalização da localização e funcionamento de qualquer estabelecimento comercial, industrial, de prestação de serviços de qualquer natureza, bem como àqueles destinados ao exercício de atividade decorrente da profissão ou não. Daí, ser plenamente admissível a exigência de renovação periódica da “licença de localização e funcionamento”, de modo que a Administração, no exercício do seu poder de polícia, possa aferir se, naquele local indicado pelo ocupante do imóvel, a atividade por ele exercida não se mostra prejudicial à saúde, segurança, ao silêncio e ao bem-estar público.*

- *Não se aplicam, portanto, ao caso concreto, os precedentes do STJ, que se referem à “licença de localização e funcionamento”.*
- *Não havendo o Município-reu apresentado qualquer motivação para a exigência imposta à autora/apelante, deve o ente público se abster de exigir da autora/apelante a renovação do Alvará de “habite-se” do Conjunto Residencial Novo Horizonte, como também não pratique qualquer ato impeditivo ao uso e à ocupação das respectivas unidades habitacionais, em decorrência da não renovação da mencionada “licença de habitar” por parte da ora recorrente.*
- *Com a inversão do ônus da sucumbência, responde o réu/apelado pelo pagamento dos honorários advocatícios em favor da autora/apelante, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.*
- *Apelação e remessa oficial providas.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar 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, 4 de Junho de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS - Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Convocado):

Cuida-se de apelação e de remessa oficial contra sentença (fls. 138/139) que julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Entendeu o julgador singular que inexistia qualquer ilegalidade que pudesse obstaculizar a incidência de taxa de renovação de “habite-se” cobrada pelo Município réu, pois a esse é dada a competência para atuar como fiscalizador dos empreendimentos imobiliários, destinados à atividade comercial, industrial ou residencial, existentes dentro de sua circunscrição territorial. Reportou-se, inclusive, aos precedentes do STJ para embasar a sua sentença.

Inconformada, alega a CEF, em suas razões recursais, que o Conjunto Residencial Novo Horizonte, a que se refere o Município réu, é de propriedade do FAR - Fundo de Arrendamento Residencial e foi construído com recursos do PAR, do qual é ela, ora apelante, agente operador, nos termos da Lei nº 10.188/2001. Aduz, que a conclusão do mencionado empreendimento foi atestada pelo próprio Município de Olinda-PE, através do Alvará de habite-se nº 044/2002, desde 29.07.2002, o qual foi devidamente averbado junto ao Cartório de Imóveis competente, de modo que a individualização das unidades habitacionais foi ultimada, conforme documento já anexado aos autos. Insiste em afirmar que o mencionado Alvará de Habite-se não é passível de renovação, pois tem por finalidade atestar a conclusão da obra de acordo com o projeto inicialmente aprovado pelo ente público, conforme os termos da legislação pertinente para fins de ocupação e utilização. Por fim, alega que não está questionando o exercício do poder de polícia do município apelado, nem tampouco a cobrança de taxa de renovação de licença de localização de imóveis, como pretende transparecer a sentença recorrida (fls. 142/147)

Contrarrazões apresentadas, às fls. 152/160.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Relator Convocado):

Como se depreende do relatório, a sentença impugnada entendeu ser plenamente possível a determinação imposta pelo município réu, consubstanciada na exigência de que a autora/apelante providenciasse a renovação do “habite-se” de empreendimento imobiliário a ela pertencente, tendo em vista o decurso do prazo de

cinco anos após o primeiro *Alvará de Habite-se*. A questionada determinação decorreria do poder de polícia do ente público municipal e estaria amparada pelo previsto na Lei Orgânica do Município de Olinda (PE).

Em suas razões de apelação, todavia, insiste a Caixa Econômica Federal em alegar que, nesta demanda, não visa a questionar o exercício do poder de polícia do Município apelado, em relação aos imóveis localizados em sua área territorial, nem, tampouco, pretende questionar a cobrança da taxa de renovação de licença de localização de imóveis, como entendeu o julgador singular. Em verdade, a sua pretensão busca o afastamento da exigência imposta pelo Município apelado, uma vez que o “habite-se” não seria passível de renovação.

Com efeito, define-se o “**habite-se**” como sendo o ato administrativo emanado de autoridade competente que autoriza o início da utilização efetiva de construções ou edificações destinadas à habitação.

Para a concessão do mencionado documento (Alvará de habite-se), faz-se necessário que o imóvel ou empreendimento tenha sido construído ou reformado de acordo com as exigências previstas na legislação do local, especialmente no Código de Obras do respectivo município, e que esteja de conformidade com os projetos de arquitetura e de engenharia previamente aprovados pela prefeitura.

Assim sendo, uma vez concedido o “Alvará de habite-se” pela Administração, significa dizer que, sobre o imóvel ou empreendimento novo ou reformado, inexiste qualquer óbice para o exercício do direito de uso e de ocupação por parte do proprietário ou do inquilino, haja vista que foram cumpridas todas as exigências da lei.

Vale ainda salientar, que a concessão do referida “Licença de Habitar” (habite-se) importa em custo financeiro para o administrado, que, além da apresentação da documentação exigida, é obrigado ao pagamento de uma taxa prevista na Legislação Tributária do Município.

Nesta linha de raciocínio, é de concluir-se que a “Licença de habite-se” só pode ser exigida pela Administração Municipal, no

exercício de seu poder de polícia, quando se verificar uma das hipóteses anteriormente mencionadas com o imóvel ou empreendimento, quais sejam: quando o imóvel tenha acabado de ser construído, ou quando ele tiver sido reformado. Afora tais circunstâncias, mostra-se totalmente demotivada e desarrazoada a exigência feita pelo ente público competente, ainda que prevista no Código de Obras do Município (Lei Complementar nº 013/2002).<sup>1</sup>

Ademais, não se pode olvidar que, em caso de não atendimento da exigência de renovação do “habite-se”, as consequências previstas no mencionado Código de Obras do Município se apresentam ainda mais desarrazoadas, pois, sem se embasar em qualquer razão plausível do ponto de vista da segurança e da preservação da integridade dos administrados, afrontam o direito constitucional de habitação.<sup>2</sup>

Essa conclusão, todavia, não importa na negação do exercício do poder de polícia do ente municipal, pois ele poderá, a qualquer tempo, após a concessão da *licença de habitar*, fiscalizar as mesmas edificações, a fim de verificar a existência de possíveis defeitos de construção supervenientes, que possam por em risco a integridade dos seus moradores, o que irá legitimar a intervenção física, com a interdição e a determinação de desocupação do imóvel porventura avariado, revogando, ainda, o *Alvará de habite-se*, anteriormente concedido.

O que não se pode conceber é que a Administração exija do administrado o cumprimento de um dever que, na verdade, diz respeito à uma obrigação que a ela compete, ou seja, a de fiscalizar a higidez e as condições de habitação dos imóveis existentes em seu território, constituindo-se tal imposição, inclusive, em ônus para os seus proprietários.

---

<sup>1</sup> Art. 185. A licença de habitar deverá ser renovada após 5 (cinco) anos de sua expedição, para edificações multifamiliares, edificações não residenciais com mais de 1000 m<sup>2</sup> (mil metros quadrados) e edificações públicas.

<sup>2</sup> Art. 186. A não renovação da licença de habitar, acarretará na interdição da edificação pela Prefeitura, imediata desocupação do imóvel pelos moradores e cancelamento dos alvarás de localização e funcionamento dos estabelecimentos.

Sendo essa a hipótese dos autos, merece guarida a irresignação da autora/apelante, consubstanciada na alegação de que se apresenta totalmente desarrazoada a exigência imposta pelo Município de Olinda-PE, no sentido de que seja por ela requerida a renovação do “habite-se” do Conjunto Residencial Novo Horizonte, situado naquele município, construído com recursos do FAR - Fundo de Arrendamento Residencial, por ela gerido, conforme disposto na Lei nº 10.188/2001, sem que tenha havido qualquer motivação (defeitos estruturais e/ou decorrentes da má conservação do imóvel) a justificar a questionada exigência.

Por outro lado, não se deve confundir o “habite-se” com a “Licença de Localização e Funcionamento”, pois aquele é condição para a concessão desta, que, por sua vez, se destina à legalização da localização e do funcionamento de qualquer estabelecimento comercial, industrial, de prestação de serviços de qualquer natureza, bem como para o exercício de atividade decorrente da profissão ou não. Daí, ser plenamente admissível a exigência de renovação periódica da “licença de localização e funcionamento”, de modo que a Administração, no exercício do seu poder de polícia, possa aferir se, naquele local indicado pelo ocupante do imóvel, a atividade por ele exercida não se mostra prejudicial à saúde, segurança, ao silêncio e ao bem-estar público.

Aliás, compulsando-se a Lei Complementar nº 013/2002, que instituiu o Código de Obras do Município de Olinda, colacionada às fls. 32/95, verifica-se, no seu art. 167 e seguintes, que a “licença de habitar” (habite-se) e a “licença de localização e funcionamento” são atos administrativos bem diferentes.<sup>3</sup>

Destarte, os precedentes jurisprudenciais do STJ invocados, tanto pelo município apelado como pelo julgador monocrático, não se aplicam ao caso destes autos.

---

<sup>3</sup> Art. 167 Os alvarás de licença ficam classificados nos seguintes tipos:

- I - licença de localização e funcionamento;**
- II - licença de construção;
- III - licença de habitar (habite-se);**
- IV - licença de demolir;
- V - licença de legalização;
- VI - licença de parcelamento. (Grifos atuais)

Não havendo o Município réu apresentado qualquer motivação para a exigência imposta à autora/apelante, determino que ele se abstenha de exigir da autora/apelante a renovação do “Alvará de habite-se” do Conjunto Residencial Novo Horizonte, como também não pratique qualquer ato impeditivo ao uso e a ocupação das respectivas unidades habitacionais, em decorrência da não renovação da mencionada licença por parte da ora recorrente.

Reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido da autora, é de ser revertido o ônus da sucumbência, devendo o réu arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, que ora são fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Com estas considerações, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.907-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA  
Apelante: UNIÃO  
Apelado: LOUIS LUC JOSEF PLASKIE  
Adv./Proc.: DR. MARCELO SÁVIO FLORÊNCIO DE CARVALHO  
(APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. INIMIZADE MANIFESTA. SUSPEIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE VISTO PERMANENTE A ESTRANGEIRO EM RAZÃO DO CASAMENTO COM BRASILEIRA. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE OBSERVOU A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.**

- *Remessa oficial e de apelação em face de sentença que julgou procedentes os pedidos de reconhecimento da existência do casamento do autor e de anulação da decisão a que chegou a*

*Administração no Processo Administrativo nº 08270.002617/2002-61, possibilitando-se a análise da conveniência da concessão do visto permanente pela autoridade competente, ao argumento de que i) o casamento formal, realizado na Bélgica, não foi contestado pela Polícia Federal; ii) ficou comprovado, quando da instrução probatória, que o autor e a sua esposa, Sra. Sueli, voltaram a conviver como marido e mulher, apesar da separação de fato, portanto, ainda que o ato administrativo tenha respeitado todas as exigências previstas na legislação de regência, não há como manter a conclusão a que chegou a Administração, sob pena de prestigiar a legalidade em detrimento da união familiar.*

*- Inicialmente, em relação ao agravo retido oral interposto pela União, deve-se manter inalterada a decisão de indeferimento da oitiva da testemunha Serge Tringalle, posto que comprovada a inimizade capital desta com o apelado (art. 405, § 3º, III, do CPC), através dos relatos de extorsão e ameaça.*

*- No caso, há indícios de que o casamento entre o apelado e a Sra. Sueli, o qual foi realizado na Bélgica, efetivou-se exclusivamente com o objetivo de regularizar a situação do estrangeiro, mediante a concessão de visto permanente, por quanto: i) não há provas da existência da relação afetiva/conjugal em data anterior e posterior ao casamento, o autor limitou-se a apresentar tradução juramentada da certidão de casamento e algumas poucas fotos, que, ao que parece, foram tiradas na época do casamento; ii) apesar de alegar, em sua petição inicial, que apenas em 2002 ingressou no Brasil com a finalidade de se estabelecer, verifica-se, na verdade, que, desde de 1997 – ingresso com visto de turista –, o apelado já havia arrendado/adquirido “um terreno*

*urbano, situado no lugar Águas Belas, do distrito de Caponga, deste Município de Cascavel-CE, sobre o qual encontra-se encravado um prédio comercial com características de hotel, com dois pavimentos”, conforme escritura pública de arrendamento com pacto de compra e venda, e já era sócio da empresa COMBBEX - Comercial Belgica Brasil de Exportação e Importação Ltda. (fl. 100), CNPJ 02.180.869/0001-90 (inclusão/constituição em 21/10/1997).*

*- Destaque-se que, logo após o referido ingresso em 2002, por ocasião das declarações prestadas junto ao Ministério Público do Ceará em 2003, o apelado já apresentava outra como sua esposa – Fabiana Kelly da Silva –, tendo esta, inclusivamente, participado, na qualidade de sócia, juntamente com aquele, das empresas Água Viva Empreendimentos Turísticos Ltda., CNPJ 07.782.024/0001-99 (constituição/inclusão em 11/01/2006), e Jeanger Indústria e Comércio de Confecções do Vestuário Ltda. EPP, CNPJ 07.919.887/0001-65 (constituição/inclusão em 30/03/2006). É preciso destacar que esta relação amorosa, apesar de incontroversa nos autos, foi negada por diversas oportunidades pelo apelado, como na declaração prestada na Polícia Federal em 14/11/2006.*

*- Verifica-se ainda algumas contradições encontradas nos depoimentos do apelado e da Sra. Sueli, o que reforça a tese de que o casamento foi simulado, pois, enquanto esta afirma que “em 2002, veio para o Brasil, juntamente com o autor, no mesmo voo, diretamente para Fortaleza” e que “se separou de fato do autor em 2004 para 2005”, aquele afirma que ingressou no Brasil, pela cidade de Recife/PE, e que a separação de fato ocorreu no ano de 2003.*

*- Ademais, mesmo restasse superado o entendimento retro, há de se ter como comprovada ape-*

*nas a separação de fato entre o apelado e a Sra. Sueli a partir de 2003, não se podendo concluir que, ao final do ano de 2006, voltaram a conviver como marido e mulher, pela simples alegação destes em seus depoimentos, desacompanhada de qualquer prova. Além do mais, não se apresenta crível que o marido, que retornou a conviver com sua esposa, não consiga fornecer nenhum dado concreto do paradeiro desta, conforme se observa no Termo de Declaração e diligências realizadas pela Polícia Federal nos meses de novembro e dezembro de 2006.*

*- Assim, não merece qualquer censura a decisão administrativa de indeferimento do visto permanente ao apelado, posto que, quando efetuadas as diligências pela Polícia Federal, ficou devidamente comprovada, ao menos, a separação de fato por mais de três anos.*

*- Agravo retido improvido. Apelação e remessa oficial providas.*

## ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial e negar provimento ao agravo retido, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de remessa oficial e de apelação (fls. 357/364) interposta pela União contra sentença (fls. 332/341) que julgou proce-

dentos os pedidos de reconhecimento da existência do casamento do autor e de anulação da decisão a que chegou a Administração no Processo Administrativo nº 08270.002617/2002-61 – não preenchimento dos requisitos do art. 75, II, a, da Lei 6.815/80<sup>1</sup> –, possibilitando-se a análise da conveniência da concessão do visto permanente pela autoridade competente. Na sentença, foi deferido o pedido de antecipação de tutela, para garantir a presença do autor no território nacional, ressalvada a ocorrência de fatos outros não discutidos nesta ação, até o trânsito em julgado deste feito.

O Juízo de origem entendeu que: a) o casamento formal, realizado na Bélgica e comprovado pela documentação de fls. 13/22, não foi contestado pela Polícia Federal; b) ficou comprovado, quando da instrução probatória, que o autor e a sua esposa, Sra. Sueli, voltaram a conviver como marido e mulher, apesar da separação de fato, por cerca de um ano, em razão do relacionamento daquele com a Sra. Fabiana, portanto, ainda que o ato administrativo tenha respeitado todas as exigências previstas na legislação de regência, não há como manter a conclusão a que chegou a Administração, sob pena de prestigiar a legalidade em detrimento da união familiar.

Por fim, considerou que “se estavam casados “de direito” na época das diligências da Polícia Federal e, após essas diligências e até hoje, estão “de fato e de direito” casados, impede desconstituir, em homenagem à especial proteção que o Estado deve prestar à família que, em juízo de proporcionalidade, deve prevalecer sobre o princípio da legalidade, a conclusão no sentido de que o autor mentiu ao afirmar que era casado com uma brasileira”.

Em suas razões recursais, a União requer, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido oral, para que seja anulada a sen-

---

<sup>1</sup> Art. 75. Não se procederá à expulsão: (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

(...)

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

tença, por entender que não restou demonstrada a inimizade pessoal entre o apelado e a testemunha SERGE TRINGALLE.

No mérito, pugna pela reforma da sentença, alegando, em síntese, que: a) o Departamento da Polícia Federal concluiu que o apelado não mantém, efetivamente, qualquer relação de casamento com a brasileira indicada no processo como cônjuge, não cumprindo, portanto, o disposto na Resolução Normativa nº 36/99, do Conselho Nacional de Imigração; b) não deve ser nulificada a decisão administrativa, eis que pautada na realidade dos fatos e na aplicação do direito, já que ficou comprovado, através das testemunhas, que o casamento do apelado foi de “fachada”; c) o próprio apelado assevera que sua esposa é Fabiana Kelly da Silva, consoante Termo de Declaração prestado perante a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará (fls. 80/85); d) o apelado teve todas as oportunidades de comprovar o casamento com a Sra. Suely, entretanto, em nenhum momento levou esta à Polícia Federal para prestar declarações ou informou qualquer endereço que possibilitasse a localização dela pelos agentes policiais; e) além das fotos do casamento, o apelado não juntou mais nenhuma foto que comprovasse a convivência e o compartilhamento da vida conjugal.

Contrarrazões apresentadas (fls. 370/380).

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Inicialmente, em relação ao agravo retido oral interposto pela União, deve-se manter inalterada a decisão de indeferimento da oitiva da testemunha Serge Tringalle, posto que comprovada a inimizade capital desta com o apelado (art. 405, § 3º, III, do CPC), através dos relatos de extorsão e ameaça constantes nos termos de declaração de fls. 78/79 e 80/85. Agravo retido improvido.

O visto temporário ou permanente concedido ao estrangeiro em razão do casamento com cidadão brasileiro tem por objetivo a

tutela da unidade familiar, encontrando fundamento legal na Lei 6.815/80 e na Resolução nº 36<sup>2</sup>, de 28/09/1999, do Conselho Nacional de Imigração, portanto deve ser comprovado que essa entidade familiar não se formou apenas para legitimar uma possível situação irregular no País ou ainda que, mesmo diante de um casamento legítimo, não haja divórcio ou separação, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos, por aplicação analógica do art. 75, II, a, da Lei 6.815/80.

No caso, há indícios de que o casamento entre o apelado e a Sra. Sueli, o qual foi realizado na Bélgica, efetivou-se exclusivamente com o objetivo de regularizar a situação do estrangeiro, mediante a concessão de visto permanente, porquanto: i) não há provas da existência da relação afetiva/conjugal em data anterior e posterior ao casamento, o autor limitou-se a apresentar tradução juramentada da certidão de casamento (fls. 13/23) e algumas poucas fotos (fls. 27/29), que, ao que parece, foram tiradas na época do casamento; ii) apesar de alegar, em sua petição inicial, que apenas em 2002 ingressou no Brasil com a finalidade de se estabelecer, verifica-se, na verdade, que, desde 1997 – ingresso com visto de turista –, o apelado já havia arrendado/adquirido “*um terreno urbano, situado no lugar Águas Belas, do distrito de Caponga, deste Município de Cascavel-CE, sobre o qual encontra-se encravado um prédio comercial com características de hotel, com dois pavimentos*”, conforme escritura pública de arrendamento com pacto de compra e venda (fl. 41), já era sócio da empresa COMB-BEX - Comercial Belgica Brasil de Exportação e Importação Ltda. (fl. 100), CNPJ 02.180.869/0001-90 (inclusão/constituição em 21/10/1997).

---

<sup>2</sup> Art. 1º - O Ministério das Relações Exteriores poderá conceder visto temporário ou permanente, a título de reunião familiar, aos dependentes legais de cidadão brasileiro ou de estrangeiro residente temporário ou permanente no País, maior de 21 anos.

(...)

Art. 2º - Para o efeito do disposto nesta Resolução, consideram-se dependentes legais:

(...)

IV - cônjuge de cidadão brasileiro; e

Destaque-se que, logo após o referido ingresso em 2002, por ocasião das declarações prestadas junto ao Ministério Público do Ceará (fls. 80/85) em 2003, o apelado já apresentava outra como sua esposa – Fabiana Kelly da Silva –, tendo esta, inclusive, participado, na qualidade de sócia, juntamente com aquele, das seguintes empresas: Agua Viva Empreendimentos Turisticos Ltda. (fl. 101), CNPJ 07.782.024/0001-99 (constituição/inclusão em 11/01/2006), e Jeanger Indústria e Comércio de Confecções do Vestuário Ltda. EPP (fl. 102), CNPJ 07.919.887/0001-65 (constituição/inclusão em 30/03/2006). É preciso destacar que esta relação amorosa, apesar de incontroversa nos autos, foi negada por diversas oportunidades pelo apelado, como na declaração prestada na Polícia Federal em 14/11/2006 (fls. 104/105).

Verifica-se ainda algumas contradições encontradas nos depoimentos do apelado e da Sra. Sueli, o que reforça a tese de que o casamento foi simulado, pois, enquanto esta afirma que “em 2002, veio para o Brasil, juntamente com o autor, no mesmo voo, diretamente para Fortaleza” e que “se separou de fato do autor em 2004 para 2005”, aquele afirma que ingressou no Brasil, pela cidade de Recife/PE, e que a separação de fato ocorreu no ano de 2003.

Ademais, mesmo restasse superado o entendimento retro, há de se ter como comprovada apenas a separação de fato entre o apelado e a Sra. Sueli a partir de 2003, não se podendo concluir que, ao final do ano de 2006, voltaram a conviver como marido e mulher, pela simples alegação destes em seus depoimentos, desacompanhada de qualquer prova. Além do mais, não se apresenta crível que o marido, que retornou a conviver com sua esposa, não consiga fornecer nenhum dado concreto do paradeiro desta, conforme se observa no Termo de Declaração e diligências realizadas pela Polícia Federal nos meses de novembro e dezembro de 2006 (fls. 104/107).

Assim, não merece qualquer censura a decisão administrativa de indeferimento do visto permanente ao apelado, posto que, quando efetuadas as diligências pela Polícia Federal, ficou devidamente comprovada, ao menos, a separação de fato por mais de três anos.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.997-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelantes: TIAGO PEREIRA BATISTA E UNIÃO  
Apelados: OS MESMOS  
Adv./Proc.: DR. UILTON PEIXOTO DE CARVALHO SILVA

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. REQUERIMENTO DE LICENCIAMENTO INVÁLIDO POR FALTA DE PLENAS FACULDADES MENTAIS. NULIDADE DO ATO DE DESINCORPORAÇÃO. DECRETO Nº 2.040/96. PORTARIA Nº 325/2000 (IG 10-02). REINTEGRAÇÃO. PERCEPÇÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES AO PERÍODO DE DESLIGAMENTO INDEVIDO. NÃO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.**

*- Militar que foi transferido de Campina Grande/PB para Osasco/SP. Requereu, junto ao Exército, diversas vezes, para não ser transferido e para ser realocado em Estado da região, tendo sempre indeferimento como resposta.*

*- Passou, então, a desenvolver sérios problemas psiquiátricos, não por conta do serviço militar, mas sim por força do local para o qual foi transferido, como se vê tanto por laudos médicos produzidos pelo Exército quanto por laudo pericial produzido em Juízo.*

*- Manifestação de vontade do autor em ser desligado do Exército se deu cinco dias depois de laudo médico, por parte do Exército, atestar a necessidade de “internação em regime fechado”*

*por “falha do tratamento ambulatorial”. O fato de posterior laudo médico atestar a plena capacidade do autor - malgrado o expert nomeado pelo Juízo (fls. 87/89 e 110/111) asseverar quase impossível recuperação de quadro tão severo em tal período pequeníssimo de tempo - não afasta a invalidade patente do documento. Nulo, então, o ato de licenciamento. Devida, assim, a reintegração.*

*- Pelo Decreto nº 2.040/96 e pela Portaria nº 325/2000 (IG 10-02), não se pode olvidar que o objetivo do Exército é aumentar sua eficiência e promover a qualidade pessoal dos militares, bem como evitar inconveniências na adequação do militar em relação à sede na qual é lotado. Devida reintegração em Organização Militar que respeite tais preceitos, considerado também que “a movimentação de subtenentes e sargentos deve assegurar-lhes vivência profissional de âmbito regional” (art. 28 do Decreto nº 2.040/96).*

*- Pagamento dos valores atrasados desde o ato de desincorporação (Precedente: Des. Fed. Edílson Nobre, Quarta Turma, Julg.: 23/10/2012, Pub.: DJe 25/10/2012 - Página 600) e cômputo do tempo de indevido afastamento para os fins de direito (Precedente: REsp 550.089/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg.: 16/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 410).*

*- Não restando demonstrado que a ré praticou qualquer ato ilícito, reputa-se incabível a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais ao autor. (Precedente: 000982598 20124058300, APELREEX29088/PE, Rel: Des. Fed. Marcelo Navarro, Terceira Turma, Julg.: 14/11/2013, Pub.: DJe 21/11/2013 - Página 247).*

*- Juros de mora a partir da citação válida, Súmula nº 204-STJ, tendo em vista o julgamento do REsp nº 1270439, relator Ministro CASTRO MEIRA, em 26/06/2013, Primeira Seção, sob os aus-*

*pícos do artigo 543-C, que decidiu que a declaração de constitucionalidade, por arrastamento do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4357 não alcançou os juros.*

- *Correção nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Processo: 200380000111450, AC362284/AL, Rel.: Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Terceira Turma, Julg.: 05/12/2013, Pub.: DJe 10/12/2013 - Página 94).*
- *Sucumbência recíproca (art. 21 do Código de Processo Civil).*
- *Remessa oficial não provida. Apelação da União não provida. Apelo do particular parcialmente provido.*

## ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se ação de rito ordinário proposta por militar licenciado a fim de, a um: ser declarado inválido o requerimento de licenciamento e nulo o ato que desligou o autor das fileiras do Exército, com sua consequente reintegração, incluindo-se, então, a percepção dos valores e benefícios referentes ao período de licenciamento indevido; a dois: que a reintegração se dê no 31º Batalhão de Infantaria Motorizada, em Campina Grande/PB, inclusive com acompanhamento médico, para que se façam avaliações do estado de

saúde do demandante, com fito de averiguar-se o cabimento – ou não – de reforma; a três: condenação da União ao pagamento de indenização por danos morais.

O MM. Juiz da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para declarar inválido o requerimento de licenciamento e nulo o ato de desligamento, determinando a reintegração do autor em local a juízo da Administração.

Apelação por parte do autor (fls. 132/145), pugnando pela procedência do restante do pedido.

Contrarrazões pela União (fls. 162/174)

Apelação interposta pela União (fls. 148/158), pedindo improcedência total do pedido.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

O caso em análise versa sobre problemas advindos da movimentação do militar. Em retrospectiva, veja-se: o autor ingressou no Exército em 02/02/1998, como sargento, iniciando o Serviço Militar em Campina Grande/PB. Em 2010 foi transferido para São Paulo. Em 11/02/2010 teve pedido seu de reconsideração ao ato de transferência indeferido (fl. 16). Em abril de 2010 houve efetiva transferência para Osasco/SP. Em 04/08/2010, houve requerimento da Prefeitura de Boa Vista/PB para que o militar fosse transferido de Osasco/SP para tal Município, no intuito de ocupar o cargo de Coordenador da Defesa Civil Municipal (fl. 18). O indeferimento, por parte do Exército, foi motivado por falta de conveniência da Força Armada (fl. 20). Em 11/01/2011, o autor requereu, junto ao Exército, Licença para Tratar de Interesse Particular (LTIP), em caráter excepcional, ante o estado de saúde delicado de sua esposa. Tal pedido foi indeferido por falta de amparo legal (fl. 21).

Note-se que, em paralelo a tais acontecimentos, o militar foi atestado, por Inspeção de Saúde a 24/03/2011, como “Incapaz temporariamente para o serviço do Exército”, por conta de estado de estresse pós-traumático (fl. 24).

Em 18/03/2011, requereu transferência por interesse próprio para o Comando Militar do Nordeste. Tal pedido foi indeferido com base no Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças do Exército (fl. 24).

À fl. 26 vê-se laudo médico, produzido pelo Exército, em 27/05/2011, recomendando “internação em regime fechado” por conta de “esgotamento de recursos terapêuticos”. Claro é que o autor sofria, em tal momento, de severo transtorno de cunho psíquico. Porém, em 31/05/2011, o militar faz requerimento de licenciamento, com base no art. 121, I, da Lei nº 6.880/80 (fl. 27). Pouco tempo depois – em 02/06/2011 –, o mesmo médico, no mesmo hospital, declarou o autor “apto para as atividades civis e militares”.

Observe-se que o Ministério Público Militar põe em dúvida a capacidade cognitiva do demandante em relação a atos praticados no período de tratamento médico por força de distúrbio psiquiátrico (fl. 32).

Pelo lado pericial (fls. 87/89) e por sua complementação (fls. 110/111), produzido com equidistância em relação às partes, conclui-se que não há condições de ter o autor se recuperado tão abruptamente em relação aos laudos médicos do Exército às fls. 26 e 28. Também depreende-se que a mudança de cidade estava intimamente ligada aos transtornos do demandante, e não ao serviço militar.

Da legislação, vejamos o Decreto nº 2.040/96, o qual aprova o Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças do Exército:

Art. 13. A movimentação tem por objetivos:

I - permitir a matrícula em escolas, cursos e estágios;  
II - permitir a oportuna aplicação de conhecimentos e experiências adquiridos em cursos ou cargos desempenhados no País ou no exterior;

**III - possibilitar o exercício de cargos compatíveis com o grau hierárquico, a apreciação de seu desempenho e a aquisição de experiência em diferentes situações;**

**IV - desenvolver potencialidades, tendências e capacidades, de forma a permitir maior rendimento pessoal e aumento da eficiência do Exército;**

**V - atender à necessidade de afastar o militar de OM ou localidade em que sua permanência seja julgada incompatível ou inconveniente;**

VI - atender à solicitação de órgãos da administração pública estranhos ao Ministério do Exército, se considerada de interesse nacional;

VII - atender às disposições constantes de leis e de outros regulamentos;

**VIII - atender aos problemas de saúde do militar ou do seus dependentes;**

IX - atender, respeitada a conveniência do serviço, aos interesses próprios do militar.

(...)

Art. 16. A movimentação, para atender aos problemas de saúde do militar ou de seus dependentes, poderá ser realizada a requerimento do interessado ao órgão movimentador, seguindo os canais de comando, e considerado o interesse do serviço.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, consideram-se dependentes os definidos na legislação vigente.

§ 2º O processamento do requerimento, da inspeção de saúde e a elaboração de pareceres serão regulados por legislação específica.

§ 3º Caberá ao órgão movimentador decidir se a movimentação deve ser por interesse próprio ou por necessidade do serviço.

Art. 17. Constituem, também, motivos de movimentação do militar, independente de prazo de permanência na OM ou guarnição:

I - incompatibilidade hierárquica;

II - conveniência da disciplina;

III - inconveniência da permanência do militar na OM, na guarnição ou no cargo, devidamente comprovada e assim considerada pelo órgão movimentador. (GRIFEI)

Observe-se, agora, o dito pela Portaria nº 325/2000, a qual aprova as Instruções Gerais para Movimentação de Oficiais e Praças do Exército (IG 10-02):

Art. 51. O prazo mínimo de permanência, para fins de movimentação é de três anos na sede.

§ 1º O disposto no *caput* não se aplica nas movimenta-

ções das guarnições especiais, bem como nas movimentações *ex officio* para atender interesse do Exército.  
§ 2º As situações específicas serão reguladas pelo DGP.  
(...)

Art. 57. As Instruções Reguladoras de movimentação devem seguir as seguintes premissas básicas:

- I - atender, prioritariamente, aos interesses do Exército e, quando possível, conciliá-los com os do militar;
- II - priorizar a ocupação dos cargos que exijam habilitação específica ou especial, reduzindo a movimentação de seus ocupantes às que forem imprescindíveis, conforme as necessidades da carreira;
- III - realizar a movimentação de modo a permitir aliar o emprego adequado dos recursos humanos à operacionalidade do Exército;**
- IV - buscar economia de recursos sem prejudicar a eficiência operacional;**
- V - empregar os recursos da informática no controle e na execução das movimentações;
- VI - reduzir as movimentações ao mínimo necessário, sem prejudicar a operacionalidade da Força e o plano de carreira;
- VII - evitar as movimentações de sargento não aperfeiçoado e de tenentes;
- VIII - manter os capitães e subtenentes em Corpo de Tropa;
- IX - aplicar o conceito de vivência profissional de âmbito nacional, particularmente, aos oficiais de carreira possuidores do CAEM; e
- X - buscar a regionalização nas movimentações dos graduados.

Pois bem, agora o Código Civil (Lei nº 10.406/2002):

Art. 3º **São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:**

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.**

(...)

**Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:**

- I - agente capaz;**
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Tais preceitos do Código Civil apontam que, para o ordenamento jurídico brasileiro, a posse de plenas faculdades mentais é requisito necessário à atribuição de efeitos jurídicos a certa manifestação de vontade por parte do indivíduo. “(...) Claro está que vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato”. (MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18<sup>a</sup> ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 367)

Interpretando-se tal panorama em conjunto com o acervo probatório dos autos, impõe-se verificar que a manifestação de vontade do autor em ser desligado do Exército (em 31/05/2011, à fl. 27) se deu cinco dias depois de laudo médico (em 27/05/2011, à fl. 26) atestar a necessidade de “internação em regime fechado” por “falha do tratamento ambulatorial. O fato de posterior laudo médico (em 02/06/2011, fl. 28) atestar a plena capacidade do autor – malgrado o *expert* nomeado pelo Juízo (fls. 87/89 e 110/111) asseverar que quase impossível recuperação de quadro tão severo em tal período pequeníssimo de tempo – não afasta a invalidade patente do documento. Nulo, então, o licenciamento. Devida, assim, a reintegração.

Agora se observe a questão do lugar em que deve ser reintegrado. Está bem claro, pelo visto da legislação, que à Administração não é de maneira alguma proveitoso manter um militar em uma Organização Militar sediada em uma cidade que produz efeitos demasiadamente nocivos à sua pessoa, como é o caso dos autos. Nestes termos, não razoável que o militar seja reintegrado e passe pelas mesmas penúrias que deram ensejo a esta demanda judicial, tampouco pode o Judiciário determinar previamente os conteúdos dos atos administrativos sob o crivo de um mérito que não lhe pertence.

Pelo Decreto nº 2.040/96, o qual aprova o Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças do Exército e pela Portaria nº 325/2000, a qual aprova as Instruções Gerais para Movimentação de Oficiais e Praças do Exército (IG 10-02), não se pode olvi-

dar que o objetivo do Exército é aumentar sua eficiência e promover a qualidade pessoal dos militares, bem como evitar inconveniências na adequação do militar em relação à sede na qual é lotado.

Portanto, o autor deve ser reintegrado e lotado em Organização Militar que respeite os preceitos supramencionados, observando-se também a condição específica do militar em questão, vez que tais imperativos são próprios da legislação administrativa que regula o processo de transferência como um todo.

A isto se some o próprio Decreto nº 2.040/96, o qual aprova o Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças do Exército, ao prescrever:

**Art. 28. A movimentação de subtenentes e sargentos deve assegurar-lhes vivência profissional de âmbito regional**, considerada em termos territoriais de Comando Militar de Área.

O autor é sargento. Portanto, deve ser observada a vivência profissional no âmbito regional quando de sua devida reintegração.

Veja-se que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, as justificações genéricas da Administração para movimentação de militar não fazem contraposição suficiente a alegações bem estruturadas e fundamentadas em sentido contrário:

**MANDADO DE SEGURANÇA. SARGENTO DO EXÉRCITO. MOVIMENTAÇÃO. INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. MOTIVAÇÃO INSATISFATÓRIA. ELEMENTOS DOS AUTOS E INFORMAÇÕES FAVORÁVEIS AO DEFERIMENTO DA ORDEM.**

- Ao Poder Judiciário, na sua atividade jurisdicional, não cabe ingressar no reexame do juízo de conveniência, oportunidade e discricionariedade da administração pública, aí incluída a administração militar em relação ao controle das movimentações dos servidores públicos militares.

- Hipótese em que, entretanto, **o ato coator está assentado em motivação genérica – “interesse da administração militar” –, que não satisfaz, no presente caso, o requisito da motivação e que, por isso, não**

**tem força suficiente para se contrapor às informações prestadas pela própria administração militar, nos autos do processo administrativo, as quais convergem no sentido de se anular o ato de movimentação do servidor militar por absoluta necessidade do serviço.**

- Mandado de segurança concedido.

(MS 15.334/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2011, DJe 05/08/2011) (GRIFEI)

Em paralelo, jurisprudência deste Tribunal Regional vai ao sentido de privilegiar a saúde e a estabilidade familiar do militar em detrimento da transferência, quando há devida comprovação do alegado:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. MOVIMENTAÇÃO DE OFÍCIO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. CÔNJUGE ENFERMA. DECRETO Nº 2040/96. REQUISITOS ATENDIDOS. PRECEDENTES DESTA TURMA. COMPROVAÇÃO DA GRAVIDADE NA DOENÇA DO CÔNJUGE DO MILITAR E DA NECESSIDADE DA PERMANÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO MILITAR DE ORIGEM.

1. Agravo retido interposto pela União contra decisão que concedeu a tutela antecipada, julgado conjuntamente, por ter seus fundamentos idênticos às suas razões de apelação.

2. O cerne da presente questão é o reconhecimento ou não da anulação de ato administrativo que ensejou a movimentação de ofício de militar da ativa para a Organização Militar da cidade do Rio de Janeiro/RJ, para que seja garantido o direito do postulante de permanecer trabalhando junto à OM de origem, na cidade de Maceió/AL, em decorrência de problemas de saúde enfrentados por seu cônjuge.

3. Comprovação por meio de provas inequívocas que a movimentação do militar para a cidade do Rio de Janeiro/RJ agravaría consideravelmente o quadro de enfermidade de seu cônjuge. Prescrições médicas, laudos médicos, documentos produzidos pela própria administração militar, através de inspeções de saúde e perícia médica judicial que atestam sérios problemas psiquiátricos.

4. Insta esclarecer que a movimentação por necessidade do serviço público constitui peculiaridade da carreira mili-

tar e decorre da prevalência do atendimento do interesse público sobre o privado. Em tais casos, a remoção em razão de saúde de dependente deve estar condicionada aos requisitos exigidos em lei (Decreto nº 2.040/96 - Regulamento para Movimentação do Exército), o que restou demonstrado. A situação do autor se harmoniza com os arts. 1º, 2º e 13.

**5. Parecer do médico do Exército, demonstrando ser imprescindível para o tratamento adequado da paciente a proximidade familiar no acompanhamento do seu tratamento, que está sendo realizado em Maceió/AL, na tentativa de reorganizar o suporte social da paciente. Conclusões da médica-perita psiquiatra, no sentido de que “qualquer mudança de domicílio desestabiliza o quadro psiquiátrico apresentado”.**

**6. Existindo previsão legal para que não ocorra a remoção de militar por motivo de saúde e, ainda, tendo restado provada, nos autos, a enfermidade que acometeu o cônjuge do requerente, portadora de transtorno mental, há que se reconhecer o direito do autor de anulação do Ato Administrativo que determinou sua movimentação para a OM na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com a permanência na Organização Militar de Origem em Maceió/AL. Precedentes desta Turma.**

7. Agravo retido e apelação da União improvidos e apelação do autor provida.

(PROCESSO: 00035509720114058000, AC554688/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 30/04/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 02/05/2013 - Página: 350)

Em relação ao recebimento de valores correspondentes ao período em que permaneceu indevidamente desincorporado, é assente na jurisprudência desta eg. Corte que são devidos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. REFORMA. ART. 106, II, DA LEI 6.880/80. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA A ATIVIDADE CASTRENSE. ATO DE DESINCORPORAÇÃO. INVALIDAÇÃO. REMUNERAÇÃO COM BASE NO SOLDO DO POSTO ANTERIORMENTE OCUPADO. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL E DO TRIBUNAL DA CIDADANIA. APELAÇÃO PROVIDA.

I - A controvérsia nos presentes autos cinge-se ao suposto direito do autor, VAGNER DOS SANTOS BATISTA, a ser reformado *ex officio*, em virtude de enfermidade eclodida durante a prestação do serviço militar, desconstituindo-se o ato de desincorporação.

II - Consta dos autos que o demandante ingressou nas Forças Armadas para prestação de Serviço Militar Obrigatório em 03/03/2005, tendo seu tempo de serviço prorrogado, sucessivamente, entre 03/03/2006 e 24/05/2010, quando inspeção médica constatou sua incapacidade definitiva para a atividade castrense. O perito médico nomeado pelo juízo *a quo* esclareceu (fls. 95/97) que o ex-militar sofre de hipertensão arterial essencial primária (CID I10), apresentando picos de hipertensão severa durante atividades físicas, o que corrobora os resultados da inspeção de saúde levada a cabo pela Administração Militar.

III - “O militar que, por motivo de doença ou acidente em serviço, tornou-se definitivamente incapacitado para o serviço faz jus à reforma, sendo desnecessária a existência do nexo causal entre a moléstia incapacitante e a prestação do serviço; basta, para tanto, que a enfermidade se manifeste durante o período de prestação do serviço militar”. (STJ, AgRg no REsp 1211656/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 04/02/2011)

IV - “Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que ao militar temporário cabe a reforma *ex officio* por incapacidade definitiva unicamente para as atividades castrenses, mesmo que não comprovado o nexo de causalidade a ponto de ser caracterizada a moléstia como funcional. Precedentes.” (STJ, AgRg no Ag 1305054/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010)

V - Nesse contexto, forçoso concluir que o autor, padecendo de enfermidade, a qual, eclodida durante a prestação do serviço militar, tornou-o incapaz, definitivamente, para a atividade castrense, enquadra-se na hipótese descrita no artigo 106, inciso II, c/c art. 108, inciso VI, da Lei nº 6.880/80, fazendo jus, portanto, à reforma *ex officio* pretendida.

**VI - Apelação do autor provida para reconhecer seu direito à reforma *ex officio*, com proventos equivalentes à remuneração do posto que ocupava na ativa, e ao pagamento dos valores atrasados desde o**

**ato de desincorporação.** Condenação da UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafos 3º e 4º, da Lei Adjetiva Civil.

(PROCESSO: 00017086420114058200, AC547632/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 23/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 25/10/2012 - Página 600) (GRIFEI)

A jurisprudência do eg. STJ assevera a contagem do tempo de afastamento para os devidos fins legais:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. LICENCIAMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. REEXAME DOS MOTIVOS. SÚMULA 7/STJ.

**CÔMPUTO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO.**

- Ausência de omissão a inquinar de nulidade o arresto recorrido.
- Conquanto discricionário, o ato de licenciamento do militar temporário vincula-se aos seus motivos, acaso expostos, em razão da consagrada teoria dos motivos determinantes. Reexame que é obstado pelo enunciado da súmula 7/STJ.
- **Anulado o ato de licenciamento, a reintegração do militar retroage à época do desligamento.**
- Precedentes.
- Recurso desprovido.

(REsp 550.089/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 410) (GRIFEI)

Quanto à indenização por danos morais: não é devida, haja vista não ter sido provado ilícito por parte da Administração. Neste sentido vai o entendimento deste Regional:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REINTEGRAÇÃO COMO ADIDO PELO PERÍODO NECESSÁRIO À CONCLUSÃO DE TRATAMENTO MÉDICO DE MOLESTIA SURGIDA QUANDO EM ATIVIDADE. ANULAÇÃO DA DESINCORPORAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA.

1. O militar temporário ou de carreira, em se tratando de debilidade física acometida, não pode ser licenciado, fa-

zendo jus o servidor militar à reintegração aos quadros militares para tratamento médico-hospitalar adequado.

2. Das informações prestadas, observa-se que o laudo médico elaborado pela perícia foi conclusivo em confirmar que a doença do autor o incapacita somente temporariamente, e não totalmente, para as atividades militares e/ou civis. Assim, não evidenciada a invalidez ou a incapacidade definitiva para as atividades castrenses, o caso não é de reforma.

**3. Não restando demonstrado que a ré praticou qualquer ato ilícito, reputa-se incabível a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais ao autor.**

4. Apesar de o STF ter declarado a constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, por meio da ADIN 4357-DF, em 07.03.2013, de relatoria do Ministro AYRES BRITO, mantenho os juros de mora conforme estabelecido na sentença, ante a impossibilidade de *reformatio in pejus* e de julgamento *ultra petita*.

5. Apelação e agravo retido parcialmente providos somente no tocante a não ser devida indenização por danos morais. (PROCESSO: 00098259820124058300, APELREEX 29088/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 14/11/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 21/11/2013 - Página 247) (GRIFEI)

*In casu*, somente deve-se dar, a um: reintegração do militar, atendendo o critério de vivência profissional de âmbito regional (art. 28 do Decreto nº 2.040/96), tanto por ser imperativo legal, quanto por ter se provado nociva a transferência do autor para Osasco/SP (laudo pericial às fls. 87/89 e 110/111); a dois: recebimento dos valores correspondentes ao período em que esteve indevidamente desligado das Forças Armadas.

Sucumbência recíproca, vez que cada polo processual foi de proporcional maneira vencido e vencedor (art. 21 do Código de Processo Civil).

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

Tendo em vista o julgamento do REsp nº1270439, sob os auspícios do artigo 543-C, que decidiu que a declaração de inconsitu-

cionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4357 não alcançou os juros, estes devem ser calculados com base nos índices da caderneta de poupança:

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

(...)

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

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

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

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

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

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

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

**18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.**

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

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

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

(REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013) (GRIFEI)

Deve-se a correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Assim entende esta Terceira Turma:

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

1. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 não teria atingido os juros de mora, que permanecem sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança (REsp 1270439).

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

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

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

(PROCESSO: 200380000111450, AC362284/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 05/12/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 10/12/2013 - Página 94) (GRIFEI)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e ao apelo da União. Dou parcial provimento à apelação do particular apenas para determinar o pagamento dos valores correspondentes ao período em que esteve indevidamente desligado, computando tal decurso de tempo para os fins de direito.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL N° 539.248-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-LIANO  
Apelante: PROMAC DIESEL LTDA. E OUTROS  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. MANUEL LUÍS DA ROCHA NETO E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INTERPRETAÇÃO DO STF CONFERIDA AO ART. 35 DA LEI 7.713/88. ILEGALIDADE DA RETENÇÃO NA FONTE PARA AS SOCIEDADES ANÔNIMAS. PREVISÃO CONTRATUAL DAS SOCIEDADES POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 43 DO CTN. ART. 170-A DO CTN. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

- *Como a ação foi ajuizada em data anterior à vigência da LC 118/2005 (em 09/02/1996), incide a antiga tese dos “cinco anos mais cinco”, que vigorava para os tributos cujo lançamento era realizado através de homologação, perfazendo o prazo de prescrição decenal.*
- *Pedido de repetição dos valores recolhidos a título de Imposto de Renda, no período de 1989 a 1992. Prescrição afastada.*
- *O Pretório Excelso ao analisar o art. 35 da Lei nº 7.713/88, declarou a constitucionalidade da expressão “o acionista” e a constitucionalidade da expressão “o titular da empresa individual” ali contida. Quanto às palavras “o sócio cotista”, o Tribunal declarou sua constitucionalidade, salvo quando, segundo o contrato social, não dependa de assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a*

*de distribuição (RE 172.058-1 - Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1995, DJ 13-10-1995 PP-34282 EMENT VOL-01804-08 PP-01530 RTJ VOL-00161-03 PP-01043).*

*- Desta forma, conferiu tratamento distinto segundo a caracterização da disponibilidade econômica e/ou jurídica do lucro líquido: para os acionistas, a incidência foi considerada constitucional; para o titular da empresa individual, a incidência foi considerada legítima; já para os sócios cotistas, a incidência foi considerada legítima apenas se o contrato social efetuasse previsão de distribuição imediata de lucros, caso contrário, a incidência da exação seria constitucional tendo em vista a inocorrência do fato gerador do tributo.*

*- Na presente hipótese, as autoras são Sociedade por Cotas de Responsabilidade Ltda. e Sociedade Anônima.*

*- No caso da Sociedade Anônima Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios, segundo as regras insculpidas na Lei nº 6.404/76, não ocorre a distribuição imediata dos lucros porquanto cabe à assembleia geral deliberar sobre a destinação do lucro líquido em cada exercício (art. 132). Desta forma, não se pode cogitar da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional.*

*- No caso da apelada Promac Diesel Ltda., que é uma Sociedade por Cotas de Responsabilidade Ltda., verifica-se da leitura de seu contrato social (cláusula décima segunda e parágrafo único) que a regra geral é a da distribuição automática dos lucros. O parágrafo único previu situação que excepciona tal regra, no caso de a maioria dos sócios deliberar para conferir outra destinação aos lucros, no atendimento dos interesses da sociedade.*

- *Conclui-se que foi correta a incidência do Imposto de Renda na Fonte, tendo em vista a existência da previsão da distribuição automática dos lucros. Inteligência do art. 43 do CTN, que dispõe que o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda.*
- *Deve ser afastado o art. 170-A do CTN, que veda a compensação antes do trânsito em julgado da sentença, uma vez que a ação foi ajuizada antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 104/01.*
- *Incidência dos expurgos inflacionários na atualização do indébito, uma vez que a questão já se encontra pacificada em seara de Recurso Repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, que decidiu que “na repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada segundo os índices indicados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/CJF, de 02.07.2007, do Conselho da Justiça Federal, a saber: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/86; (b) a OTN de março/86 a dezembro/88; (c) pelo IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989, e março/1990 a fevereiro/1991; (d) o INPC de março a novembro/1991; (e) o IPCA – série especial – em dezembro/1991; (f) a UFIR de janeiro/1992 a dezembro/1995; (g) a Taxa SELIC, a partir de janeiro/1996” (EREESP 912.359/MG, 1ª Seção, DJ de 03.12.07).*
- *Apelação da Fazenda Nacional provida em parte para julgar improcedente o pedido da autora Promac Diesel Ltda., devendo essa empresa arcar com os ônus sucumbenciais e os honorários advocatícios na importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em favor da Fazenda Nacional. Apelação da Promac Diesel Ltda. prejudicada.*

**- Provimento da apelação da Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios para afastar aplicação do art. 170-A do CTN, e determinar a inclusão dos expurgos inflacionários na atualização monetária do indébito tributário. Honorários advocatícios fixados em seu favor na importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento em parte à apelação da Fazenda Nacional, julgar prejudicada a Apelação da Promac Diesel Ltda. e dar provimento à apelação da Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator**

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações interpostas em face de sentença que julgou procedente a ação ordinária ajuizada com o fito de obter a restituição das importâncias relativas ao Imposto de Renda que foi retido na fonte sobre os valores do lucro líquido que não foram distribuídos automaticamente aos acionistas, nos moldes da declaração de constitucionalidade de parte do art. 35 da Lei nº 7.713/88.

A Promac Diesel Ltda. e outros apelou insurgindo-se contra a aplicação do art. 170-A do CTN e a falta de exclusão dos expurgos inflacionários na atualização monetária do indébito (fls. 773/781). As contrarrazões foram apresentadas às fls. 797/800.

A Fazenda Nacional apelou arguindo, em síntese, a prescrição do direito de ação, a ausência de direito à restituição da autora Promac Diesel Ltda., tendo em vista a previsão em seu contrato social de distribuição automática de lucros e a redução dos honorários advocatícios. Sem contrarrazões, malgrado a intimação certificada à fl. 811v.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APLICIANO (Relator):

O plenário do Supremo Tribunal Federal - STF concluiu, na data de 04/08/2011, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, sob os auspícios da Repercussão Geral, tendo, na oportunidade, ratificado a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que determinava a aplicação retroativa do art. 3º do mesmo diploma legal.

Entretanto, em relação ao marco temporal definidor da aplicação do novo regime legislativo (prazo prescricional de cinco anos, em face do art. 3º da LC 118/2005), o Pretório Excelso considerou válida a sua incidência apenas para as ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 09/06/2005.

Desta forma, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em data anterior à vigência da referida LC 118/05 (09/02/1996), cumpre observar os regramentos que vigoravam no período antecedente.

Antes do advento da Lei Complementar nº 118/05 vigorava a tese de que para os tributos cujos lançamentos eram realizados através de homologação – a maioria dos tributos, é bom deixar registrado –, o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito era de 05 (cinco) anos, contados da homologação, que, se tácita, somente ocorreria após 05 (cinco) anos a partir do fato gerador, perfazendo o total de 10 (dez) anos de prazo de prescrição do direito de ação.

Esse é o raciocínio jurídico que deve prevalecer para o caso ora analisado, que diz respeito a verbas recolhidas a título de Imposto de Renda, no período de **1989 a 1992**.

Assim, não há o que se falar em prescrição do direito de ação.

A constitucionalidade da retenção na fonte do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido foi apreciada pelo Pretório Excelso da seguinte maneira:

**RE 172.058-1:**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. LIMITES.

Alicerçado o extraordinário na alínea *b* do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal – de guarda maior da Carta Política da República. TRIBUTO. RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE. PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe “a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” – alínea *a* do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988. **IMPOSTO DE RENDA. RETENÇÃO NA FONTE. SÓCIO COTISTA.** A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior. **IMPOSTO**

**DE RENDA. RETENÇÃO NA FONTE. ACIONISTA.** O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade “desconto na fonte”, relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76. **IMPOSTO DE RENDA. RETENÇÃO NA FONTE. TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL.** O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao Imposto de Renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONHECIMENTO. JULGAMENTO DA CAUSA.** A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgara a causa aplicando o direito à espécie (Verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele insertas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, às soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito.  
(Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1995, DJ13-10-1995 PP-34282 EMENT VOL-01804-08 PP-01530 RTJ VOL-00161-03 PP-01043) - Desquei.

Observe-se que para cada tipo de distribuição de lucros foi dado um tratamento distinto, segundo a caracterização da disponibilidade econômica e/ou jurídica do lucro líquido.

Para os acionistas, a incidência foi considerada inconstitucional; para o titular da empresa individual, a incidência foi considera-

da legítima; já para os sócios cotistas, a incidência foi considerada legítima apenas se o contrato social efetuasse previsão de distribuição imediata de lucros, caso contrário, a incidência da exação seria constitucional tendo em vista a inocorrência do fato gerador do tributo.

Vemos que no caso concreto as autoras são Sociedade por Cotas de Responsabilidade Ltda. e Sociedade Anônima.

No caso da Sociedade Anônima Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios, segundo as regras insculpidas na Lei nº 6.404/76, não ocorre a distribuição imediata dos lucros porquanto cabe à assembleia geral deliberar sobre a destinação do lucro líquido em cada exercício (art. 132). Desta forma, não se pode cogitar da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional.

Assim, pode-se concluir que se houve recolhimento na fonte de Imposto de Renda sobre o lucro líquido relativo aos acionistas, a incidência foi ilegal.

No caso da apelada Promac Diesel Ltda., que é uma Sociedade por Cotas de Responsabilidade Ltda., há de se analisar a previsão contida no contrato social da empresa quanto à forma de distribuição dos lucros no final do exercício social.

Isso porque se o contrato social prevê a distribuição imediata do lucro líquido aos sócios quotistas, o Imposto de Renda deve ser retido na fonte, vez que, nessa hipótese, incide o artigo 43 do CTN, que dispõe que o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda.

Realizo a transcrição da cláusula décima segunda do contrato Social da apelante (fls. 23/24), para uma melhor análise da matéria:

**Décima Segunda:** O exercício social será encerrado em 31 de dezembro de cada ano, data em que será levantado balanço patrimonial e os lucros ou prejuízos apurados, serão distribuídos ou suportados pelos sócios, na proporção de suas cotas de capital.

**Parágrafo Único:** A critério da maioria dos sócios e no atendimento dos interesses da própria sociedade, o total

ou parte dos lucros poderão ser destinados à formação de Reserva de Lucros, no critério estabelecido pela Lei 6.404/76, ou, então, permanecer em Lucros Acumulados para futura destinação.

Da leitura da cláusula adrede transcrita pode-se inferir que a regra geral, na hipótese concreta, é a da distribuição automática dos lucros, porém, o parágrafo único veio a prever situação que excepciona a referida previsão contratual, no caso de a maioria dos sócios deliberar para conferir outra destinação aos lucros, no atendimento dos interesses da sociedade.

Nesse passo, pode-se concluir que foi correta a incidência do Imposto de Renda na Fonte, não havendo o que se falar em restituição de indébito para a Promac Diesel Ltda.

Assiste razão, portanto à Fazenda Nacional, no sentido que a sentença merece ser reformada quanto a esse aspecto, uma vez que tornou regra aquilo que era exceção no contrato social da Promac Diesel Ltda.

Noutro passo, assiste razão à empresa no que tange à ilegalidade da submissão da sentença ao art. 170-A do CTN, tendo em vista que por ocasião da propositura da demanda (em 09/02/1996), o referido dispositivo legal ainda não se encontrava em vigor, uma vez que apenas foi introduzido no ordenamento jurídico tributário com o advento da Lei Complementar nº 104, no ano de 2001.

Igualmente merece provimento o pleito de incidência dos expurgos inflacionários na atualização do indébito, uma vez que a questão já se encontra pacificada em seara de Recurso Repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, que decidiu que “*na repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada segundo os índices indicados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/CJF, de 02.07.2007, do Conselho da Justiça Federal, a saber: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/86; (b) a OTN de março/86 a dezembro/88; (c) pelo IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989 e março/1990 a fevereiro/1991; (d) o INPC de março a novembro/1991; (e) o IPCA - série especial - em dezembro/1991; (f) a UFIR de janeiro/1992 a dezembro/1995; (g) a Taxa SELIC a partir de janeiro/1996*”(EREESP 912.359/MG, 1ª Seção, DJ de 03.12.07).

Ante o exposto, **dou provimento em parte à apelação da Fazenda Nacional** para julgar improcedente o pedido da autora Promac Diesel Ltda., devendo esta empresa arcar com os ônus sucumbenciais e os honorários advocatícios na importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em favor da Fazenda Nacional. Apelação da Promac Diesel Ltda. considerada prejudicada.

Quanto à **apelação da Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios, deve ser provida** para afastar a aplicação do art. 170-A do CTN, e determinar a inclusão dos expurgos inflacionários na atualização monetária do indébito tributário.

No que tange aos honorários a serem arbitrados em favor desta última parte (Promac S/A Veículos, Máquinas e Acessórios), penso ser aplicável o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil - CPC, desta forma, segundo o juízo de equidade, fixo os honorários advocatícios na importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por se mostrar cifra compatível com o referido dispositivo legal e com o trabalho desenvolvido pelo causídico ao longo do processo.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL N° 541.466-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA

Apelantes: FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA DO ESTADO DE ALAGOAS E FAZENDA NACIONAL

Apelada: S/A USINA CORURIPE AÇÚCAR E ÁLCOOL

Advs./Procs.: DRS. MARCELO HENRIQUE BRABO MAGALHÃES E OUTROS E SINVAL JOSÉ ALVES

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. ENTIDADE DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. PROPRIEDADE DE MAIS DE UM IMÓVEL RURAL COM ÁREA SUPERIOR AO MÓDULO REGIONAL. EMPREGADOR RURAL. ART. 1º, II, C, DO DECRETO-LEI 1.166/71. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.**

*- Trata-se de apelações de sentença que julgou procedentes os pedidos formulados em ação ordinária movida pela S/A Usina Coruripe Açúcar e Álcool em face da União, da Confederação Nacional da Agricultura (CNA), da Federação da Agricultura no Estado de Alagoas (FAEAL) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENA), visando à anulação de lançamento fiscal da contribuição sindical rural, relativa ao período de 1992 a 1997, e a compensação de valores pagos a maior da mencionada exação.*

*- Segundo narra a parte autora o indébito tributário decorre do fato de a contribuição sindical rural ter incidido erroneamente sobre o valor do imóvel quando, o correto, seria adotar o capital social da empresa.*

***- DA INÉPCIA DA INICIAL***

*I. A FAEAL, em seu recurso, pugna pelo indeferimento da inicial sob o argumento de estar desacompanhada dos documentos essenciais ao deslinde da ação.*

*II. Compulsando os autos, observa-se que a documentação acostada pela autora na exordial, é suficiente à comprovação dos fatos alegados, restando afastada, portanto, a preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da demanda.*

*III. Ademais, não se vislumbra qualquer prejuízo à apelante o fato de a empresa requerente ter acostado, no curso da ação, outros comprovantes de recolhimento da contribuição sindical rural com o intuito de abranger a totalidade das competências que integram o pedido.*

*IV. Primeiro, porque os referidos comprovantes somente foram acostados aos autos pela empresa requerente após despacho do juiz, no qual dava prazo para as partes dizerem se tinham provas a produzir. Inclusive, após a juntada da referida documentação, foi determinada a intimação*

*das rés para se manifestarem, restando a FAEL silente em sua contestação.*

*VI. Outrossim, para apuração do valor a ser repetido, a apresentação dos comprovantes de recolhimento da exação poderia se dar até mesmo na fase de liquidação da sentença.*

**- DO JULGAMENTO ULTRA PETITA**

*I. O pedido estampado na exordial consistiu em obter o pagamento ou a compensação em face do recolhimento a maior da contribuição sindical rural.*

*II. A sentença vergastada, malgrado tenha declarado a ilegitimidade da FAEL, ao condenar a Confederação Nacional de Agricultura (CNA) a restituir à parte autora diferenças da contribuição sindical rural, autorizou que a ré reduzisse os repasses da arrecadação da referida exação em favor da apelante, o que não foi requerido na exordial, caracterizando-se a ocorrência de julgado ultra petita.*

*III. Anulada, assim, a sentença, por ser ultra petita, recortando de seu bojo a parte que adentrou na análise de eventuais efeitos decorrentes da condenação da CNA na presente lide.*

*- Apelação da FAEL acolhida neste ponto.*

**- DA IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA PELA CNA**

*I. Improcedente a alegação da FAEL de inviabilidade de a Confederação Nacional de Agricultura (CNA) se defender nos presentes autos.*

*II. Embora a contribuição sindical rural tenha sido cobrada pela Receita Federal até o ano de 1996, os dados relativos à mencionada exação foram transmitidos à CNA no ano de 1997, momento em que passou a exercer essa atribuição, nos termos dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.847/94.*

*III. Ainda que assim não fosse, nada impedia que a CNA, no curso da presente demanda, solicitasse a apresentação dos documentos que en-*

*tendesse necessário ao pleno exercício de sua defesa. Frise-se, ainda, sequer haver insurgência da ré contra a sua condenação nos autos.*

**- DO CERCEAMENTO DE DEFESA**

*I. A União, em suas razões recursais, sustenta a nulidade da sentença por lhe ter sido cerceado o direito à defesa em dois momentos: o primeiro, em razão do exíguo prazo dado à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maceió para análise dos autos; o segundo, pelo fato de o douto sentenciante ter negado o pedido de dilação de prazo para se manifestar acerca dos esclarecimentos do perito e, por conseguinte, haver posteriado para a fase de liquidação a finalização da perícia.*

*II. Em relação ao primeiro ponto, de uma análise detida dos autos, observa-se ter sido atendido o pleito da apelante de concessão de prazo para aguardar a indicação da assistente técnica pela Delegacia da Receita Federal em Alagoas - DRF-AL. Posteriormente, foi juntado laudo pelo assistente técnico daquele órgão, não sendo manifestada nessa ocasião, nem posteriormente, que o tempo tenha sido exíguo para uma melhor compreensão dos dados constantes no processo.*

*III. De igual forma, não se vislumbra qualquer prejuízo à União a determinação do juízo de posteriar para a fase de liquidação a finalização da perícia e, por conseguinte, negar o seu pedido dilação do prazo para se manifestar sobre os esclarecimentos do perito.*

*IV. Nessa fase do processo, não mais comportava a realização de novos cálculos pela perícia, mas sim, de definição de como a lide seria resolvida para, assim, possibilitar a apuração dos valores devidos à parte autora, o que somente poderia se dar com a prolação da sentença. Logo, necessária a prolação da decisão monocrática,*

*sendo dispensado, por conseguinte, o pronunciamento das partes sobre os esclarecimentos do perito.*

*V. Outrossim, como bem elucidado pela magistrado, há de ser oportunizado aos interessados o questionamento dos cálculos do indébito apurados na fase da liquidação da sentença e, inclusive, verificado em que momentos houve erro na base de cálculo apontado pela requerente.*

*VI. Assim, a não finalização da perícia está longe de importar em ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que estes continuarão a ser exercitados, ainda que em outro momento.*

*- Embora tenha sido excluída da lide por ilegitimidade passiva, a União foi mantida no processo como assistente da parte ré e, nesta condição, cabível a sua condenação ao ressarcimento de custas processuais quando sucumbente o assistido, o que é a hipótese dos autos. Inteligência do art. 32 do CPC.*

*- Apelação da FAEL parcialmente provida para anular o decisum na parte em que autoriza a CNA a reduzir os repasses da arrecadação da contribuição sindical rural à apelante. Apelação da União desprovida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à apelação da FAEL, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelações de sentença que julgou procedentes os pedidos formulados em ação ordinária movida pela S/A Usina Co-ruripe Açúcar e Álcool em face da União, da Confederação Nacional da Agricultura (CNA), da Federação da Agricultura no Estado de Alagoas (FAEAL) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), visando à anulação de lançamento fiscal da contribuição sindical rural, relativa ao período de 1992 a 1997, e a compensação de valores pagos a maior da mencionada exação.

Segundo narra a parte autora o indébito tributário decorre do fato de a contribuição sindical rural ter incidido erroneamente sobre o valor do imóvel quando, o correto, seria adotar o capital social da empresa, inclusive, daquelas por ela incorporadas, a saber, Camaçari Agro Industrial Ltda. e Agropecuária Tércio Wanderley Ltda.

O magistrado de Primeiro Grau reconheceu, inicialmente, a incompetência da Justiça Federal para julgar a causa, tendo sido a questão dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça com o julgamento do conflito de competência nº 70669-AL, no qual foi declarado ser competente este Juízo federal. Em relação à legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, o julgador excluiu o SENAR durante o curso da ação, por entender que ela não tinha qualquer relação com a cobrança da referida contribuição. Na sentença, entendeu que apenas a CNA deve figurar no polo passivo da demanda por ser o sujeito ativo da relação jurídico-tributária, excluindo, portanto, a União e a FAEAL, sendo admitida apenas sua participação na lide como assistente simples.

Em relação ao mérito, julgou procedente o pedido de compensação nos seguintes termos:

[...] reconhecendo o direito da autora de ver os lançamentos de contribuição sindical rural dos exercícios de 1992 a 1997 serem feitos com base no seu capital social e das sucedidas AGROPECUÁRIA TÉRCIO WANDERLEY LTDA e CAMAÇARI AGRO INDUSTRIAL LTDA, e, por conseguinte, condenar a Confederação Nacional da Agricultura

(CNA) a restituir, preferencialmente sob a forma de compensação, como débitos vincendos deste mesmo tributo, os valores pagos a maior referentes aos anos de 1992 a 1996; com relação ao exercício de 1997, reconheço o direito da autora ao levantamento do valor correspondente ao valor indevido da contribuição em comento para o exercício de 1997, devendo ser o saldo remanescente convertido em renda em favor da CNA.

Para apuração da liquidação do indébito tributário, deverão ser seguidos os critérios estabelecidos nos itens II.2.1 e II.2.2 desta sentença, observando-se que os valores efetivamente pagos pela contribuinte, atualizados até 30.11.2003, já foram determinados pelo perito às fls. 1.108/1.236 e acolhidos expressamente na fundamentação da sentença. Todavia, por haver equívocos na apuração do indébito pelo perito, demanda-se nova liquidação oportuna do julgado, conforme critérios já fartamente mencionados.

Em razão da natureza tributária dessa exação, reiteradamente reconhecida pela jurisprudência, deverá incidir sobre esses valores a serem restituídos, a taxa SELIC até a satisfação do crédito.

Reconheço o direito da CNA de ser resarcida por parte dos demais destinatários da contribuição sindical rural na parte equivalente aos percentuais a que estes fazem jus, nos termos da CLT, ressaltando que tal resarcimento poderá ser feito sob a forma de abatimento nos repasses futuros a serem realizados pela CNA aos demais destinatários do produto da exação ou, caso não seja possível, sob a forma de execução judicial, valendo esta decisão como título executivo a seu favor.

Condeno a CNA em honorários advocatícios fixados em 20% sobre o indébito tributário a ser apurado em liquidação. O resarcimento das custas à autora, contudo, deverá ser suportado igualmente pela CNA, pela União e pela FAEAL.

Em função do reconhecimento da ilegitimidade passiva da maioria dos réus da lide, condeno a autora no pagamento de honorários advocatícios à Federação da Agricultura no Estado de Alagoas (FAEAL) e à União, fixados, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada uma das pessoas mencionadas. Deixo de fixar honorários em favor do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), tendo em vista que este não apresentou contestação.

A Federação da Agricultura do Estado de Alagoas - FAEL, preliminarmente, alega a inépcia da inicial por ausência dos documentos essenciais à propositura da demanda. No mérito, pugna pela reforma da sentença, pois, embora tenha sido excluída da lide, foi determinado na sentença que um dos efeitos da condenação da CNA na presente lide será a redução do repasses realizados em favor da apelante decorrente da arrecadação da contribuição sindical rural. Aduz, que a “**relação jurídico-tributária existente entre a CNA e a apelante não foi objeto da lide [...]**”. Por fim, diz que somente a partir de 1997 é que foi atribuída a obrigação da CNA de arrecadar o tributo em questão, razão pela qual não dispunha dos dados necessários para se defender na presente ação, inclusive, sobre a competência de 1997, por ainda não dispor dos mecanismos necessários à cobrança, conforme se infere dos ofícios constantes nos autos.

Em suas razões recursais, a União sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa consubstanciada no indeferimento de pedido de dilação de prazo, necessário para uma melhor análise dos autos pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maceió e, ainda pelo fato de ter sido remetida para a liquidação da sentença a parte do Laudo Pericial que estava incorreta. Alfim, aponta que o laudo pericial em nenhum momento corroborou com a tese autoral, inclusive, em tal documento constata-se que Fazenda Nacional não utilizou a base de cálculo afirmada pela parte autora na inicial.

Sem contrarrazões.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A controvérsia posta a deslinde gravita em se averiguar o direito da parte requerente à compensação de valores relativos à contribuição sindical rural, indevidamente recolhidas sobre o valor do imóvel rural no período compreendido entre os anos de 1992 e 1997.

Passo inicialmente à análise das preliminares.

## **DO JULGAMENTO *ULTRA PETITA***

Preliminarmente, entendo ter ocorrido no presente feito julgamento *ultra petita*, consoante suscitado, em sede de apelação, pela Federação da Agricultura do Estado de Alagoas - FAEL.

Explico.

É estreme de dúvidas que o magistrado tem o poder-dever de dirimir o litígio nos moldes em que este foi formulado, sendo-lhe defeso decidir aquém, além ou fora do que foi efetivamente pleiteado, sob pena de configurar sentença *citra*, *ultra* ou *extra petita*, respectivamente.

Ao compulsar os autos, verifico que o pedido estampado na exordial consistiu em obter o pagamento ou a compensação em face do recolhimento a maior da contribuição sindical rural.

A sentença vergastada, malgrado tenha declarado a ilegitimidade da FAEL, ao condenar a Confederação Nacional de Agricultura (CNA) a restituir à parte autora diferenças da contribuição sindical rural, autorizou que a ré reduzisse os repasses decorrentes da arrecadação da referida exação, caracterizando, portanto, a ocorrência de julgado *ultra petita*.

Destarte, há de ser reformada a sentença recorrida por ter excedido os limites do pedido. Tal situação não acarretará a devolução dos autos ao juízo de origem, mas tão somente será recorrida da decisão monocrática a parte que adentrou na análise de eventuais efeitos decorrentes da condenação da CNA na presente lide, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais, a assegurar maior eficiência à atuação jurisdicional.

Reconhecido o víncio, por conseguinte, tão somente para anular o *decisum* na parte em que autoriza a CNA a reduzir os repasses da arrecadação da contribuição sindical rural à apelante.

## **DA INÉPCIA DA INICIAL**

A FAEL, em seu recurso, pugna pelo indeferimento da inicial sob o argumento de estar desacompanhada dos documentos essenciais ao deslinde da ação, em flagrante desrespeito aos artigos 331, I, 282, 283 e 295, todos do CPC.

Compulsando os autos, observa-se que a documentação acostada pela autora é suficiente à comprovação dos fatos alegados, restando afastada, portanto, a preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da demanda.

Ademais, não se vislumbra qualquer prejuízo à apelante o fato de a empresa requerente ter acostado, no curso da ação, outros comprovantes de recolhimento da contribuição sindical rural com o intuito de abranger a totalidade das competências que integram o pedido.

Primeiro, porque os referidos comprovantes (fls. 90/806) somente foram acostados aos autos pela empresa requerente após despacho do Juiz, no qual dava prazo para as partes dizerem se tinham provas a produzir.

Por sua vez, após a juntada da referida documentação, foi determinada a intimação das réis para se manifestarem, restando a FAEL silente em sua contestação.

Outrossim, para apuração do valor a ser repetido, a apresentação dos comprovantes de recolhimento da exação poderia se dar até mesmo na fase de liquidação da sentença.

Dessa forma, rejeitada a preliminar em questão.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA PELA CNA**

Improcedente a alegação da FAEL de inviabilidade de a Confederação Nacional de Agricultura (CNA) se defender nos presentes autos.

Embora a contribuição sindical rural tenha sido cobrada pela Receita Federal até o ano de 1996, os dados relativos à mencionada exação foram transmitidos à CNA no ano de 1997, momento em que passou a exercer essa atribuição, nos termos dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.847/94, conforme se infere do teor dos ofícios constantes às fls. 879/885.

Ainda que assim não fosse, nada impedia que a CNA, no curso da presente demanda, solicitasse a apresentação dos documentos que entendesse necessário ao pleno exercício de sua defesa. Frise-se, ainda, sequer haver insurgência da ré contra a sua condenação nos autos.

## **DO CERCEAMENTO DE DEFESA**

Preliminarmente, a União sustenta a nulidade da sentença por lhe ter sido cerceado o direito à defesa em dois momentos: o primeiro, em razão do exíguo prazo dado à Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Maceió, para análise dos autos; o segundo, pelo fato de o duto sentenciante ter negado o pedido de dilação de prazo para se manifestar acerca dos esclarecimentos do perito e, por conseguinte, haver postergado para a fase de liquidação a finalização da perícia.

Em relação ao primeiro ponto, de uma análise detida dos autos, observa-se ter sido atendido o pleito da apelante de concessão de prazo para aguardar a indicação da assistente técnica pela Delegacia da Receita Federal em Alagoas - DRF-AL, conforme despacho de fls. 936/937. Posteriormente, à fl. 1008, foi juntado laudo pelo assistente técnico daquele órgão, não sendo manifestada nessa ocasião, nem posteriormente, que o tempo tenha sido exíguo para uma melhor compreensão dos dados constantes no processo.

De igual forma, não se vislumbra qualquer prejuízo à União a determinação do juízo de postergar para a fase de liquidação a finalização da perícia e, por conseguinte, negar o seu pedido de dilação do prazo para se manifestar sobre os esclarecimentos do perito.

Eis a decisão ora questionada:

[...]

Nesse sentido, depois de uma análise minuciosa dos autos, cheguei à conclusão de que a perícia não precisa de ser finalizada para que o mesmo seja sentenciado, já que em fase de liquidação de sentença, depois de fixados definitivamente os parâmetros necessários para os cálculos dos valores efetivamente devidos da contribuição sindical rural em tela (ou seja, se esta deve incidir sobre o capital social ou sobre o valor venal do imóvel). Sem contar que a forma de apuração de eventuais indébitos e seus acessórios (juros de mora em qual taxa, termo de início, correção monetária, etc.) também poderá ser estabelecida na própria sentença, deixando para o momento da liquidação eventual discussão sobre o acerto das contas.

A questão a ser resolvida, resume-se, primeiro, em definir qual deve ser a base de imponível (se o valor do capital social global de cada empresa ou o valor da parcela do capital social correspondente a cada imóvel ou ainda o valor venal de cada imóvel rural) da contribuição sindical rural para os exercícios e empresas arroladas na inicial, e, se for o caso, definir os parâmetros para liquidação de eventual indébito em favor da parte autora.

Em função disso, indefiro o pedido de prorrogação de prazo para manifestação da Fazenda Nacional quanto aos últimos esclarecimentos do perito do juízo, pois, como dito anteriormente, novo laudo pericial, deverá ser elaborado na fase de liquidação de sentença, na qual as partes poderão exercer todo o direito ao contraditório em relação às contas a serem apresentadas em momento oportuno. [...]

Ora, a medida tomada pelo douto sentenciante, na realidade, privilegia os princípios da celeridade e economia processuais.

Nessa fase do processo, não mais comportava a realização de novos cálculos pela perícia, mas sim, de definição de como a lide seria resolvida para, assim, possibilitar a apuração dos valores devidos à parte autora, o que somente poderia se dar com a prolação da sentença. Logo, necessária a prolação decisão monocrática, sendo dispensado, por conseguinte, o pronunciamento das partes sobre os esclarecimentos do perito.

Outrossim, como bem elucidado pela magistrado, há de ser oportunizado aos interessados o questionamento dos cálculos do indébito apurados na fase da liquidação da sentença e, inclusive, verificado em que momentos houve erro na base de cálculo apontado pela requerente.

Assim, a não finalização da perícia está longe de importar em ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que estes continuarão a ser exercitados, ainda que em outro momento.

## **DAS CUSTAS PROCESSUAIS**

Descabida a pretensão da União de ter afastada a sua condenação em custas processuais.

Embora tenha sido excluída da lide por ilegitimidade passiva, a União foi mantida no processo como assistente da parte ré e, nes-

ta condição, cabível a sua condenação ao ressarcimento de custas processuais quando sucumbente o assistido, nos moldes do art. 32 do CPC, *in verbis*:

Art. 32. Se o assistido ficar vencido, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo.

Dessa forma, mantida a obrigação da União de ressarcir a parte autora de custas processuais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da FAEL para anular o *decisum* na parte em que autoriza a CNA a reduzir os repasses da arrecadação da contribuição sindical rural à apelante e nego provimento à apelação da União para excluir a sua condenação ao pagamento de custas processuais.

Assim voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 545.971-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA

Apelante: INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA.

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advs./Procs.: DRS. ERICK MACEDO E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. CONFLITO DE LEIS. TRATADO DE ASSUNÇÃO E TRATADO GATT. ART. 8º, CAPUT, PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA LEI 10924/2004. PIS/COFINS. CRÉDITO PRESUMIDO. AQUISIÇÃO DO TRIGO NO MERCADO EXTERNO.**

- *Cuida-se a espécie de ação proposta por empresa atuante na industrialização de alimentos e derivados do trigo, cujo desiderato precípua é afastar a aplicação do § 2º do art. 8º da Lei 10.925/2004, o qual limita o direito ao crédito presumido relativo a PIS/COFINS de que tratam o caput*

*e o § 1º do aludido artigo aos bens adquiridos no mercado interno. Fundamenta sua pretensão no art. 7º do Decreto Legislativo nº 350/91 (Tratado de Assunção) e no GATT - Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio.*

*- Alega a impetrante, na peça exordial, que atua no ramo de industrialização de alimentos derivados do trigo e que, para atender a sua produção, adquire a matéria-prima (trigo) do mercado exterior, especificamente, de países integrantes do MERCOSUL. Pretende, com a presente demanda, seja dado tratamento tributário igualitário ao mencionado insumo quando de sua aquisição, independentemente se decorrente de produtor nacional ou estrangeiro.*

*- “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes”. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal declarado na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, DJ de 18.05.2001.*

- Por sua vez, o art. 98 do CTN estabelece que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenham”.
- Considerando *inexistir no texto constitucional qualquer dispositivo que imponha a prevalência das normas provenientes de tratados e acordos internacionais sobre a legislação interna, a interpretação a ser dada à parte final do art. 98 do CTN não pode ser outra, senão aquela que restringe a sua aplicação apenas às normas advindas de tratados-contratos, hipótese a justificar a sua imutabilidade por legislação de âmbito interno e a exigir, para a sua revogação ou alteração, o livre acordo entre as partes.*
- No caso vertente, os Tratados de Assunção e do GATT estabelecem diretrizes gerais a serem seguidas pelos países signatários nas suas relações comerciais, não se enquadrando como tratados-contratos, mas sim, tratados normativos, submetidos, portanto, ao princípio da lex posterior derogat priori e ao critério da especialidade.
- O conflito interno entre os tratados internacionais (GATT e Tratado de Assunção – art. 7º do Decreto 350/91) e a disposição contida na Lei 10925/2004 vedante do crédito presumido de PIS/COFINS para produtos importados, todos de natureza de lei ordinária, resolve-se em favor da eficácia desta última, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. É que os Decretos Legislativos que ratificaram o Tratado de Assunção (Decreto 350, de 21 de novembro de 1991) e o GATT são anteriores à edição da Lei nº 10.925, de 24 de julho de 2004.

- *Frise-se, ainda, que a Lei nº 10.925/2004, por se tratar de norma específica acerca de PIS/COFINS, prevalece sobre os tratados internacionais em questão, os quais possuem status de lei ordinária de caráter geral.*
- *Apelação desprovida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se a espécie de ação proposta por Indústria de Alimentos Bomgosto Ltda. que atua na industrialização de alimentos e derivados do trigo, cujo desiderato precípuo é afastar a aplicação do § 2º do art. 8º da Lei 10.925/2004, o qual limita o direito ao crédito presumido relativo a PIS/COFINS de que tratam o *caput* e o § 1º do aludido artigo aos bens adquiridos no mercado interno. Fundamenta sua pretensão no art. 7º do Decreto Legislativo nº 350/91 (Tratado de Assunção) e no GATT - Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio.

Alega a impetrante na peça exordial, que atua no ramo de industrialização de alimentos derivados do trigo e que, para atender a sua produção, adquire a matéria prima (trigo) do mercado exterior, especificamente, de países integrantes do MERCOSUL. Pretende com a presente demanda seja dado tratamento tributário igualitário ao mencionado insumo quando de sua aquisição, independentemente se decorrente de produtor nacional ou estrangeiro.

Proferida a sentença, o ilustre magistrado *a quo* denegou a segurança, com base no art. 269, I, do CPC, por entender que a Lei 10.925/2004, por ser mais recente e possuir o mesmo grau hierárquico, prevalece sobre os mencionados tratados internacionais no que for divergente.

A empresa impetrante, em suas razões recursais (fls. 165/180), pugna pela reforma da sentença a fim de ser reconhecida a “aplicabilidade do crédito presumido a que alude o art. 8º da Lei 10.925/04 em todas as aquisições de trigo efetuadas pelas im- petrantes-apelantes de países integrantes do MERCOSUL e do GATT, e garantindo o seu direito à compensação dos valores pagos a maior, a título de contribuição para o PIS e a COFINS, como decorrência da não consideração, nas respectivas apurações, do men- cionado crédito presumido, nos moldes do art. 74 da Lei nº 9.430/ 1996”. Aduz, ainda, que os tratados internacionais devem ser observados não só pela lei interna anterior quanto pela posterior.

Contrarrazões às fls. 187/195.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria a ser analisada versa sobre reconhecimento do di- reito da parte impetrante ao crédito presumido relativo à contribui- ção de PIS e COFINS, previsto no *caput* e parágrafo 1º do art. 8º da Lei nº 10.925/2004, quando da aquisição do trigo do mercado externo.

O caso em tela é afeto ao ramo jurídico do Direito Público Internacional, figurando os litigantes em vertentes diametralmente opostas desta ciência.

A impetrante almeja a supremacia das normas internacionais (Tratado de Assunção e Tratado do GATT), que estabelecem que os produtos advindos dos países signatários receberão tratamen- to tributário semelhante àquele dado ao produto nacional. Emba- sa sua pretensão nos seguintes dispositivos:

## **Decreto Legislativo nº 350, de 21 de novembro de 1991. (Tratado de Assunção)**

**ARTIGO 7 -** Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

GATT

Parte II

### **TRATAMENTO NACIONAL EM MATÉRIA DE IMPOSTOS E DE REGULAMENTAÇÃO INTERNOS**

1. Os produtos de qualquer Parte Contratante importados no território de outra Parte Contratante serão isentos da parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional. Além disto, nos casos em que não houver no território importador produção substancial de produto similar de origem nacional, nenhuma Parte Contratante aplicará tributos internos novos ou mais elevados sobre os produtos de outras Partes Contratantes com o fim de conceder proteção à produção de produtos, diretamente competidores ou substitutos, não taxados de maneira semelhante; os tributos internos dessa natureza, existentes, serão objeto de negociação para a sua redução ou eliminação.

2. Os produtos originários de qualquer Parte Contratante importados no território de qualquer outra Parte Contratante gozarão de tratamento não menos favorável que a concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno. As disposições deste parágrafo não impedirão a aplicação das taxas diferenciais de transportes, baseadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem de produtos.

A autoridade coatora, por seu turno, pretende a prevalência de norma integrante do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, a incidência do parágrafo 2º do art. 8º da Lei nº 10.925/2004, o qual veda o creditamento presumido, a título de PIS/COFINS, para pro-

dutos adquiridos de pessoa física ou jurídica que não seja residente ou domiciliada no país. Eis o dispositivo em questão:

**Lei 10.925, de 23 de julho de 2004**

Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do *caput* do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vigência) (Vide Lei nº 12.058, de 2009) (Vide Lei nº 12.350, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 545, de 2011) (Vide Lei nº 12.599, de 2012) (Vide Medida Provisória nº 582, de 2012)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às aquisições efetuadas de:

I - cerealista que exerce cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos **in natura** de origem vegetal classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, e 18.01, todos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM); (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)  
II - pessoa jurídica que exerce cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite *in natura*; e

III - pessoa jurídica que exerce atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º O direito ao crédito presumido de que tratam o *caput* e o § 1º deste artigo só se aplica aos bens adquiridos ou recebidos, no mesmo período de apuração, de pessoa físi-

ca ou jurídica residente ou domiciliada no País, observado o disposto no § 4º do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Ora, filio-me à diretriz apontada pelo Excelso Pretório em sede de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, que sintetizou o processo de incorporação de normas internacionais ao ordenamento jurídico pátrio. Eis seu aresto, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVENÇÃO Nº 158/OIT. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96). POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I, DO ADCT/88. REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I). CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I, DO ADCT/88). CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS. POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE

## INCOPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

- O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de Direito Internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

- O iter procedural de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

## SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

- O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito

à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

#### CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

#### PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

- No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

#### TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

- O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

- Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria

Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

**LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO N° 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

- A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10). (Grifo nosso) (Pleno, por maioria, julgado em 04.09.1997, DJ de 18.05.2001)

Daí porque o jurisconsulto J.F. Rezek anotar em sua obra intitulada Direito Internacional Público - Curso Elementar, 9ª ed. (fl. 97):

Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. **Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigmas as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.**

Dante do fato de os tratados e acordos internacionais ostentarem, no plano do ordenamento jurídico interno, o patamar de lei ordinária, levam à conclusão de que sua modificação irá se operar da mesma forma das demais espécies normativas.

Por sua vez, o art. 98 do CTN estabelece que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenham”.

Ocorre que inexiste no texto constitucional qualquer dispositivo que imponha a prevalência das normas provenientes de tratados e acordos internacionais sobre a legislação interna.

Na realidade, a interpretação a ser dada à parte final do art. 98 do CTN não pode ser outra, senão aquela que restringe a sua aplicação apenas às normas advindas de tratados-contratos, hipótese a justificar a sua imutabilidade por legislação de âmbito interno e a exigir, para a sua revogação ou alteração, o livre acordo entre as partes.

No caso vertente, os Tratados de Assunção e do GATT estabelecem diretrizes gerais a serem seguidas pelos países signatários nas suas relações comerciais, não se enquadrando como tratados-contratos, mas sim, tratados normativos, submetidos, portanto, ao princípio da *lex posterior derogat priori* e ao critério da especialidade.

Nessa linha, encontram-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. REGIME INTERNACIONAL. DUPLA TRIBUTAÇÃO. IRRPF. IMPEDIMENTO. ACORDO GATT. BRASIL E SUÉCIA. DIVIDENDOS ENVIADOS A SÓCIO RESIDENTE NO EXTERIOR. ARTS. 98 DO CTN, 2º DA LEI 4.131/62, 3º, DO GATT.

- Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional.
- O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2º da Lei 4131/62, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

- O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis.
- Sendo o princípio da não discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países.
- Supremacia do princípio da não discriminação do regime internacional tributário e do art. 3º do GATT.
- Recurso especial provido.

(REsp 426945/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2004, DJ/25/08/2004, p. 141)

#### TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO AFRMM EM RELAÇÃO A MERCADORIAS IMPORTADAS SOB A ÉGIDE DO GATT. IMPOSSIBILIDADE.

- O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de Direito Internacional em detrimento do Direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes.
  - O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.
  - Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexiste isenção pertinente ao AFRMM.
  - Recurso provido. Decisão unânime.
- (RESP 199800879676, DEMÓCRITO REINALDO, STJ - PRIMEIRATURMA, DJDATA:10/05/1999 PG:00118. DTPB)

Nessa moldura, o conflito interno entre os tratados internacionais (GATT e Tratado de Assunção – art. 7º do Decreto 350/91) e a disposição contida na Lei 10925/2004 vedante do crédito presumido de PIS/COFINS para produtos importados, todas de natureza de lei ordinária, resolve-se em favor da eficácia desta última, nos

termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. É que os Decretos Legislativos que ratificaram o Tratado de Assunção (Decreto 350, de 21 de novembro de 1991) e o GATT são anteriores à edição da Lei nº 10925, de 24 de julho de 2004.

Frise-se, ainda, que a Lei nº 10925/2004, por se tratar de norma específica acerca de PIS/COFINS, prevalece sobre os tratados internacionais em questão, os quais possuem *status* de lei ordinária de caráter geral.

Em suma, os tratados internacionais são anteriores à Lei 10925/2004, e a norma atacada é especial.

Com essas considerações, nego provimento à apelação para manter a sentença.

Assim voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 560.172-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Apelante: CONST. E PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA LTDA. - CONPASFAL  
Apelada: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. HELTON DE SOUZA EVANGELISTA E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO A ATACAR SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A RÉ A RESARCIR À UNIÃO O VALOR EQUIVALENTE AO VOLUME DE 13.059 M<sup>3</sup> DE ROCHA GNÁISSICA, PELA EXTRAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS, SEM LICENCIAMENTO.**  
- *Em se tratando de ação civil pública, o Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de ser*

*aplicável a inversão do ônus da prova para a tela de Direito Ambiental [REsp 972.902/RS; min. Eliana Calmon, DJe de 14 de setembro de 2009], cumprindo à parte ré produzir a prova contrária no sentido de desfazer as alegações da autora, de modo a descharacterizar o dano ambiental.*

*- A ação civil pública apontou a ilicitude do ato praticado pela Construtora e Pavimentação Asfáltica Ltda. devido à prática de extração mineral sem o correspondente título autorizativo, cuja conduta submete-se ao conjunto de regulamentações com relação à mineração e ao meio ambiente, máxime aquelas concernentes à concessão, fiscalização e cumprimento da legislação mineral e ambiental, para fins de aproveitamento dos recursos minerais e, pelo plexo normativo, amolda-se às regras dos arts. 884 e 927 do Código Civil, art. 2º da Lei 8.176/91, art. 21 da Lei 7.805/89, e art. 55 da Lei 9.605/98.*

*- A circunstância factual, que se revela dos autos, denota que a irregularidade vistoriada deu ensejo ao Procedimento Administrativo 48414-948435/2009-83, no qual se apurou a prática de exploração de lavra clandestina do minério granito-gnáissica, de propriedade da União [art. 20, inc. IX, da Constituição Federal].*

*- Da instrução dos autos, consta que a empresa recorrente não apresentou defesa na via administrativa, máxime para se opor à estimativa da área explorada clandestinamente, sobre a qual se estabeleceu um conflito quanto ao volume de granito extraído [13.019 m<sup>3</sup>] que, multiplicado pelo valor do preço médio de brita nº 19, corresponde ao valor da reparação civil pedida pela União.*

*- O licenciamento da atividade empresarial, para fins de extração da rocha granítica e britagem, só foi obtido em fase posterior à instauração do procedimento administrativo [fls. 100 e 103], con-*

*ferindo licitude ao ato de exploração mineral na Fazenda Sítio Saco – Zona Rural, em Itajá.*

*- O contrato social da recorrente também revela que sua principal atividade consiste na urbanização de vias urbanas, praças, parques, estádios, piscinas, construção de edifícios, terraplenagens, pavimentação de estradas e vias públicas, fabricação de produtos derivados de asfalto, dentre outras atividades [fl. 71], reforçando a presunção de que o material extraído destinava-se ao emprego nas atividades empresariais da recorrente, sem a licença do Departamento Nacional de Produção Mineral, posteriormente concedida.*

*- Da oitiva das testemunhas da recorrente, nada se colhe de substancioso para robustecer a defesa da empresa construtora, que, no geral, limitou-se a declarar que o material recolhido é pequeno em comparação com o volume declarado pela vistoria [13.059 m<sup>3</sup>], e que o funcionamento era precário.*

*- Demonstrado nos autos que a exploração da atividade mineradora da rocha granítica se deu de forma ilícita, tanto que foi expedido auto de paralisação, restando evidenciado o dano causado à União, fazendo jus ao valor do resarcimento correspondente à metragem de 13.059 m<sup>3</sup>, e considerando que não houve demonstração inequívoca contrária à quantificação apresentada pela autora quanto ao volume do mineral extraído.*

*- Apelação não provida.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação interposta pela Construtora e Pavimentação Asfáltica Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 11<sup>a</sup> Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, Subseção de Assu, que, nos autos de ação civil pública, julgou procedente o pedido para condenar a ré a ressarcir à União o valor de R\$ 222.003,00 [duzentos e vinte e dois mil e três reais], pela extração de recursos minerais sem licenciamento, correspondente à lavra e comercialização de 13.059 m<sup>3</sup> de rocha gnáissica.

A recorrente suscita preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que não foi produzida prova técnica para a solução do conflito, representando ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. No mérito, sustenta que sua atividade empresarial foi devidamente vistoriada por fiscais do Departamento Nacional de Produção Mineral, não se enquadrando em lavra ilegal de recursos minerais, restando descaracterizada a usurpação de patrimônio mineral do Estado brasileiro. Argumenta que a quantidade de minério extraída do solo foi mínima e teve destinação certa para a construção do próprio escritório, rampas, paióis, estradas/caminhos de acesso e terraplenagem, além de servir para aterrarr o próprio terreno da recorrente, caracterizando mera movimentação das pedras e de desmonte de materiais *in natura*. Sustenta ser equivocado o cálculo estimativo do suposto volume extraído, que deu ensejo ao laudo anexado com a inicial, elaborado pelo geólogo da União, afigurando-se duvidoso o critério técnico nele utilizado para concluir a quantidade estratosférica de extração de mineral granítico-gnáissica, porquanto a estimativa de 13.059 m<sup>3</sup> representa um total de mais de 1.100 carradas de caçamba de 12 m<sup>3</sup> cada, quantidade que demonstra claramente a impossibilidade técnica de extração devido à falta de capacidade de seu britador, que, à época, ainda estava na fase de montagem.

Houve resposta ao recurso [fls. 232-241].

Em parecer, a douta Procuradoria da República opinou pelo não provimento da apelação [fls. 250-252].

É o relatório.

## VOTO

Reporto-me, inicialmente, à preliminar de cerceamento de defesa suscitada pela apelante, ante a falta de produção de prova técnica.

Em se tratando de ação civil pública, o Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de ser aplicável a inversão do ônus da prova para a tutela de Direito Ambiental, nestes termos:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET. MATÉRIA PREJUDICADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990, C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicado o recurso especial fundado na violação do art.18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o Juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.
2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.
3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.
4. Recurso especial parcialmente provido.

[REsp 972902/RS; min. Eliana Calmon, DJe de 14 de setembro de 2009]

Corroboro o mesmo entendimento. Cumpre à parte ré produzir a prova contrária no sentido de desfazer as alegações da autora, máxime porque sua principal intenção implica, necessariamente, numa análise técnica da estimativa correta do quantitativo do mi-

neral granítico-gnáissica extraído pela empresa, de modo a descharacterizar o dano ambiental. Tal providência poderia ter sido adotada mediante apresentação de laudo pericial mesmo na via administrativa, mediante a impugnação, mas não o fez.

Passo ao exame do mérito.

A presente ação civil pública apontou a ilicitude do ato praticado pela Construtora e Pavimentação Asfáltica Ltda. devido à prática de extração mineral sem o correspondente título autorizativo, cuja conduta submete-se ao conjunto de regulamentações com relação à mineração e ao meio ambiente, máxime aquelas concernentes à concessão, fiscalização e cumprimento da legislação mineral e ambiental, para fins de aproveitamento dos recursos minerais.

A relevância da medida pretendida dirigi-se para o dever da construtora promover o resarcimento civil do montante correspondente à área explorada, no valor de R\$ 222.003,00 [duzentos e vinte e dois mil e três reais], diante da afronta ao plexo normativo que abrange a matéria, do qual se extraem as seguintes regras:

Art. 884 do Código Civil. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores recebidos;

Art. 927 do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 2º da Lei 8.176/91. Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

Art. 21 da Lei 7.805/89. A realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a penas de reclusão de 3 (três) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 55 da Lei 9.605/98. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida. Pena: detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Como todo direito se sustenta em fatos, aqui se destacam que a irregularidade apontada foi apurada mediante o Procedimento Administrativo 48414-948435/2009-83, no qual se investigou e constatou a prática de exploração de lavra clandestina do minério grano-gnássica, de propriedade da União, a teor do art. 20, inc. IX, da Constituição Federal. Em consequência da ilegalidade praticada, foi determinada a paralisação imediata, com expedição do auto de nº 014/2009 [fl. 31].

Da instrução dos autos, consta que a empresa recorrente, apesar de ter ciência da necessidade de prestar esclarecimentos na via administrativa, não aproveitou a oportunidade para apresentar sua defesa, restando silente [fl. 37], máxime para se opor à estimativa da área explorada clandestinamente, uma vez que se estabeleceu um conflito quanto à medida de 13.019 m<sup>3</sup> que, multiplicada pelo valor de R\$ 17,00 [preço médio de brita nº 19], corresponde a R\$ 222.003,00 (duzentos e vinte e dois mil e três reais), justamente a quantia pretendida pela União, a título de reparação civil.

De outra linha, é de se observar que o licenciamento da atividade empresarial para fins de extração da rocha granítica e britagem só foi obtido em fase posterior à instauração do procedimento administrativo – fls. 100 e 103, só assim conferindo licitude ao ato de exploração mineral na Fazenda Sítio Saco – Zona Rural, em Itajá.

Além disso, o contrato social da recorrente também revela que sua principal atividade consiste na urbanização de vias urbanas, praças, parques, estádios, piscinas, construção de edifícios, terraplenagens, pavimentação de estradas e vias públicas, fabricação de produtos derivados de asfalto, dentre outras atividades [fl. 71]. Circunstância que reforça a presunção de que todo o material extraído destinava-se ao emprego nas atividades empresariais da recorrente, sem a licença do Departamento Nacional de Produção Mineral, posteriormente concedida.

A oitiva das testemunhas da recorrente nada acrescentou de substancial em defesa da empresa exploradora, limitando-se, no geral, a esclarecer que as atividades estavam no início, que o britador funcionava, ainda, em condições precárias, declarando ser

pequeno o material encontrado pela vistoria, por ser resultado de testes efetuados com a britadeira. Além disso, estabeleceram o conflito na estimativa do material recolhido, que a vistoria indicou como sendo de 13.059 m<sup>3</sup>, classificado pelas testemunhas como completamente irreal, por ser elevado demais para a extração mineradora e a capacidade do maquinário da empresa [CD - fl. 193].

O fato é que a exploração da atividade mineradora da rocha granítica se deu de forma ilícita, tanto que foi expedido auto de paralisação, restando evidenciado o dano causado à União, fazendo jus ao valor do resarcimento correspondente à metragem de 13.059 m<sup>3</sup>, considerando que não houve demonstração inequívoca contrária à quantificação apresentada pela autora quanto ao volume do mineral extraído.

Confirmo a sentença que condenou a Construção de Pavimentação Asfáltica Ltda. ao pagamento do valor de R\$ 222.003,00 (duzentos e vinte e dois mil e três reais), equivalente a 13.059 m<sup>3</sup> de rocha gnáissica, com os acréscimos e correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da vistoria.

Por este entender, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL N° 564.781-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: MARY NADJA LIMA SANTOS  
Apelada: ROSEANE SANTOS MESQUITA E INSTITUTO FE-  
DERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA  
DE SERGIPE - IFET/SE  
Reptes: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E PROCURA-  
DORIA REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. MARIA ENEIDA LIMA E OUTROS (APTE.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATI-  
VO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.  
INSTITUIÇÃO DE ENSINO FEDERAL. CONFLITO***

## **ENTRE ALUNO E PROFESSOR. DANOS MORAIS. DESCABIMENTO.**

- *É legítima a solicitação efetuada pela demandada (membro do corpo discente), por via de e-mail, endereçada ao corpo técnico-administrativo do IFS, visando à intermediação deste na solução de conflito acadêmico com a demandante (corpo docente), consoante legislação pertinente.*
- *Nada obstante, o cerne da questão resida no conteúdo da mensagem, em especial, nas expressões utilizadas, nesse contexto, não se vislumbra o teor ofensivo e desrespeitoso dos vocabullos descontrolado e exacerbado, enfatizados pela demandante.*
- *A missiva tem caráter essencialmente técnico e foi endereçada ao conselheiro do curso, buscando-se a intermediação deste na solução de um problema acadêmico. Houve, tão somente, o cumprimento do Regulamento da Organização Didática do IFS.*
- *Demandante que deu uma dimensão exagerada para a reparabilidade do dano moral, a partir de situação que não chega a caracterizar uma dor, um sofrimento, mas apenas um transtorno, um dissabor que se deu a partir de fatos meramente acadêmicos, ocorridos no IFS.*
- *O acervo probatório demonstra que a mensagem enviada pela demandada ao conselheiro do curso e aos alunos de sua turma não tinha a conotação ofensiva sustentada pela autora desde a inicial, nem a intenção de ridicularizá-la junto à instituição de ensino e à coletividade estudantil. Os desentendimentos, implicâncias e descontentamentos entre aluno e professor são, sabidamente, comuns no meio educacional, mas, nem por isso, haverão de dar automático motivo à reparação civil.*

- *Diante da licitude do ato praticado pela demandada, tem-se não haver fato passível de imputar responsabilidade à mesma e ao IFS, impondo-se o não acolhimento da pretendida indenização por danos morais.*
- *A chefia da Divisão de Apoio à Pesquisa, código FG-1; a representação legal do IFS junto ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/PIBIT/CNPq e a Direção Institucional dos Grupos de Pesquisa, instituída pela Portaria nº 527 de 12/04/2011, outrora ocupadas pela demandante, são funções de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, inciso II, da Carta Magna, de sorte que a exoneração da demandante dessas funções não gera, igualmente, direito à indenização por danos morais.*
- *Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação de indenização por danos morais interposta por MARY NADJA LIMA SANTOS, em face de ROSEANE SANTOS MESQUITA e do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Sergipe - IFS. Pretende que sejam as rés condenadas ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser estipula-

do pelo Juízo de 1º grau, “representado pelo prejuízo causado pela primeira requerida com a lesão à honra e ao bom nome da profissional, além de atentar contra sua saúde mental, e no que diz respeito ao segundo requerido, pelo fato de não haver efetuado a devida apuração dos fatos e de não empreender esforços para impedir a disseminação da correspondência ofensiva confeccionada pela primeira requerida, fato esse que causou grave abalo à saúde mental da requerente, além de culminar com o afastamento da autora da função vinculada à pesquisa e extensão”, bem assim, ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da condenação.

Aduziu, ainda, que, na qualidade de orientadora da disciplina Políticas Públicas de Turismo, organizou uma visita técnica com destino ao litoral sul do Estado (Município de Estância e Indiaroba) para o dia 17/06/2011, a qual valeria uma nota, que serviria para a segunda avaliação do semestre, mas que, na data marcada para a realização da viagem, apenas 7 (sete) dos 16 (dezesseis) alunos da turma compareceram, ressaltando que 2 (dois) se ausentaram por motivos de saúde, 3 (três) por desistência da matéria e reprovaram por falta, e “dos 4 (quatro) restantes, uma aluna segundo informações dos outros alunos, liderou assim a comunicação via *internet/e-mail* com o envio de correspondência digital ao prof. Coordenador de Hospitalidade e Lazer Mestre Jaime José Silveira Barro Neto e para seus colegas de turma (ex: Carolina, Marília, João Brasil, Camila, Cristiane, dentre outros”.

A autora disse que após perceber o número elevado de ausências, conduziu a atividade já agendada e soube que o motivo do boicote à sua avaliação se deu em razão do *e-mail* enviado pela primeira requerida que fomentou motim, em repúdio a supostos maus tratos sofridos pela turma, e tinha por objetivo tentar justificar o não comparecimento à mencionada atividade.

Alegou que o boicote sofrido tomou proporções enormes, vez que os destinatários do *e-mail* o repassaram para outros alunos e professores e que, indignados, vários alunos que a admiraram, escreveram uma carta de desagravo, repudiando os comentários denegridores de sua imagem, endereçando-a ao Coordenador de Hospitalidade e Lazer.

Afirmou que, transtornada com a situação, elaborou uma carta de esclarecimento endereçada ao Reitor do IFS, encaminhando cópia à Pró-Reitoria de Pesquisa e Extensão, Diretoria de Ensino e Coordenadoria de Hospitalidade e Lazer, objetivando uma resolução justa e adequada para o problema, posto que fora injustiçada pela atitude da primeira requerida.

Narrou que procurou informações sobre a resolução do problema, junto ao Reitor do IFS, e deste obteve a sugestão para pedir dispensa de função e exclusão de representações legais, com as quais acabou por concordar, embora surpresa.

Frisou que não se cogitou em apurar os fatos de forma justa e adequada, pois não houve instauração de procedimento para verificar a veracidade de suas alegações, que foi induzida a assinar seu pedido de dispensa, de forma que, com o desenrolar dos acontecimentos, foi e continua sendo amplamente prejudicada, em virtude do boicote orquestrado pela primeira requerida, bem como pela omissão do IFS.

Destacou que sofre graves prejuízos de diversas ordens, ou seja, financeiro, realização profissional e abalo mental à saúde, sobre os quais fez uma descrição. Apresentou suas razões jurídicas, enfatizando as disposições constitucionais e legais previstas no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Magna e nos artigos 186, 187 e 927 do Novo Código Civil. Fez uma explanação sobre a matéria, ilustrando-a com a transcrição de entendimentos jurisprudenciais e de lição doutrinária.

Indeferido o pedido de justiça gratuita e determinada a intimação da demandante para estimar o valor que pretende receber a título de dano moral, bem assim para recolher as custas judiciais (fl. 50). A demandante alterou o valor da causa e recolheu as custas iniciais (fls. 53/58).

A demandada Roseane sintetizou os fatos e ofereceu sua argumentação jurídica invocando a inexistência de danos morais. Colacionou arresto jurisprudencial sobre a matéria. Pediu, ao final, a intimação pessoal do Defensor Público da União Federal e o indeferimento total do pedido autorral.

Por seu turno, o IFS fez um breve resumo da lide e refutou a pretensão autoral, sob a alegação de inexistência dos pressupostos para responsabilização por danos morais, sobre a qual discorreu, utilizando-se de ensinamentos doutrinários e entendimento pretoriano para explicitação do assunto.

Requeriu, por último, a improcedência do pedido da demandante, assim como a condenação da mesma ao pagamento das custas do litígio e dos honorários advocatícios.

A demandante replicou (fls. 98/103).

Facultada a produção de provas, a demandante requereu a colheita dos depoimentos pessoais dos demandados e a oitiva de testemunhas, o IFS silenciou e a demandada Roseane informou não ter outras provas a realizar (fls. 104/105, 107/109 e 111).

Houve audiência de instrução e julgamento.

Na sentença – fls. 180/219 –, a douta Julgadora monocrática assim decidiu:

...extingo o processo com resolução de mérito, com base no art. 269, inciso I, do Estatuto Civil de Ritos, e julgo improcedente a pretensão autoral.

Honorários advocatícios pela demandante, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem rateados entre os demandados, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Sobre tal verba somente incidirá correção monetária.

A autora apelou – fls. 227/238 –, a pedir a reforma do julgado, renovando as teses iniciais, além de pedir que as réis fosse condenadas nas custas processuais e nos honorários advocatícios, à base de 20% – vinte por cento –, sobre o valor da condenação.

Contrarrazões ofertadas por ROSEANE SANTOS MESQUITA, às fls. 245/250, e pelo IFS, às fls. 253/260.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Compulsando os autos, verifico que não merece reparo a v. sentença, pelos mesmos argumentos expendidos pela douta Julgadora *a quo*, os quais adoto como razões de decidir, *in verbis*:

28. Em síntese, a demandante pretende obter a condenação da parte adversa ao pagamento de indenização por danos morais. Atribuiu à demandada Roseane Santos Mesquita a conduta comissiva danosa, e conferiu, ao IFS, a conduta omisiva, por não ter instaurado procedimento administrativo, visando à apuração dos fatos de forma justa e adequada, e não ter empreendido esforços para obstar a disseminação do ato lesivo.

29. A matéria aqui tratada refere-se à responsabilidade civil do Estado. Nesse contexto, o eventual dano causado por um de seus agentes, no exercício de suas funções, é de se aplicar o art. 37, § 6º, da CF/1988, o qual anuncia a responsabilidade objetiva:

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.

30. Discorrendo sobre este tema, Hely Lopes, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª Ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balester Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, assim se posiciona: “O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados (...)" (pág. 566).

31. Neste diapasão, acrescenta o supracitado autor: “O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administra-

ção pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros".

32. Assim, tratando-se de responsabilidade objetiva, há que se provar, apenas, a conduta do agente, o evento danoso e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Comprovado o nexo de causalidade entre o fato e o dano dele decorrente, não há como negar-se a responsabilidade objetiva de indenizar.

33. Evidencia-se, pois, que basta ao lesado demonstrar o nexo causal entre o fato lesivo e dano. Entretanto, como não poderia deixar de ser, sob pena de entronização da insensatez, nos casos de responsabilidade objetiva, há exclusão da responsabilidade se faltar o nexo causal entre o comportamento comissivo e o dano.

34. Convém lembrar, ainda, que há um arrefecimento ou mesmo liberação total da responsabilidade do Estado, em caso de comprovação de culpa parcial ou total da própria vítima, respectivamente.

Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar, como adiante se verá. Nessa permissão para o Estado provar que não foi o causador do dano ou que a culpa cabe à vítima está a diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo.

35. Dessarte, configurada a existência do dano, é seu conseqüário natural o ressarcimento, que deve ser cabal, com abrangência, inclusive, de outras despesas, como custas processuais e honorários. Busca-se, pois, recompor a situação, para que o lesado receba, em termos exatos, o equivalente à subtração ou lesão patrimonial, quer pela reposição natural, ou pela indenização propriamente dita.

36. Sem embargo, no dano material, a reposição natural ou a indenização propriamente dita deve corresponder à efetiva subtração ou lesão patrimonial e não pode ficar ao alvedrio de estimativas fantasiosas. Consequentemente, o credor tem o dever de comprovar o *quantum* de sua perda, a fim de possibilitar a apuração exata da reparação.

37. Com isto, a prova da existência do dano material de que se pretende o ressarcimento deve estar presente na fase cognoscitiva do processo. O que pode, eventualmente, ficar para fase posterior é a sua liquidação. Nunca a prova de sua existência.

38. Esta imposição é resultado da imposição do artigo 460 do CPC, que determina ao julgador proferir sentença certa, ainda que a examinar relação jurídica condicional.

A obrigação de indenizar tem como pressuposto inarredável a ocorrência de um dano. A soberana apreciação das provas procedidas nas instâncias ordinárias concluirão pela inexistência de prejuízo, pelo que descabida a pretensão reparatória.

39. Quanto ao dano moral, que é a hipótese dos autos, o resarcimento está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, X, dispositivo que protege a intimidade, a vida, a honra e a imagem das pessoas. Há de se reconhecer que: todas as ofensas contra a vida e a integridade pessoal, contra o bom nome e reputação, contra a liberdade no exercício das faculdades físicas e intelectuais, podem causar dano moral à pessoa ofendida. Este é o pensamento consagrado na doutrina, a exemplo da lição abaixo:

Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o resarcimento. Prova-o, praticamente, o fato de que ninguém, de mentalidade normal, aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe tenha sido outorgada, ainda que a indenização haja compreendido o sofrimento moral, apesar de ter considerado satisfatório o resarcimento porventura recebido. Se assim acontece com o dano patrimonial, não se descobre por que só em relação ao dano moral há de haver essa perfeita equivalência, exatamente para negar o resarcimento. A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas.

40. Alfredo Orgaz, citado pelo jurista argentino Daniel Ramón Pizarro, define o dano moral, no artigo *Caracterización y contenido del Daño Moral*, em *Daño Moral*, Alveroni, 1994, pág. 26, com a seguinte colocação:

*Una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, derivada de una lesión a un interés diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y animicamente prejudicial.*

41. Na Revista Forense, vol. 83, pág. 422, verifica-se a lição do Professor Pires de Lima:

Portanto, reconheçamos que todas as ofensas contra a vida e a integridade pessoal, contra o bom nome e reputação, contra a liberdade no exercício das faculdades físicas e intelectuais, podem causar um forte dano moral à pessoa ofendida (...).

42. Evidentemente não há equivalência entre o prejuízo e o resarcimento. A condenação do responsável visa apenas a resguardar, claro, imperfeitamente, o direito do lesado.

43. O próprio art. 5º, X, da CF, ampliou o conceito de dano moral, que não mais se restringe ao *preium doloris*.

44. Do episódio, enfim, só pode derivar dano moral se evidenciada circunstância como desprezo, ultraje, perda afetiva, aflição, angústia. Impende não confundir angústia e sofrimento psicológico com mero dissabor provocado por eventuais dificuldades de ordem econômica surgidas desse fato.

45. Nesse sentido, o aresto jurisprudencial abaixo transscrito é denotativo:

CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. O recurso especial não se presta ao reexame da prova. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial não conhecido.

46. Conforme explicitado acima, a obrigação de indenizar nasce a partir da prática de um ato danoso, cujos requisitos mínimos são: 1) conduta (ação ou omissão); 2) dano patrimonial ou moral; 3) nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ademais, a exigência de culpa *lato sensu* (culpa ou dolo) é exigida para se distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva (independente de culpa).

47. No caso em tela, a conduta imputada ao IFS é de perfil omissivo e, consoante explicarei, merece disciplina diferenciada.

48. De fato, embora exista certo dissenso doutrinário, comungo do entendimento daqueles que defendem a aplicação da teoria da “culpa” ou “falta do serviço” frente às posturas omissivas do Estado.

49. Citada teoria, desbordante em responsabilidade subjetiva, conduz ao dever de indenizar quando, devendo funcionar, o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona a des-tempo, propiciando o surgimento de dano em detrimento de outrem.

50. Uma vez que a norma consignada no art. 37, § 6º, da CF/1988, adota o verbo “causar” para caracterização da responsabilidade objetiva, sustenta-se a sua não incidência em evento omissivo, pois este não atuaria como causa, mas condição do dano.

51. Tais idéias não seriam inferidas apenas da literalidade do dispositivo, porquanto o texto constitucional, com sua carga política, não é sede apropriada para preciosismos técnicos, puramente jurídicos.

52. A exegese teria raiz superiormente lógica, pois competindo ao Estado cuidar do bem-estar social e da incolumidade dos direitos em grau objetivo e subjetivo, poderia ser chamado a reparar danos em qualquer fato lesivo praticado por terceiro, caso fosse invariavelmente objetiva sua responsabilidade.

53. Sempre cabível seria a afirmação, em tal hipótese, de que o Poder Público não assegurara a devida proteção dos interesses da coletividade, cabendo-lhe, por conseguinte, o débito de recomposição do *status quo ante*.

54. A Carta da República, é de se presumir, jamais imporia tamanha carga ao erário, porque a aplicação indiscriminada da responsabilidade objetiva amparada no risco administrativo implicaria na autofagia do Estado.

55. Sob o prisma da responsabilidade subjetiva a qual é estruturada na falta do serviço, o Estado está livre do dever de indenizar com a simples demonstração do funcionamento regular e eficiente do serviço de fiscalização, globalmente considerado.

56. Estaria afastado o fator culpa, cuja representação reside na inoperância do serviço, na operação abaixo dos padrões razoavelmente exigíveis ou na sua operação ineficaz.

57. Expoente dessa linha de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou inefficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o

autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constitua em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Não bastará, então, para configurar-se a responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo.

58. Na esfera da responsabilidade subjetiva pela falta do serviço, realça-se a importância da culpa do comportamento estatal para a eclosão do dever de indenizar. Esse aspecto subjetivo, por óbvio, não se equipara à noção de culpa própria das relações de direito privado. Caracteriza-se, no âmbito do direito administrativo, por uma posição de inferioridade do Poder Público diante dos padrões normais de eficiência, aquilatados em função do patamar de desenvolvimento da sociedade, sob a perspectiva da tecnologia, da cultura, da economia e do momento histórico.

59. Por outro lado, evitando engendrar embaraços intransponíveis à tutela dos direitos dos administrados, a teoria da

“culpa” ou “falta” do serviço presume, em nível relativo, a culpa da administração, motivo pelo qual cabe ao Estado o ônus de provar a regularidade de sua conduta, especialmente nas situações limítrofes.

60. A jurisprudência atual, com meridiana clareza, adota majoritariamente essa orientação, estampada, com absoluta clareza, no voto proferido no RE 409.203/RS, da lavra do Ministro Carlos Velloso, que possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DO SERVIÇO. CF, ART. 37, § 6º.

I - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II - A falha do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III - Crime de estupro praticado por apenado fugitivo do sistema penitenciário do Estado: nesse caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o crime de estupro, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato. Precedentes do STF: RE 369.820/RS, Ministro Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19.12.1996; RE 130.764/PR, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

(STF. RE 409203/RS. Segunda Turma. DJ: 20/04/2007)

61. Em suma, em caso de omissão do Estado, o dever de indenizar surgirá – nos moldes da teoria da falta do serviço – se caracterizados: a) conduta; b) dano; c) dever de impedir o dano; d) quebra desse dever, em razão de funcionamento deficiente do aparelho administrativo (este não opera, opera irregularmente ou opera sem a presteza devida quando, pelos padrões razoavelmente exigíveis, deveria atuar de modo a impedir o dano).

62. No vértice oposto, elidem ou atenuam o dever de indemnizar a ausência de culpa da administração e a culpa concorrente do administrado.

63. Pois bem, a demandante lastreia sua pretensão no art. 5º, incisos V e X, da Carta Magna e nos artigos 186, 187 e 927 da Lei Substantiva Civil, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...);

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...);

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

64. O ponto controvertido na demanda reside em se aferir a ocorrência de ofensa moral à autora (lesão à honra, ao bom nome profissional e à saúde mental), perpetrada pelos demandados, apta a lhe causar dano moral passível de indenização.

65. A demandante entende que houve lesão à sua honra, ao seu bom nome profissional e à sua saúde mental, macula-

dos por um *e-mail* que teria conteúdo ofensivo, dirigido pela primeira demandada ao segundo demandado e a diversos discentes do IFS.

66. Não existe controvérsia sobre o envio da mensagem ao Coordenador do Curso de Tecnologia e Gestão de Turismo, via *e-mail*, a qual tinha o seguinte conteúdo (fls. 19/20):

Aracaju, 16 de junho de 2011

De: Turma do 4º TGTU

Para: Coordenador do Curso de Tecnologia e Gestão de Turismo

**COMUNICADO**

Nós, Turma do Curso de Gestão de Turismo, identificada como 4º TGTU, vimos por meio deste comunicar a essa Coordenadoria o não comparecimento da mesma na visita técnica agendada pela Professora Mary Nadja Lima Santos orientadora da disciplina de Políticas Públicas de Turismo para o dia 17 de junho do corrente ano com destino ao Litoral Sul (município de Estância e Indiaroba), a qual cursamos. O motivo do não comparecimento ocorre em virtude do difícil relacionamento estabelecido pela orientadora envolvida em um alto estado emocional descontrolado e exacerbado chegando a constrangimentos coletivos e pontuais não observando que nós alunos também devemos ser tratados com o devido respeito partindo princípio que esse “patamar” não se configura como inferior ao de um professor. Essa relação aluno-professor acarreta um tratamento cordial e respeitoso independente de titulações acadêmicas ou não. Os saberes não são medidos somente a partir da academia, também são aferidos conforme trajetória cultural de cada indivíduo.

Nesse sentido, se faz necessário o estabelecimento de um diálogo, pacífico e cordial sem acarretar em inviabilidades de estudo e desistência quanto ao cumprimento da carga horária final da disciplina de Políticas Públicas do Turismo, em razão dessa pontuação efetuada por essa turma, que entende que todo ser humano é passível de falhas, mesmo com qualificação técnica para exercer determinadas atividades não ponderando a necessidade de relacionamento saudável e respeitoso com os seres humanos.

Cordialmente alunos do 4º TGTU

67. Também não há dúvida de que a demandada Roseane enviou a mensagem para os titulares dos e-mails jamesbn@gmail.com, dktpin@hotmail.com, camilalai@hotmail.com, carolyna.guia@gmail.com, cris23\_so@hotmail.com, joao.s.brazil@hotmail.com, viviane\_caravalho88@hotmail.com, marilia.barroso@hotmail.com (...).

A ilustre Magistrada esclareceu, ainda, que os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo corroboraram as assertivas expostas e, que, a demandante, ao ser ouvida em Juízo, ratificou os fatos narrados na peça vestibular, descrevendo-os de forma minuciosa e detalhada e, que, a própria demandada Roseana Santos Mesquita, em seu depoimento pessoal prestado em Juízo, admitiu, embora com conotação diversa, ter enviado, juntamente com dois colegas, o comunicado endereçado ao coordenador do curso de tecnologia em gestão de turismo, Prof. Jaime José da Silveira Barros Melo, e a alguns alunos, bem assim de ter sido ela a remetente do e-mail (fls. 19 e 20).

Por fim, a nobre sentenciante concluiu, que:

71. À luz dessas ponderações, convém ressaltar que, em princípio, é legítima a solicitação efetuada pela demandada Roseane (membro do corpo discente), por via de e-mail, endereçada ao corpo técnico-administrativo do IFS, visando à intermediação deste na solução de conflito acadêmico com a demandante (corpo docente), consoante legislação pertinente:

Art. 33 É assegurado aos estudantes o direito de:

(...);

III - representar com substância, em termos e por escrito, contra atitudes, omissões ou deficiências de professores, servidores e serviços da escola;

(...);

XV - levar ao conhecimento da Coordenação Pedagógica ou Gestores de Ensino as dificuldades de aprendizagem e problemas pessoais, visando um melhor acompanhamento;

72. Nada obstante, o cerne da questão reside no conteúdo da mensagem, em especial, na expressão: “O motivo do não comparecimento ocorre em virtude do difícil relacionamento estabelecido pela orientadora envolvida em um alto estado emocional descontrolado e exacerbado chegando a constrangimentos coletivos e pontuais não observando que nós alunos tam-

bém devemos ser tratados com o devido respeito partindo princípio que esse “patamar” não se configura como inferior ao de um professor.”

73. No contexto da expressão citada, não vislumbro o teor ofensivo e desrespeitoso dos vocábulos descontrolado e exacerbado, enfatizados pela demandante.

74. Em verdade a missiva tem caráter essencialmente técnico e, consoante dito acima, foi endereçada ao conselheiro do curso, buscando-se a intermediação deste na solução de um problema acadêmico. Houve, tão somente, o cumprimento do Regulamento da Organização Didática do IFS, que assim estabelece:

#### REGULAMENTO DA ORGANIZAÇÃO DIDÁTICA (ROD/2011)

Art. 62. O Conselho de Classe é um órgão colegiado, de natureza consultiva, orientado para favorecer o protagonismo dos estudantes e professores, tendo em vista a melhoria permanente da organização do trabalho escolar e dos processos de ensino e aprendizagem.

(...).

Art. 64. O Conselho de Classe será constituído por membros permanentes e eventuais, a saber:

I - Membros permanentes:

(...);

e) Coordenador do Curso;

75. Contrapondo-se, a demandante procura dar uma dimensão exagerada para a reparabilidade do dano moral, a partir de situação que não chega a caracterizar uma dor, um sofrimento, mas apenas um transtorno, um dissabor que se deu a partir de fatos meramente acadêmicos, ocorridos no IFS.

76. Por certo, o acervo probatório demonstra que a mensagem enviada pela demandada Roseana ao conselheiro do curso e aos alunos de sua turma não tinha a conotação ofensiva sustentada pela autora desde a inicial, nem a intenção de ridicularizá-la junto à instituição de ensino e à coletividade estudantil. Os desentendimentos, implicâncias e descontentamentos entre aluno e professor são, sabidamente, comuns no meio educacional, mas, nem por isso, haverão de dar automático motivo à reparação civil.

77. No caso dos autos, diante da licitude do ato praticado pela demandada Roseane, tem-se não haver fato passível de imputar responsabilidade à mesma e ao IFS. Então, via de

consequência, impõe-se o não acolhimento da pretendida indenização por danos morais.

78. Convém lembrar, por último, que a chefia da Divisão de Apoio à Pesquisa, código FG-1; a representação legal do IFS junto ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/PIBIT/CNPq e a Direção Institucional dos Grupos de Pesquisa, instituída pela Portaria nº 527 de 12/04/2011, outrora ocupadas pela demandante, são funções de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, inciso II, da Carta Magna, de sorte que a exoneração da demandante dessas funções não gera, igualmente, direito à indenização por danos morais.

Esforçado nessas razões, nego provimento à apelação cível. Manutenção da sucumbência.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 566.793-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelantes: AUTO POSTO DONA ROZA LTDA. E AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP  
Apelados: OS MESMOS  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. VIANEI BEZERRA SIQUEIRA E OUTROS

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 50 DO CC. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL FRAUDULENTA. REDIRECIONAMENTO DE DÍVIDA FISCAL NÃO TRIBUTÁRIA PARA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA DEVEDORA ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. SÚMULA N° 168 DO EXTINTO TFR.**  
- O art. 50 do CC assevera: “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo

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

- *Aplicam-se os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica também em relação a pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico familiar de fato, quando caracterizada confusão patrimonial e/ou sucessão empresarial fraudulenta.*
- *In casu, a inclusão, pelo Juízo a quo, da embarcante no polo passivo de ação executiva ajuizada para cobrança de crédito de natureza não tributária (multa punitiva) é medida acertada, pois restou comprovada não só a confusão patrimonial entre as sociedades empresárias, mas também a sucessão empresarial fraudulenta (em razão da extinção irregular da devedora originária).*
- *Aplicação, por analogia, da Súmula 168 do TFR, considerando que o Termo de Dívida Ativa, in casu, contempla o encargo legal de 20%, nos moldes ali indicados.*
- *Apelações desprovidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento 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, 20 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que desconsiderou a personalidade jurídica de empresa devedora em execução fiscal de dívida não tributária, para incluir, no polo passivo da demanda, a sociedade comercial ora apelante, aplicando o disposto no art. 50 do CC, pois se entendeu não só ter havido sucessão empresarial fraudulenta, mas também confusão patrimonial.

Sustenta a embargante, em apertada síntese, que: a) não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica da executada, vez que inexistente qualquer requisito previsto no art. 50 do Código Civil, devendo ser reconhecida sua ilegitimidade passiva na execução fiscal; b) por se tratar de execução fiscal promovida em razão de multa punitiva, não deve suportar o pagamento, por força do princípio da pessoalidade da pena; c) o art. 4º, § 4º, da Portaria nº 116 da ANP impossibilita a exploração econômica de posto de combustível no mesmo estabelecimento em que funcionava outra empresa, sem que haja a comprovação de que as atividades da sucedida foram realmente extintas.

Por seu turno, a ANP, em seu apelo, pugna pela condenação da embargante ao pagamento em honorários advocatícios.

Contrarrazões da ANP às fls. 101/104.

Sem contrarrazões da embargante, a despeito de ter sido regularmente intimada.

É o relatório.

## **VOTO**

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

A questão posta a este juízo versa sobre a possibilidade de redirecionamento de execução fiscal para a empresa sucessora, com fulcro no art. 50 do Código Civil, quando verificada a existência de elementos probatórios que indiquem a sucessão empresarial fraudulenta, bem como a confusão patrimonial.

Inicialmente, entendo não merecer acolhimento o pleito da apelante/embargante.

O art. 50 do CC prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando constatado desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial. Vejamos:

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

Grife-se que a responsabilização patrimonial ocasionada pela desconsideração não atinge tão somente as pessoas físicas descritas no preceito normativo acima transscrito, é aplicável também a uma pessoa jurídica, desde que caracterizado o intuito de valer-se abusivamente de outra personalidade jurídica, para se eximir do cumprimento de obrigações que porventura surjam em razão da prática de atos realizados em nome da pessoa jurídica utilizada como ferramenta.

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. SUCESSÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONCEITO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA. SANÇÃO POR ATO ILÍCITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 8º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI 6.830/1998. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA.

1. As disposições da Lei nº 9.873/1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva no exercício do poder de polícia pela Administração Pública Federal, não incidem sobre execução fiscal da União, regulamentada pela Lei 6.830/1998.
2. Interposta a execução fiscal dentro do prazo do art. 8º, parágrafo 2º, da Lei 6.830/1998, não há que se falar em prescrição do direito de ação.
3. “**A existência de fortes indícios que permitam chegar à conclusão da ocorrência de confusão patrimonial (art. 50 do Código Civil) e mesmo da sucessão de**

**atividade empresarial, é suficiente para autorizar a inclusão da sociedade empresarial apontada como sucessora no polo passivo da demanda.”** Precedentes.

4. “A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão”. (STJ, REsp 923.012/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, *DJe* 24/06/2010.)

5. Jurisprudência sedimentada no sentido de que, em embargos à execução fiscal da União Federal, a condenação em honorários de advogado é substituída pelo encargo de 20%, previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69. Consolidação no enunciado nº 168 da Súmula do egrégio TFR.

6. Apelação provida, em parte, para afastar a condenação da apelante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

(TRF5, 3ª T, AC 540.895, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, *DJe* 11/06/13). (Grifei)

No presente caso, trata-se de embargos à execução proposto pela AUTO POSTO DONA ROZA LTDA. em razão da sua inclusão no polo passivo de executivo fiscal ajuizado em face de JULIETE E SILVA COMÉRCIO DERIVADOS DE PETRÓLEO para cobrança de crédito de natureza não tributária (multa punitiva).

A sentença ora impugnada baseou-se, para reconhecer a legitimidade passiva da embargante no feito executivo, basicamente, no argumento da caracterização da sucessão empresarial fraudulenta, uma vez verificada a confusão patrimonial entre as sociedades acima mencionadas.

Compulsando os autos, observo que, muito embora as duas empresas constituíssem pessoas jurídicas distintas, tal disparidade resumia-se apenas ao plano formal, porquanto, faticamente, tratava-se de sociedades comerciais submetidas à gestão do mesmo grupo econômico familiar.

Corroborando o exposto, ao cotejar os atos constitutivos das aludidas sociedades (fls. 99, 103, 123, 124, 134 do ANEXO I), veri-

fico que algumas filiais das duas empresas, ainda que em épocas diferentes, funcionaram nos mesmos endereços. Constatou, ainda, que, mesmo após a dissolução irregular da JULIETE E SILVA COMÉRCIO DERIVADOS DE PETRÓLEO (fato incontroverso nos autos), a embargante passou a atuar com sede no endereço que havia sido local de funcionamento de filial da irregularmente extinta (fl. 137 do ANEXO I), o que caracteriza a confusão patrimonial e a sucessão empresarial, sobretudo quando levado em consideração o grau de parentesco entre os integrantes do corpo societário das sociedades empresariais em tela (fls. 160/164 do ANEXO I).

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o art. 4º, § 4º, da Portaria nº 116/00 da ANP – que impossibilita a instalação de posto de combustível no mesmo local em que outro funciona, sem que este extinga suas atividades – é uma norma que imprime um dever a todos a quem ela se dirige. Todavia, a sua mera existência no mundo jurídico não garante o fato de que não existirão transgressões ao seu texto, caso contrário desnecessário seria a previsão de multa para aqueles que se portassem na contramão das determinações dela.

Além do funcionamento nos mesmos locais, do parentesco entre os sócios das empresas e da dissolução irregular da devedora inicial (JULIETE e SILVA LTDA.), a ratificar a sobredita confusão patrimonial, mencione-se o fato de que as sociedades tinham/têm o mesmo administrador, o Sr. Iranilson Lopes da Silva (fls. 106/108, 143/144 do ANEXO I), assim como possuíam/possuem o mesmo objeto societário (comercialização de derivados de petróleo).

Diante dos fatos acima expostos, forçoso reconhecer que as referidas sociedades empresárias, embora juridicamente fossem pessoas distintas, comungavam de um único acervo patrimonial, gerido por um grupo econômico familiar de fato, razão pela qual a desconsideração da personalidade jurídica para inclusão da embargante no polo passivo da demanda executiva é medida que se impõe.

Ressalte-se que, compartilhando o mesmo patrimônio, eventual dívida contraída por qualquer uma das sociedades empresariais em comento, independentemente da sua natureza, deverá ser

suportada pelo mencionado patrimônio, de modo que inexiste espaço, aqui, para discussão acerca da aplicação do princípio da pessoalidade das penas.

Por derradeiro, para robustecer os argumentos até aqui erigidos, trago à tona alguns precedentes jurisprudenciais:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EXECUTADA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1 - Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2 - A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, a, da CF/88.

3 - A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4 - O recurso especial não pode ser provido quando a indicação expressa do dispositivo legal violado está ausente.

**5 - As conclusões do acórdão recorrido – quanto (i) ao cabimento da desconsideração da personalidade jurídica em razão da confusão patrimonial detectada; (ii) à admissibilidade da adoção dessa medida incidentalmente no processo de execução; e (iii) à possibilidade de se atingir o patrimônio de sociedades integrantes do mesmo grupo econômico quando evidenciado que sua estrutura é meramente formal – se coadunam com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal.**

6 - O reconhecimento da formação de grupo econômico e

a verificação da presença dos pressupostos exigidos para desconsideração da personalidade jurídica decorreram de detida análise do acervo fático-probatório que integra os autos, circunstâncias que não podem ser reexaminadas em recurso especial. Incidência dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

7 - Recursos especiais não providos.

(STJ, 3º T, REsp 1326201, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 16/05/13). (Grifei)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de suposta afronta a dispositivo constitucional, por se tratar de matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

2. O afastamento, pelo Tribunal de origem, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da parte recorrida, em face da revaloração das provas dos autos, não importa em cerceamento de defesa, mormente quando tal decisão não se baseou em ausência de prova, mas no entendimento de que os pressupostos autorizativos de tal medida não se encontrariam presentes.

**3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.**

4. Tendo o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que

não estariam presentes os pressupostos para aplicação da *disregard doctrine*, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedente do STJ.

5. Inexistência de dissídio jurisprudencial.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, 5º T, REsp 968564, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02/03/09). (Grifei)

No que se refere ao apelo da ANP, deve-se aplicar, por analogia, a Súmula 168 do TFR, considerando que o Termo de Dívida Ativa, *in casu*, contempla o encargo legal de 20%, nos moldes ali indicados.

Por todo o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.608-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: UNIÃO E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. RESERVA INDÍGENA OCUPADA PELOS KARIRI-XOCÓS. AQUISIÇÃO DE NOVA ÁREA A SER DESTINADA EXCLUSIVAMENTE AOS KAXAGÓS. GRUPO ÉTNICO FORMADO PELA UNIÃO DE DIVERSOS REMANESCENTES INDÍGENAS. INTEGRAÇÃO À COMUNHÃO NACIONAL. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. PROCESSO DEMARCATÓRIO REGULADO EM LEI E DECRETO FEDERAL. INTERVENÇÃO JUDICIAL. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS.**

*- Ação civil pública movida com o fim de compelir a União e a FUNAI a adquirir terras de terceiros com a finalidade de abrigar os povos da etnia*

*Kaxagó que atualmente dividem uma área demarcada de 4.419 hectares juntamente com os índios da Tribo Kariri-Xocó.*

*- A Constituição Federal de 1988 inclui, dentre os bens da União, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, reconhecendo-lhes a posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes.*

*- Considera-se índio ou silvícola como “o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.*

*Art. 3º, I, da Lei 6.001/73.*

*- O regime protetivo instituído pela Lei 6.001/73 aplica-se aos indígenas ainda não integrados à comunhão nacional, os quais ficam sujeitos ao regime tutelar diferenciado nela estabelecido. Assim, havendo a integração dos indígenas à comunhão nacional, haverá a liberação do regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio.*

*- A tribo dos Kariri-Xocós é o resultado da união de diversos grupos indígenas (entre outros os Pankaruru, Karapotós, Xocó, Fulni-ô, Caxagó) que no século XIX buscaram refúgio no aldeamento dos Kariris de Porto Real do Colégio.*

*- Trata-se de comunidade formada por pessoas nascidas na aldeia, sejam estas ameríndias, negras ou brancas. Assim, em virtude da existência de mestiçagem, existem diferenças internas na tribo. Embora se encontrem plenamente integrados à comunhão nacional, preservam sua indianidade pelo ritual do Ouricuri.*

*- O art. 231, § 1º, da Constituição Federal define terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos re-*

*cursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições”.*

*- O processo demarcatório de terras indígenas encontra-se regulado na Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio e no Decreto 1.775/96, cujas regras foram declaradas, pelo Pretório Excelso STF, compatíveis com a CF/88. Precedentes do STF.*

*- Em que pese a Constituição Federal assegurar aos indígenas a prerrogativa de ingressarem em juízo para a defesa de seus direitos e interesses (art. 232) bem assim de atribuir ao Ministério Público a função institucional de defender os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) e aos juízes federais a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), a intervenção judicial para condenar a União a demarcar terras somente se afiguraria possível de modo excepcional, quando inexistente solução alternativa ou houver omissão do Poder Executivo quando configurada alguma das situações elencadas no parágrafo 1º do art. 20 da Lei 6.001/73.*

*- A demarcação de terras indígenas é um procedimento a cargo do Poder Executivo, cabível, contudo, a tutela jurisdicional, caso o Poder Executivo demonstre-se inerte diante de determinadas situações estabelecidas em lei, mormente, àquelas arroladas no art. 20, § 1º, da Lei 6.001/73, o que não se revela, no caso dos autos.*

*- No caso dos autos, ainda que existam diferenças internas, de acordo com os usos e costumes que lhes são próprios, não se revela clavidente, a ponto de justificar a intervenção jurisdicional, a existência de animosidade bem como de luta entre os grupos tribais, haja vista que apenas um índio recebeu ameaças de morte.*

*- Nos termos da legislação pertinente, a remoção de grupo tribal somente caberá quando im-*

*possível ou não aconselhável a permanência conjunta das tribos.*

**- Apelações da UNIÃO e da FUNAI providas.**

## ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações ajuizadas pela UNIÃO e pela FUNAI em face de sentença, proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Sergipe, em sede de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal.

A sentença combatida julgou procedente a ação para determinar: a) à FUNAI que, dentro de 4 (quatro) meses, contados da ciência da sentença, conclua o Processo Administrativo 08768.000.023/2005-DV, instaurado a pedido do cacique da tribo Kaxagó, Ivanildo dos Santos e; b) à União, em parceria com a FUNAI, no prazo de 12 (doze) meses a partir do trânsito em julgado da sentença, adquira e demarque terras para alocar, em área que viabilize a sobrevivência física e cultural da tribo Kaxagó que atualmente está ocupando território da tribo Kariri-Xocó no Município de Porto Real do Colégio/AL, com fundamento nos arts. 231/CF, e 26 da Lei 6.001/73.

A sentença pode ser resumida na seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. DEMORA ADMINISTRATIVA. CONFLITO ENTRE COMUNIDADES INDÍGENAS.

## ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

I - Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da União e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, objetivando a conclusão do Processo Administrativo nº 08768.000.023/2005-DV, bem como a aquisição de terras em benefício da tribo Kaxagó.

II - Versando a presente ação sobre os interesses individuais e indisponíveis relativos às comunidades indígenas, cabível é a ação civil pública para determinar o procedimento de demarcação de terras indígenas, eis que é via adequada para a proteção de tais interesses;

III - Procedência dos pedidos.

Aduz a UNIÃO, em seu recurso, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva bem assim que a legitimidade passiva da FUNAI restringe-se aos casos em que estão envolvidos indígenas não aculturados.

No mérito, alega a inexistência de omissão da administração pública bem assim que a convivência entre as etnias indígenas aqui citadas é pacífica; argumenta, ademais, que a aquisição de terras com destinação indígena somente se justifica quando comprovada a existência de fatos de extraordinária gravidade, conflito irreversível entre grupos e/ou núcleos familiares indígenas habitantes da mesma terra, o que não restou comprovado.

Requer seja dado provimento ao recurso para que seja reconhecida a ilegitimidade passiva da UNIÃO e, alternativamente, a reforma da decisão agravada julgando-se improcedente a demanda.

A FUNAI sustenta a existência de ação ordinária (Processo nº 000294-85.2007.4.05.8001) em tramitação na 8ª Vara Federal de Alagoas, visando a anulação do procedimento demarcatório da terra indígena Kariri-Xocó.

Argumenta ainda que a condição étnica dos Kaxagós nunca foi alegada pelos ancestrais desses índios, pois pertencem à etnia dos Kariri-Xocós e Pankararu, de maneira que, em razão de serem desconhecidas terras imemoriais dos Kaxagós, seria necessária realização de estudos antropológicos.

Argui ademais a ausência de omissão por parte da Administração Pública na condução do processo relativo à terra indígena em questão. Por outro lado, deduz que não houve a oitiva de nenhum índio da etnia Kariri-Xocó bem assim a não comprovação da existência de conflito insolúvel entre os integrantes das tribos Kariri-Xocó e Kaxagós, pois um único índio recebeu ameaça de morte.

Levanta ainda o argumento de que a demarcação de terras, nos termos do Decreto 1.775/96, deve ser precedida de processo administrativo, de iniciativa da FUNAI, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etno-histórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser delimitada constitui terra tradicionalmente ocupada pelos índios.

Sustenta, outrossim, a limitação dos recursos orçamentários bem como que a aquisição de terras somente pode ser realizada após a comprovação da existência de fatos de extraordinária gravidade, tais como conflitos irreversíveis entre grupos e/ou núcleos familiares indígenas habitantes de uma mesma terra e impactos de empreendimentos.

Assevera que por força do princípio da reserva do possível a implementação dos direitos sociais se subordina à existência de recursos econômicos. Requer a reforma da sentença, julgando-se procedente os pedidos da autora.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento do apelo, opinando pela manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Os direitos dos povos indígenas no Brasil foram elevados ao patamar constitucional, pela primeira vez, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que respeitou a posse das terras de silvícolas que nelas se achem localizados, vedando, contudo, a alienação das mesmas.

Disposição semelhante constou do texto das Constituições de 1937 e 1946. A Constituição de 1967 incluiu, dentre os bens da União, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, garantindo a estes a posse permanente das terras que habitam bem como o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Durante a vigência da Constituição Federal de 1967 houve a promulgação, em 1973, da Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio.

A Constituição Federal de 1988 manteve, dentre os bens da União, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, reconhecendo-lhes a posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes.

O Estatuto do Índio define (art. 3º, I) o índio ou silvícola como “*o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*”.

Nessa senda, os considera como:

I - **Isolados** - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - **Em vias de integração** - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - **Integrados** - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

É importante destacar que o regime protetivo instituído pela Lei 6.001/73 aplica-se aos indígenas ainda não integrados à comunhão nacional, os quais ficam sujeitos ao regime tutelar diferenciado nela estabelecido. Assim, havendo a integração dos indí-

genas à comunhão nacional, haverá a liberação do regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio.

Em consulta ao site do Ministério da Justiça ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)) verifiquei que a tribo dos Kariri-Xocós é o resultado da união de diversos grupos indígenas (entre outros os Pankaruru, Karapotós, Xocó, Fulni-ô, Caxagó) que no século XIX buscaram refúgio no aldeamento dos Kariris localizado no Município de Porto Real do Colégio - AL.

Destaque-se, ainda, que tais processos migratórios indígenas não foram voluntários, mas, em verdade, decorreram de fugas daqueles que sobreviveram aos massacres impostos pelos proprietários rurais, o que foi impulsionado pela política adotada durante o Império do Brasil, mormente após a promulgação da Lei Imperial 601, de 18 de setembro de 1850, que regulamentava as áreas sem dono ou não utilizadas.

É de bom alvitre destacar que a Constituição do Império do Brasil não contemplou nenhuma norma sobre a questão indígena e que, após a edição da Lei de Terras, os índios foram submetidos a um verdadeiro extermínio.

Nesse contexto, os poucos silvícolas que conseguiram sobreviver fugiram e se uniram a outros de tribos diversas, formando novas etnias. Tal processo se revela claramente em relação aos índios denominados Kariri-Xocós que nada mais são do que o resultado da reunião de diversas tribos tais como os denominados Kariris, Xocós, Kaxagos, Pankarurus, Karapatós.

Ainda de acordo com informações constantes do site do Ministério da Justiça pode-se perceber que se trata de comunidade formada por pessoas nascidas na aldeia, sejam estas ameríndias, negras ou brancas. Assim, em virtude da existência de mestiçagem existem diferenças internas na tribo.

Percebe-se, igualmente, que já se encontram integradas à comunhão nacional, que não preservaram sua língua, que vivem como populações rurais de baixa renda, vendendo sua força de trabalho a diferentes atividades agropecuárias na região. Contudo, preservaram sua indianidade pelo ritual do Ouricuri.

No tocante aos grupos indígenas envolvidos nestes autos, destaco, do relatório do Ministério da Justiça, que:

Os Kariri-Xocó estão localizados na região do baixo São Francisco, no Município alagoano de Porto Real do Colégio, cuja sede fica em frente à cidade sergipana de Propriá. As duas cidades estão ligadas pela ponte que serve de eixo entre a região sul e o nordeste brasileiro, como parte da BR-101. A aldeia e o posto indígena estão cerca de um quilômetro da praça central da cidade.

Representam, na realidade, o que resta da fusão de vários grupos tribais depois de séculos de aldeamento e catequese. Seu cotidiano é muito semelhante ao das populações rurais de baixa renda que vendem sua força de trabalho nas diferentes atividades agropecuárias da região. Contudo, pode-se dizer que é um grupo que tem sua indianidade preservada pela manutenção do ritual do Ouricuri.

#### **Nome**

**A denominação Kariri-Xocó foi adotada como consequência da mais recente fusão, ocorrida há cerca de 100 anos entre os Kariri de Porto Real de Colégio e parte dos Xocó da ilha fluvial sergipana de São Pedro. Estes, quando foram extintas as aldeias indígenas pela política fundiária do Império, tiveram suas terras aforadas e invadidas, indo buscar refúgio junto aos Kariri da outra margem do rio.**

Kariri (ou Kiriri), por outro lado, é um nome recorrente no Nordeste e evoca uma grande nação que teria ocupado boa parte do território dos atuais estados nordestinos desde a Bahia até o Maranhão. As referências a Xocó (ou Ciocó) remontam ao século XVIII.

**No interior do grupo esta dupla denominação também pode causar disputa ou motivar união. Quando ainda aspiravam conquistar de volta a ilha de São Pedro, juntamente com os Xocó que permaneceram no Município sergipano de Porto da Folha, a ascendência Xocó era a mais acionada.** Por outro lado, quando perceberam que a conquista das terras da Fazenda Modelo ou Semementeira era politicamente viável, a identidade Kariri se sobrepôs.

## Língua

Os Kariri-Xocó **não preservaram sua língua**. Apenas alguns termos foram mantidos. Clarice Novaes da Mota, em *As Jurema told us* (1987), faz minucioso levantamento de vocábulos indígenas usados pelos Kariri-Xocó para designar plantas mágicas e medicinais por eles utilizadas. Os mesmos afirmam preservar “na idioma”, como se referem à sua língua extinta, expressões mágicas do ritual do Ouricuri.

## População

Ao tratar da demografia Kariri-Xocó é preciso levar em conta que **entre as pessoas que se auto-identificam como índias e como tal são identificadas pelo grupo e pelos não índios, há negros, loiros de olhos azuis e biotipos ameríndios**. Ser índio em Porto Real do Colégio significa ser filho da aldeia e conhecer o segredo do Ouricuri, desde a primeira infância. Há, porém, uma diferenciação interna. **Se a pessoa tem pai e mãe identificados como Kariri e/ou Xocó, é descendente. Se, além disso frequenta o Ouricuri, é conhedor**. Para ser realmente membro da aldeia, pois, o ideal é ser descendente e conhedor. Há, contudo, formas atenuantes: a parte não-índia de um casamento misto pode vir a ser um caboclo de entrada se, merecendo a confiança do grupo, for convidado pelo pajé a frequentar o Ouricuri. Há ainda a condição de cabeça seca, que inclui todos nós que não conhecemos o segredo do Ouricuri.

## Remanejamento das atividades econômicas

Com a instalação da Hidroelétrica de Sobradinho, que começou a funcionar em 1979, a agricultura de inundação teve de ser repensada, pois, devido à barragem, o rio já não teria seu ciclo de enchentes e vazantes determinado pelo sistema de seus afluentes. Assim sendo as áreas anteriormente inundáveis são desapropriadas para dar lugar a projetos de agricultura de irrigação.

Tendo em vista as modificações provocadas pela barragem de Sobradinho, que inviabilizava a agricultura que obedecia ao ciclo de enchente e vazante do Rio São Francisco, as várzeas inundáveis são em grande parte desapropriadas para que se implantem projetos de irrigação baseados

em lotes distribuídos num sistema de cooperativa agrícola. Um deles foi o Projeto Itiúba, implantado em 1975 na região de Colégio. Alguns índios conseguem nele inscrever-se como parceiros, com acesso a empréstimo bancário pagável com produção agrícola, participação nas reuniões dos cooperativados, devendo obedecer aos horários de abertura da água para irrigar seus lotes e aceitar a supervisão dos agrônomos da CODEVASF, que distribuía a semente de arroz padronizada. A maioria, porém, se sente discriminada. **Em 1980, os mesmos Kariri-Xocó que invadiram a Fazenda Modelo pressionam a CODEVASF para que alguns dos seus sejam selecionados como parceiros.** Organizam um piquete à entrada da sede administrativa do projeto e conseguem que mais índios, em número superior a quarenta, sejam aceitos como parceiros. Estes, porém, ficam separados dos primeiros, em lotes de um outro setor, de cuja má qualidade se queixam, passando posteriormente a ser assistidos por um técnico contratado pela FUNAI. A situação, porém, não é satisfatória e poucos parceiros, índios ou não, conseguem obter um saldo positivo junto à cooperativa. **Alguns vão trabalhar no corte de cana de usinas localizadas no sul do Estado de Alagoas em áreas onde esta cultura é recente.**

**Outra fonte de renda é o uso do barro para a fabricação de tijolos pelos homens, sendo as mulheres do grupo famosas ceramistas. Normalmente a cerâmica é feita na entressafra, quando as mulheres não trabalham na agricultura. Fabricam potes e outras peças utilitárias. Registros antigos se referem a esta atividade como uma alternativa para os períodos de crise.** Durante a enchente de 1979, foi a única atividade que pôde ser realizada para ajudar no sustento do grupo. Na Fazenda Modelo ou Semementeira há lagoas com barro de reconhecida qualidade. Entretanto, apesar de ser uma prática secular, já nos fins dos anos 1980 parecia estar diminuindo o interesse das jovens em aprender a tradicional manufatura.

### **Organização social e política**

**Na condição de integrados, os Kariri-Xocó participam intensamente do cotidiano da sociedade local, como**

**representantes das camadas mais pobres.** Como acontece entre estas, fazem uso do clientelismo e do compadrio como formas de lidar com a ordem estabelecida. O compadrio ajuda a resolver problemas de saúde, obtenção de empregos, vaga na escola. O clientelismo se faz presente sobretudo na política local. Os índios, apesar de tutelados, podem votar e ser votados (Resolução 7.019/66 do TSE). Em 1983 havia um índio vereador na Câmara Municipal de Porto Real do Colégio.

**Os índios nascem e morrem dentro dos rituais da Igreja Católica. As crianças costumam ser batizadas e registradas. São enterrados no cemitério local dentro do mesmo esquema reservado para os pobres em geral.**

Desta feita, conclui-se que os índios em questão estão completamente integrados à comunhão nacional e fazem parte do mesmo grupo étnico, pois, resultam de fusão de diversos remanescentes de grupos indígenas os quais foram expulsos de suas terras, durante o Século XIX, após a promulgação da Lei de Terras do Império do Brasil, e que se refugiaram junto aos índios Cariris em Porto Real do Colégio - AL.

No que pertine às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, o art. 231, § 1º, da Constituição Federal define-as como “*as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os seus usos, costumes e tradições*”.

O processo demarcatório de terras indígenas encontra-se regulado na Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio e no Decreto 1.775/96, cujas regras foram declaradas, pelo Pretório Excelso - STF, compatíveis com a CF/88. Cito, por exemplo: (RMS 26212/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 03/05/2011), (Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, 19/03/2009).

Nessa vereda, o processo de demarcação das terras dar-se-á administrativamente, obedecido o rito previsto em decreto do Poder Executivo, sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (no caso, a FUNAI):

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitoria ou à demarcatória.

Já o Decreto 1.775/96 determina que a demarcação será fundamentada em trabalho desenvolvido por antropólogo de qualificação reconhecida, devendo, ainda, a FUNAI designar grupo técnico composto, de preferência, por servidores do órgão, coordenados por antropólogo, com a finalidade de desenvolverem estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessário à delimitação.

Em que pese a Constituição Federal assegurar aos indígenas a prerrogativa de ingressarem em juízo para a defesa de seus direitos e interesses (art. 232) bem assim de atribuir ao Ministério Público a função institucional de defender os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) e aos juízes federais a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), a intervenção judicial para condenar a União a demarcar terras somente se afiguraria possível de modo excepcional quando inexistente solução alternativa ou houver omissão do Poder Executivo quando configurada alguma das situações elencadas no parágrafo 1º do art. 20 da Lei 6.001/73.

Assim, conclui-se que a demarcação de terras indígenas é um procedimento a cargo do Poder Executivo, cabível, contudo, a tutela jurisdicional, caso o Poder Executivo demonstre-se inerte diante de determinadas situações estabelecidas em lei, mormente, aquelas arroladas no art. 20, § 1º, da Lei 6.001/73, adiante transcrita:

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada

a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suassórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

No caso dos autos, ainda que existam diferenciações internas, de acordo com os usos e costumes que lhes são próprios, não se revela clarividente, a ponto de justificar a intervenção jurisdicional, a existência de animosidade bem como de luta entre os grupos tribais, haja vista que apenas um índio recebeu ameaças de morte.

Destaque-se, outrossim, que nos termos da legislação pertinente a remoção de grupo tribal somente caberá quando impossível ou não aconselhável a permanência conjunta das tribos.

Com essas considerações, dou provimento aos recursos apresentados pela União e pela FUNAI.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.892-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO (CONVOCADO)  
Apelante: JEDIDA FERREIRA MEDEIROS E OUTROS  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. ROSENO DE LIMA SOUSA E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. INSS. AUXÍLIO-DOENÇA. PEDIDO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. FALECIMENTO DO AUTOR, HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA. AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE A INCAPACIDADE LABORAL DO DEMANDANTE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.**

- *A sentença recorrida julgou a ação improcedente, constatando a ausência de provas para concessão do benefício requerido.*
- *Os herdeiros habilitados nos autos pretendem obter o direito à percepção do crédito devido ao demandante até a data do óbito do referido segurado.*
- *Os herdeiros, devidamente habilitados nestes autos, alegam que a documentação anexada aos autos comprova a qualidade de segurado especial do demandante; já ter sido reconhecida a qualidade de segurado especial nos Autos do Processo nº 0162011000094-6, em que foi concedida a pensão por morte à viúva do demandante; que o demandante, já falecido, sempre trabalhou na agricultura, em regime de economia familiar; ter sido a prova testemunhal favorável ao reconhecimento da qualidade de segurado especial do demandante; ser cabível a condenação do INSS no pagamento do auxílio-doença.*
- *O autor anexou aos autos documentação necessária ao reconhecimento do início de prova*

- material sobre a qualidade de segurado especial.*
- A cópia da sentença que concedeu o direito à pensão por morte à viúva, de fls. 97/100, reconheceu a condição de segurado especial do demandante, e, ainda, esclareceu que “O exercício de emprego fora do roçado foi esporádico e não impediu que o falecido voltasse ao exercício da condição de agricultor”.*
- Ocorre que o benefício objeto da presente demanda, não depende apenas da prova sobre a qualidade de segurado especial do demandante, mas, também, da prova concernente à incapacidade laboral do demandante, fato que não foi provado nestes autos.*
- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 567.892-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO (Convocado):

1. Trata-se de recurso de apelação de JEDIDA FERREIRA DA COSTA e OUTROS interposto da sentença que julgou a ação improcedente não reconhecendo o direito do demandante ao benefício do auxílio-doença.

2. O demandante JOSÉ MILTON DE MEDEIROS alega ser portador de insuficiência cardíaca, CID I50.9, tendo promovido a presente ação para fins de percepção do auxílio-doença.

3. Alega ter se submetido a inspeção médica que o considerou inapto para o trabalho, e, ter requerido administrativamente o direito ao auxílio-doença, tendo sido tal pedido indeferido, sob a alegativa de não ter sido constatada a incapacidade contínua para o trabalho.

4. Aduz que a incapacidade laboral permanece, e, por este motivo requer a concessão do auxílio-doença, fundamentando o seu pedido na Lei nº 8.213/91 e no Decreto nº 611/91, tendo providenciado a juntada de documentos.

5. O INSS, em sua contestação, alega o seguinte: a) ter sido o benefício indeferido em razão da perda da qualidade de segurado do demandante; b) que são requisitos para a concessão do benefício a “*qualidade de segurado*”, “*o cumprimento ao prazo de carência*” (se for caso), a “*incapacidade permanente ou temporária*”; c) a ausência de comprovação do exercício da atividade rural no prazo de carência exigido em lei; d) a impossibilidade de recepção da prova exclusivamente testemunhal.

6. A parte demandante apresentou impugnação à fl. 45; e, em sequência, às fls. 47/48, noticia o agravamento da doença, tendo sido submetido a hemodiálise.

7. A MM. Juíza de Direito determinou a realização de perícia médica à fl. 50.

8. À fl. 61 foi providenciada a juntada de cópia da Certidão de Óbito do demandante, em sequência, a referida julgadora determinou a habilitação dos herdeiros.

9. A esposa e filhos do demandante falecido requereram, através da petição de fl. 65, a habilitação nos autos.

10. A MM. Juíza de Direito deferiu a habilitação à fl. 81, designando a realização de audiência, realizada no dia 13.12.2012 (fls. 93/96).

11. A viúva do demandante, Sra. JEDIDA FERREIRA MEDEIROS, anexou cópia da sentença prolatada em outro processo em que obteve o direito à percepção da pensão por morte de trabalhador rural (fls. 97/100).

12. O MM. Juiz de Direito da Comarca de Cuité julgou a ação improcedente, não reconhecendo a qualidade de segurado especial do demandante; ressaltando, ainda, que, em face do óbito do demandante, não foi possível a realização da perícia médica.

13. Os herdeiros, devidamente habilitados nestes autos, alegam o seguinte em seu recurso de apelação: a) que a documentação anexada aos autos comprova a qualidade de segurado especial do demandante; b) já ter sido reconhecida a qualidade de segurado especial nos Autos do Processo nº 0162011000094-6, em que foi concedida a pensão por morte à viúva do demandante; c) que o demandante, já falecido, sempre trabalhou na agricultura, em regime de economia familiar; d) ter sido a prova testemunhal favorável ao reconhecimento da qualidade de segurado especial do demandante; e) ser cabível a condenação do INSS no pagamento do auxílio-doença.

14. O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

15. O INSS apresentou contrarrazões ao recurso.

16. É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO (Relator Convocado):

1. Inicialmente, ressalto que, diante do falecimento do demandante, em caso de procedência da ação, os herdeiros habilitados nos autos farão jus ao crédito devido ao demandante até a data do óbito do segurado.

2. O *caput* do art. 59 da Lei nº 8.213/91 assim dispõe sobre a matéria:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

3. As medidas implementadas pelo Governo Federal na última década vem objetivando a fixação das famílias que vivem da agri-

cultura no meio rural, obstando a migração dessas famílias para os centros urbanos, e incentivando a economia deste setor, de especial importância nos países que objetivam crescimento econômico.

4. Apesar disso, ainda persiste a necessidade de conferir um melhor nível de escolarização às pessoas que vivem da agricultura, pois, muitas vezes, o trabalhador rural dedica toda uma vida ao plantio e não possui sequer um documento que possa servir de prova idônea para a obtenção do benefício a que faria jus.

5. A prova unicamente testemunhal revela-se frágil e pode favorecer indevidamente aos que nunca foram trabalhadores rurais e que objetivam apenas se locupletar do benefício previdenciário.

6. Desta feita, torna-se necessária uma avaliação criteriosa das provas apresentadas nos processos dos que lidam com a agricultura, tal entendimento, inclusive vem sendo prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo o seguinte julgado:

**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.  
PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RAZOÁVEL INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Esta Corte Superior de Justiça, consolidou o entendimento de que o rol de documentos descrito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, e não taxativo, aceita como início de prova material documentos como os que a autora, ora agravada, apresentou nos autos.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag1247858/MG, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (convocado), DJe 21.11.2011)

7. Não se deve confundir o empregado rural com o trabalhador rural que, através do regime de economia familiar, vive da agricultura de subsistência para a sua sobrevivência e de seu núcleo familiar. O primeiro possui documentação para comprovação da atividade rural, ou seja, carteira de trabalho com as devidas especificações dos contratos de trabalho, já o segundo, em regra, vive na informalidade e a prova de seu trabalho exige o conhecimento de seu histórico de vida laboral acrescido do máximo de prova documental, assim como de prova testemunhal, que possam de-

monstrar, ao menos, o início de prova material concernente ao exercício efetivo da atividade rural.

8. Neste contexto, exsurge, a cada dia, a necessidade de que esta situação seja revista pelo legislador, sindicatos e, especialmente, pela autarquia previdenciária, no sentido de criar métodos mais eficientes de atender aos reclamos dos trabalhadores rurais, criando métodos de aferição mais específicos de forma a não causar prejuízo ao trabalhador que sobrevive da agricultura.

9. O demandado anexou aos autos os seguintes documentos:  
a) certidão de casamento com referência à profissão de agricultor do demandante, e, ainda, com referência à profissão de agricultor do pai do demandante; b) cópia de atestado médico contendo recomendação para afastamento das atividades pelo período de 90 dias; c) declaração sobre o exercício da atividade rural no período de 23.01.2002 a 18.11.2009; d) ficha de associado do demandante ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Nova Floresta, datado de 18.02.1986; e) cópia de entrevista rural.

10. Entre os julgados que dispõem sobre a matéria, selecione o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RECONHECIMENTO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. QUALIFICAÇÃO DE LAVRADOR, CONSTANTE NA CERTIDÃO DE ÓBITO DO CÔNJUGE, CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/ STJ.

1. A questão relativa à comprovação de atividade laborativa por trabalhador rural já foi objeto de ampla discussão nesta Corte, estando hoje pacificada a compreensão segundo a qual, para demonstrar o exercício do labor rural é necessário um início de prova material, sendo desnecessária que se refira a todo o período de carência legalmente exigido no art. 142, c/c o art. 143 da Lei nº 8.213/1991.

2. (...).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1147973/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 29.03.2012)

11. A prova testemunhal produzida nos autos foi favorável ao demandante, tendo as testemunhas confirmado o trabalho rural do autor por tempo superior ao período de carência.

12. Vislumbro, portanto, o início de prova material concernente à condição de trabalhador rural do demandante em período superior ao descrito nos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91.

13. O demandante, em sua petição inicial, afirma ser portador de insuficiência cardíaca, CID I50.9.

14. A certidão de óbito do demandante informa como *causa mortis* a “Insuficiência respiratória aguda, Nefropatia crônica terminal, *Diabetes mellitus*”.

15. Logo, não existe correlação entre a *causa mortis* e a doença alegada pelo demandante na petição inicial, o que, a meu ver, apenas seria esclarecido através de perícia médica, contudo, diante do óbito do demandante, este procedimento restou prejudicado.

16. A cópia da sentença que concedeu o direito à pensão por morte à viúva, de fls. 97/100, reconheceu a condição de segurado especial do demandante, e, ainda, esclareceu que “O exercício de emprego fora do roçado foi esporádico e não impediu que o falecido voltasse ao exercício da condição de agricultor”.

17. Ocorre que o benefício objeto da presente demanda, não depende apenas da prova sobre a qualidade de segurado especial do demandante, mas, também, da prova concernente à incapacidade laboral do demandante, fato que não foi provado nestes autos.

18. Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

19. É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 569.589-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

Apelante: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5<sup>a</sup> REGIÃO

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. LOCOMOTIVA A VAPOR. VALOR HISTÓRICO. CONVÊNIO FIRMANDO ENTRE A RFFSA E O MUSEU DO TREM. ENTIDADES EXTINTAS. MÁ CONSERVAÇÃO DO BEM. EXPOSIÇÃO ÀS INTEMPÉRIES. RESCISÃO DO CONVÊNIO. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.***

- Apelação de sentença, que julgou procedentes os pedidos, consistentes em: a) reconhecer a importância histórica da Locomotiva Catita nº 03 e seu reboque para o Estado do Rio Grande do Norte, caracterizando-se como patrimônio cultural do povo potiguar; b) reconhecer como tal a locomotiva que se encontra no Museu do Trem de Recife; c) declarar rescindido o Convênio nº 44/2003, e sem efeito o seu sucessor, mencionando pelo IPHAN em audiência, caso existente, apenas quanto à Locomotiva nº 03 e seu reboque; d) condenar os demandados a entregar a Locomotiva nº 03 (Catita) e seu reboque ao Estado do Rio Grande do Norte, que deverá providenciar seu transporte de volta a Natal; e) extinguir o processo sem resolução do mérito ao pleito de condenação do IPHAN ao transporte da locomotiva, vez que o Estado do Rio Grande do Norte manifestou-se no sentido de ter interesse em custear tal providência.

- Preliminarmente, o IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é uma au-

*tarquia federal, vinculada ao Ministério da Cultura, fato que atrai a competência da Justiça Federal, e considerando que o juízo competente para o julgamento do feito é aquele que tem jurisdição sobre o território no qual ocorreu o dano, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85, define incontestavelmente a competência do Juízo Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. (AGTR 99312, Des. Fed. Francisco Wildo, DJe em 08/04/2010)*

*- O Convênio nº 44/2003 determina que após o término do prazo ajustado, o Governo do Estado, por intermédio da secretaria competente, providenciará a liberação dos bens em favor da RFFSA, podendo ser rescindido, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações assumidas e especificadas em sua Cláusula Segunda, situação que afasta a possibilidade de tombamento do bem por parte do Estado de Pernambuco.*

*- Sabe-se que a RFFSA foi extinta, bem como o Museu do Trem do Recife, e que o Banco do Brasil, sucessor da autarquia, vendeu os bens à empresa Aço Norte S/A, à qual não foi enviada a locomotiva em questão, havendo afirmação nos autos, de que houve negociação extrajudicial, no sentido de manter a máquina na Estação Central do Recife, onde a instituição financeira pretende erigir centro cultural.*

*- Verifica-se pelas alegações e provas apresentadas nos autos, que o IPHAN não tomou qualquer providência no sentido de conservar/restaurar a locomotiva denominada “Catita 3”, inclusive se manifestou no sentido de concordar com o pedido de devolução do bem, como se vê à fl. 133, voltando atrás, entretanto, na ocasião de sua contestação, e, posteriormente, em fase recursal.*

- A despeito do técnico Manoel Tomé de Souza haver afirmado que a referida locomotiva não mais existia, porquanto fora vendida à Aço Norte S/A, não foi produzida qualquer prova documental neste sentido, havendo, por outro lado, depoimento de ex-funcionário da RFFSA - Severino Camarão da Rocha (fl. 230), no sentido de que a locomotiva “Catita 3”, apesar de incluída na venda, não foi recebida pela indústria de aço, ocasião em que houve negociação extrajudicial, conforme mencionado acima.
- Verifica-se, através das fotografias anexadas aos autos, que a máquina está guardada em parte externa do prédio da Estação Central do Recife, submetendo-se às intempéries, as quais, com certeza, destruirão o equipamento, que ora se encontra em lastimável estado de manutenção.
- Apesar do descaso do IPHAN em relação à locomotiva, insurge-se contra a sentença, inclusive suscitando possíveis interesses de terceiros – tombamento do bem pelo Estado de Pernambuco –, mas não apresenta qualquer plano de recuperação do bem ou de sua possível utilização em benefício da sociedade.
- O Estado do Rio Grande do Norte, ao contrário, comprometeu-se em arcar com os custos de transporte e recuperação do bem, fato relevante na solução do problema premente, visto que a máquina encontra-se em avançado estado de perecimento.
- No tocante ao art. 9º da Lei nº 11.483/2007, que declara a competência discricionária do IPHAN, para administrar os bens móveis de valor histórico, não se aplica ao caso, porquanto o bem em questão não lhe foi afeto definitivamente, sendo objeto de convênio com prazo determinado.
- Considerando o valor histórico da locomotiva, amplamente demonstrado nos autos, inclusive tendo sido utilizada no transporte do ex-Presi-

*dente da República Washington Luiz, e seu pre-cário estado de conservação, impõem ao Estado o dever de tomar medidas necessárias, a fim de evitar o seu indevido perecimento, mediante a revogação do convênio, visto que não foi cumprido, bem como a autorização de transporte ao Estado do Rio Grande do Norte, o qual se manifestou no sentido de ter interesse na sua preservação e recuperação.*

**- Improvimento da apelação.**

## 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 à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 29 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação de sentença, que julgou procedentes os pedidos, consistentes em: a) reconhecer a importância histórica da Locomotiva Catita nº 03 e seu reboque para o Estado do Rio Grande de Norte, caracterizando-se como patrimônio cultural do povo potiguar; b) reconhecer como tal a locomotiva que se encontra no Museu do Trem de Recife; c) declarar rescindido o Convênio nº 44/2003, e sem efeito o seu sucessor, mencionado pelo IPHAN em audiência, caso existente, apenas quanto à Locomotiva nº 03 e seu reboque; d) condenar os demandados a entregar a Locomotiva nº 03 (Catita) e seu reboque ao Estado do Rio Grande do Norte, que deverá providenciar seu transporte de volta a Natal; e) extinguir o processo sem resolução do mérito ao pleito de condenação

do IPHAN ao transporte da locomotiva, vez que o Estado do Rio Grande do Norte manifestou-se no sentido de ter interesse em custear tal providência.

O IPHAN requer, preliminarmente, a declaração de incompetência da Justiça Federal do Rio Grande do Norte para o julgamento do feito, uma vez que o bem pretendido encontra-se no Estado de Pernambuco, precisamente no Museu do Trem do Recife, cuja gestão está sob sua competência.

Alega que a RFFSA, através de seu então chefe regional, pronunciou-se oficialmente no sentido de que o bem em questão não é a locomotiva originária do Rio Grande do Norte, que o bem é objeto de convênio firmado entre o Governo do Estado de Pernambuco e a Fundação do Banco do Brasil, cuja vigência expirar-se-á em 16/01/2023, sendo passível, ainda, de tombamento estadual.

Finaliza, alegando que é o gestor da memória ferroviária, nos termos do art. 9º da Lei nº 11.483/2007, tendo competência discricionária para administrar os bens móveis de valor histórico.

Contrarrazões do MPF às fls. 521/537.

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

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

## VOTO

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

Preliminarmente, o IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Cultura, fato que atrai a competência da Justiça Federal, e considerando que o juízo competente para o julgamento do feito é aquele que tem jurisdição sobre o território no qual ocorreu o dano, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85, define incontestavelmente a competência do Juízo Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Neste sentido, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 99.312, Relator o Desembargador Federal Francisco Wildo, publicado no *DJe* em 08/04/2010:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONEXÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA INDIVIDUAL, COLETIVA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAUSA DE PEDIR REMOTA. SIMILITUDE. REUNIÃO DOS FEITOS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROVIMENTO.

1. **Agravo de instrumento desafiado contra decisão que suscitou conflito de competência perante o STJ por entender que competente para o processamento e julgamento da demanda é o Juízo de Direito da Comarca de Laranjeiras/SE, suposto local da ocorrência do dano que se pretende ver indenizado.**
2. Há inegável similitude entre as causas de pedir remotas das ações referenciadas que autorizam o reconhecimento da conexão, visto que tanto na ação civil pública como nas ações de indenização, coletiva e individual, o fato que ensejou suas proposituras é exatamente o mesmo, qual seja, o dano ambiental hipoteticamente cometido.
3. Existem duas subespécies de causa de pedir: a remota, identificada como a relação jurídica que nasce por incidência da lei, e a próxima, vista como um estado de fato contrário ao direito. (excerto da obra “Teoria Geral do Processo (jurisdição, ação (defesa), processo)”, Francisco Wildo Lacerda Dantas, 2<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Método, 2007).
4. Embora não haja identidade integral da causa de pedir ou de pedidos, o reconhecimento da conexão e a consequente ordem para reunião dos feitos se justificam pela inegável afinidade das relações substanciais, até mesmo para que se prime pela observância dos princípios da economia processual, celeridade e, mais ainda, da segurança jurídica.
5. Conflito de Competência apreciado pelo STJ, entendendo aquela Corte que, face à ausência de qualquer dos entes elencados no art. 109 da CF/88, competente para examinar a demanda é o Juízo de Direito da Comarca de Laranjeiras/SE, o que ratifica o *decisum agravado*.
6. Embargos de declaração prejudicados em face de não mais subsistir a decisão que ensejou a sua oposição.
7. Agravo de instrumento provido.

O Convênio nº 44/2003 determina que após o término do prazo ajustado, o Governo do Estado, por intermédio da secretaria competente, providenciará a liberação dos bens em favor da RFFSA, podendo ser rescindido, na hipótese de descumprimento de qual-

quer das obrigações assumidas e especificadas em sua Cláusula Segunda, situação que afasta a possibilidade de tombamento do bem por parte do Estado de Pernambuco.

Sabe-se que a RFFSA foi extinta, bem como o Museu do Trem do Recife, e que o Banco do Brasil, sucessor da autarquia, vendeu os bens à empresa Aço Norte S/A, à qual não foi enviada a locomotiva em questão, havendo afirmação nos autos, de que houve negociação extrajudicial, no sentido de manter a máquina na Estação Central do Recife, onde a instituição financeira pretende erigir centro cultural.

Verifica-se pelas alegações e provas apresentadas nos autos, que o IPHAN não tomou qualquer providência no sentido de conservar/restaurar a locomotiva denominada “Catita 3”, inclusive se manifestou no sentido de concordar com o pedido de devolução do bem, como se vê à fl. 133, voltando atrás, entretanto, na ocasião de sua contestação, e, posteriormente, em fase recursal.

A despeito do técnico Manoel Tomé de Souza haver afirmado que a referida locomotiva não mais existia, por quanto fora vendida à Aço Norte S/A, não foi produzida qualquer prova documental neste sentido, havendo, por outro lado, depoimento de ex-funcionário da RFFSA - Severino Camarão da Rocha (fl. 230), no sentido de que a locomotiva “Catita 3”, apesar de incluída na venda, não foi recebida pela indústria de aço, ocasião em que houve negociação extrajudicial, conforme mencionado acima.

Verifica-se, através das fotografias anexadas aos autos, que a máquina está guardada em parte externa do prédio da Estação Central do Recife, submetendo-se às intempéries, as quais, com certeza, destruirão o equipamento, que ora se encontra em lastimável estado de manutenção.

Apesar do descaso do IPHAN em relação à locomotiva, insurge-se contra a sentença, inclusive suscitando possíveis interesses de terceiros – tombamento do bem pelo Estado de Pernambuco –, mas não apresenta qualquer plano de recuperação do bem ou de sua possível utilização em benefício da sociedade.

O Estado do Rio Grande do Norte, ao contrário, comprometeu-se em arcar com os custos de transporte e recuperação do

bem, fato relevante na solução do problema premente, visto que a máquina encontra-se em avançado estado de perecimento.

No tocante ao art. 9º da Lei nº 11.483/2007, que declara a competência discricionária do IPHAN, para administrar os bens móveis de valor histórico, não se aplica ao caso, porquanto o bem em questão não lhe foi afeto definitivamente, sendo objeto de convênio com prazo determinado.

Considerando o valor histórico da locomotiva, amplamente demonstrado nos autos, inclusive tendo sido utilizada no transporte do ex-Presidente da República Washington Luiz, e seu precário estado de conservação, impõem ao Estado o dever de tomar medidas necessárias, a fim de evitar o seu indevido perecimento, mediante a revogação do convênio, visto que não foi cumprido, bem como a autorização de transporte ao Estado do Rio Grande do Norte, o qual se manifestou no sentido de ter interesse na sua preservação e recuperação.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL N° 0800026-34.2013.4.05.8309 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)  
Apelante: RAIMUNDO JOÃO DA SILVA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Adv./Proc.: DR. JOÃO PAULO GOMES PEDROSA BEZERRA (APTE.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO RECONHECIDA EM AÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.***

***- A presente demanda tem como ponto controverso a existência ou não do dever do réu de resarcir aos cofres do INSS, valores recebidos in-***

*devidamente de aposentadoria por idade rural no período de 19/11/1991 a 30/11/2011.*

*- Não havendo boa-fé por parte do réu no recebimento indevido do benefício, impõe-se a devolução dos valores percebidos no período, uma vez que não pode o réu se eximir do dever de resarcimento do erário alegando o caráter alimentar das prestações recebidas indevidamente, tendo em vista que a concessão do benefício se deu de forma fraudulenta.*

*- O processo administrativo de concessão do benefício evidencia que o réu prestou informações não corretas ao afirmar que vivia exclusivamente da roça, tendo omitido que exercia atividade remunerada na Prefeitura de Araripe/PE. Também se observa que, em sentença prolatada nos autos do Processo nº 0000017-42.2012.4.05.8309, transitada em julgado em 5/11/2012, reconheceu-se a existência de má-fé do autor (ora réu recorrente), sendo o pleito de restabelecimento julgado improcedente.*

*- Sendo reconhecida a má-fé, não há como negar o pedido de devolução dos valores indevidamente pagos.*

*- Apelação improvida.*

## ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgamento.

Recife, 1º de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -  
Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

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

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido, para condenar o réu a ressarcir ao INSS os valores recebidos indevidamente a título de aposentadoria rural no período de 19/11/1991 a 30/11/2011, atualizados monetariamente e acrescidos de juros moratórios nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Sustenta, em suma, o recorrente, que a condenação na devolução dos valores irá privá-lo da própria sobrevivência, pois trata-se de pessoa idosa, com mais de 80 anos, doente, conforme laudos acostados, não podendo se desfazer de qualquer parte de sua pequena aposentadoria. Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

## **VOTO**

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

A parte recorrente requereu, em 19/11/1991, o benefício de aposentadoria por idade, por se enquadrar na condição de segurado especial, nos termos delineados pela Lei nº 8.213/91. À época, o interessado prestou entrevista rural, na qual afirmou exercer exclusivamente a atividade rurícola, assim como declarou que sua subsistência se dava pelo trabalho rural (v. fl. 04 - DOC. ID 4058309.188601). Entretanto, o INSS, em trabalho de revisão de benefícios, constatou que o beneficiário mantinha vínculo com o Município de Araripina/PE no período computado como tempo de exercício de atividade rural necessário à concessão do benefício. Ausente o regime de economia familiar exigido pelo art. 11, VII, § 1º, da Lei nº 8.213/91, depreende-se que a concessão do benefício foi irregular.

Cumpre ressaltar que o réu ajuizou ação objetivando o restabelecimento do benefício de aposentadoria por idade rural cessado pelo INSS. Alegava a decadência do direito do INSS de revisar o benefício, dada a inexistência de má-fé no recebimento do benefí-

cio. Na sentença prolatada naqueles autos (Processo nº 0000017-42.2012.4.05.8309), transitada em julgado em 5/11/2012, reconheceu-se a existência de má-fé do autor (ora réu), sendo o pleito de restabelecimento julgado improcedente. Muito embora a administração possua a prerrogativa de rever seus atos, quando maculados pelo vício de ilegalidade, não é devida a restituição de valores recebidos de boa-fé (ainda que indevidamente) a título de aposentadoria rural por idade, na condição de segurado especial, pois tais valores têm o caráter estritamente alimentar, destinada ao consumo imediato. Porém, não havendo boa-fé por parte do réu no recebimento indevido do benefício, impõe-se a devolução dos valores percebidos no período, uma vez que não pode o réu se eximir do dever de resarcimento do erário alegando o caráter alimentar das prestações recebidas indevidamente, tendo em vista que a concessão do benefício se deu de forma fraudulenta.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. CONCESSÃO MEDIANTE FRAUDE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DA BENEFICIÁRIA.

1. A apelante pede a condenação do INSS a "... não inscrever em Dívida Ativa, não executar judicialmente e não descontar..." a quantia de R\$ 38.645,59, recebida a título de aposentadoria por idade (NB 134.991.920-6), no período de 20/12/2004 a 31/8/2011. Alega que foi induzida a erro pelo ex-servidor da autarquia previdenciária, que a fez crer que faria jus ao benefício.
2. A irregularidade resultou na inclusão indevida do período de 01/01/1970 a 20/12/1987, "exercido" como segurada especial – trabalhadora rural.
3. Na entrevista rural, a autora declarou que era trabalhadora rural de 1968 a 2004, sem nunca ter se afastado da atividade rural, atividade que era realizada para consumo próprio e da família. Entretanto, constam do CNIS os vínculos empregatícios com as seguintes empresas: Cities Comércio e Participações Ltda. [de 02/02/1987 a 28/07/1988]; Apart Hotel de Pouso e Turismo Ltda. [de 01/07/1993 a 18/07/1996] e Severino Camilo da Silva Filho [de 26/02/1998 a 26/12/1998].
4. Em face dos flagrantes indícios de fraude, foi ouvida no processo administrativo de revisão do benefício, tendo admi-

tido que “... nunca trabalhou na agricultura e nem conhece o Sítio Pé de Serra, nunca ouviu falar nesse Sítio Pé de Serra, não sabe nem onde fica”.

5. Desse modo, foram comprovados apenas 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 14 (quatorze) dias, correspondentes a 66 (sessenta e seis) contribuições, quando à época do pedido eram exigidas 138 (cento e trinta e oito) contribuições.

6. Não demonstrada a boa-fé da beneficiária, impõe-se a devolução dos valores percebidos, a ser feita nos moldes do art. 115, II, da Lei nº 8.213/91.

7. Desprovimento da apelação.

(TRF 5ª Região, AC 558.754/PB, rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJe 4.7.2013)

A alegação de que se trata hoje de pessoa idosa, não tem o condão de afastar sua responsabilidade, uma vez que concorreu para a concessão indevida do benefício. Sendo reconhecida a má-fé, não há como negar o pedido de devolução dos valores indevidamente pagos. Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL N° 0800068-10.2013.4.05.8204 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: JOSEFA DIOGO DE LIMA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Adv./Procs.: DRS. MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA (APTE.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA. DISCUSSÃO RELATIVA À CESSAÇÃO DE BENEFÍCIO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. TRABALHO INFANTIL. DIREITO AO CÔMPUTO DO RESPECTIVO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO.**

*- Considerado o teor de voto relacionado ao feito principal, não se apresenta qualquer das hipóteses previstas no artigo 301 do Código Processual Civil, não se configurando coisa julgada*

*impeditiva da discussão da cessação do benefício da autora.*

*- Estando a lide apta a julgamento, incidem as disposições constantes do artigo 515, § 3º, do Estatuto Processual Civil.*

*- A despeito da necessidade de se coibir o trabalho infantil, não se pode olvidar a realidade nacional, penalizando-se, com a desconsideração de tal trabalho para fins previdenciários, duplamente aos que, em tenra idade, são obrigados a lutar por sua própria subsistência.*

*- Inadmissível a desconsideração do labor infantil, evidencia-se, em função das peças nos autos reproduzidas, o direito da autora ao restabelecimento de sua aposentadoria e ao pagamento das verbas pretéritas, atualizadas por correção baseada no INPC e juros da caderneta de poupança.*

*- Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Codex, é fixada em 10% do valor da condenação, observada a Súmula nº 111 do eg. STJ.*

*- Presentes os requisitos do art. 273 do CPC e tendo em vista a busca da efetiva prestação jurisdicional, há que ser acolhida a tutela antecipada, considerando a idade da autora e sua situação de hipossuficiência.*

*- Apelação provida.*

## ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação interposta por JOSEFA DIOGO DE LIMA em face de sentença em que, reconhecida a existência de coisa julgada, foi extinta, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código Processual Civil, ação com que seencionava restabelecer benefício previdenciário originalmente implantado em 1977 (Doc. nº 4058204.87930, p. 19). Apresentando prequestionamento relativo ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a recorrente alega, em síntese, que a sentença merece imediata reforma, ressaltando a necessidade de antecipação dos efeitos da tutela, já que:

a) em verdade, há equívoco no entendimento externado pelo magistrado de 1º grau, pois, sendo distintas as causas de pedir remotas (cessação do pagamento de benefício previdenciário em diferentes momentos, nos anos de 2008 e 2013) e não tendo sido analisada, na Ação nº 0009193-23.2008.4.05.8200, a questão referente ao cômputo do labor infantil para fins previdenciários, não se apresenta coisa julgada, devendo, então, ser afastada a incidência das disposições constantes do artigo 267, inciso V, do referido Estatuto Processual Civil;

b) rechaçada a tese de configuração de coisa julgada, esta eg. Corte deve se manifestar expressamente a respeito da mencionada questão do labor infantil, reconhecendo, ao fim, seu direito à percepção do benefício previdenciário em discussão (aposentadoria por tempo de serviço). A apelante, ao fim, requer ainda a antecipação da tutela recursal. Contrarrazões.

É o relatório.

## **VOTO**

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

O cerne da controvérsia diz respeito à ocorrência de coisa julgada justificadora da extinção da ação original sem exame do mérito.

Na análise do caso, constato que a sentença deve ser reformada.

*Ab initio*, não vislumbro a configuração de coisa julgada impeditiva do processamento do feito original, vez que, considerando o teor do voto vencedor proferido neste eg. Regional na Ação nº 0009193-23.2008.4.05.8200 (documento de nº 4058204.87930, pp. 16 a 17), entendo que não se apresenta qualquer das hipóteses previstas no artigo 301 do Código Processual Civil. Em interpretação diversa da realizada no Juízo de 1º grau, tenho que, na verdade, apenas não se admite questionamento acerca da decadência, questão esta sim objeto de apreciação na aludida ação. Rechaçada, pois, a coisa julgada, volto-me, com amparo nas disposições constantes do artigo 515, § 3º, do Estatuto Processual Civil, ao exame do mérito da demanda. Compulsando os autos, observo que o cômputo do labor infantil para fins previdenciários constitui-se no principal ponto controvertido da lide, verificando, ademais, que, a despeito da necessidade de se coibir esta prática, não se pode olvidar a realidade nacional, penalizando-se, com a desconsideração de tal trabalho, duplamente aos que, em tenra idade, são obrigados a lutar por sua própria subsistência. Efetivamente demonstrado o trabalho infantil, o tempo de serviço correspondente deve ser considerado para fins previdenciários. Nesta linha diretriva, destacam-se os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. QUÍMICOS: HIDROCARBONETOS (BENZINA E PERCLORE-TILENO). RUÍDO MÉDIO. LAUDOS E FORMULÁRIOS. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE ESPECIAL. POSSIBILIDADE. FATOR DE CONVERSÃO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL COMPLEMENTADA POR PROVATESTEMUNHAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A antecipação de tutela é concedida quando, existindo prova inequívoca, se convença o Juiz da verossimilhança da alegação e ocorrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do CPC).

2. O cômputo do tempo de serviço deverá observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º, art. 70 do Decreto nº 3.048/99, com redação do Decreto nº 4.827/03.
3. Estando comprovado o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, com a apresentação de formulários e laudos periciais fornecidos pelas empresas empregadoras, o segurado tem direito ao reconhecimento do tempo de atividade especial para fins previdenciários.
4. É considerada insalubre, para fins de contagem de tempo especial, a atividade desenvolvida com exposição a tóxicos orgânicos – hidrocarbonetos (benzina e percloretileno), conforme o item 1.2.11 do Anexo ao Decreto 53.831/64, e item 1.0.19 do Anexo ao Decreto 2.172/97.
5. Um nível equivalente de pressão sonora (ruído médio) tem o mesmo potencial de lesão auditiva que um nível variável considerado no mesmo intervalo de tempo. A exposição a níveis inferiores a 80 ou 90 decibéis é compensada pela maior agressividade representada pela exposição a níveis superiores a tais patamares.
6. Deve ser considerado como tempo de serviço especial, aquele laborado com exposição a ruídos (médios) superiores a 80,0 dB até 05.03.1997 (Decreto 2.172) e, a partir de então, acima de 85,0 dB, na forma do Decreto 4.882/2003, desde que aferidos esses níveis de pressão sonora por meio de perícia técnica, trazida aos autos ou noticiada no preenchimento de formulário expedido pelo empregador.
7. No caso dos autos, o autor comprovou, por meio de formulários DISES5235 e laudos técnicos correspondentes, exercer funções em contato permanente com agentes insalubres, classificados nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. No período de 12.01.1981 a 30.06.1986 esteve exposto a ruídos médios superiores a 90,0 dB, e, no período de 01.07.1986 a 11.09.1997, esteve exposto a hidrocarbonetos (tóxicos orgânicos: benzina e percloretileno), fazendo jus à contagem do tempo de serviço como especial.
8. O uso de equipamentos de proteção não descaracteriza a situação de agressividade ou nocividade à saúde ou à integridade física no ambiente de trabalho.
9. Na conversão do tempo de serviço especial em tempo comum deve ser aplicado o fator de conversão conforme o

ordenamento vigente à época em que requerida a aposentadoria, utilizando-se, no presente caso, o fator de 1.4 previsto na Lei nº 8.213/91.

10. Cabível o cômputo do tempo de serviço rural prestado pelo menor para fins previdenciários já que a fixação da idade mínima é garantia do trabalhador, a ser usada para sua proteção, e não em seu desfavor. Ora, não pode a proibição do trabalho do menor ser utilizada em seu prejuízo, pois que já penalizado pelo trabalho infantil não podendo, também, ser prejudicado com a desconsideração do tempo de serviço prestado.

11. Demonstrado o tempo de atividade rural por prova testemunhal baseada em início de prova documental, o suplicante tem direito ao reconhecimento do tempo de serviço para fins de aposentadoria.

12. Tratando-se de tempo de serviço rural anterior à vigência da Lei 8.213/91, nos termos dos seus arts. 55, § 2º, e 143, deverá ser ele computado independentemente do recolhimento das contribuições correspondentes, por se destinar à aposentadoria dentro do Regime Geral de Previdência Social.

13. Somando-se o tempo de serviço comum, inclusive o de atividade rural, e o tempo de serviço especial, com conversão do tempo pelo fator 1.4, tem-se que, à data do requerimento administrativo, em 12.09.1997, o autor contava com 31 anos, 8 meses e 27 dias, de tempo de serviço, isto é, havia cumprido os requisitos legais para a concessão da aposentadoria proporcional pelas regras vigentes antes da EC 20/98.

14. Honorários advocatícios mantidos em 10% (dez por cento), incidindo somente sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111/STJ.

15. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.  
(TRF 1ª R., 1ª T., AC nº 200238000047226, rel. Des. Federal Ângela Catão, e-DJF1 27.05.2013, p. 8)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TRABALHO RURAL. PROVA MATERIAL CORROBORADA POR DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. PRETENSÃO DE REFORMA. NÃO CABIMENTO. TRABALHO INFANTIL. RECONHECIMENTO DO SERVIÇO PRESTADO DOS 12 AOS 18 ANOS. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. OCORRÊNCIA.

## PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. Simples pretensão de reforma do julgado não se configura objeto de embargos de declaração, que têm por finalidade exclusiva sanar os vícios de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão, consoante o disposto no art. 535, incisos I e II, do CPC.
2. O acórdão recorrido esposou o claro entendimento de que há nos autos prova material do labor rural do autor antes de completar 14 anos de idade, a qual foi devidamente corroborada por prova testemunhal.
3. A legislação, ao vedar o trabalho infantil, tem por escopo proteger o menor, não podendo ser utilizada em prejuízo do trabalhador, devendo ser reconhecido o tempo de serviço rural relativo ao período posterior aos 12 anos de idade. Precedente do STJ.
4. A fundamentação das decisões judiciais, prevista no texto constitucional, não impõe ao magistrado a obrigatoriedade de responder a todos os questionamentos impostos pelas partes, bastando a fundamentação suficiente ao deslinde da questão.
5. Embargos de declaração acolhidos para, sanando a omissão, alterar o dispositivo do voto e determinar que o tempo de serviço rural do autor seja considerado somente de 20.10.57 a 1972, com alteração do resultado do julgamento (remessa oficial parcialmente provida).  
(TRF 1ª R., 1ª T., EDAC nº 200238010012903, rel. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, e-DJF1 20.07.2011, p. 281)

Deste modo, inadmissível a desconsideração do labor infantil, há que se reconhecer, consideradas as peças nos autos reproduzidas (documentos de nº 4058204.87930, 4058204.87926 e 4058204.87928, especialmente), o direito da autora à aposentação, restabelecendo-se este benefício indevidamente cessado e se condenando o INSS ao pagamento das verbas atrasadas, devidamente atualizadas por juros e correção. A respeito desta atualização, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1270439, sob a sistemática dos recursos repetitivos, decidiu que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, quando do julgamento da ADI nº 4357 e da ADI nº 4425, ocorrido em 14/03/13, não teria atin-

gido a disposição alusiva aos juros, que permaneceram sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança. Por seu turno, a correção monetária das parcelas atrasadas há de ser realizada de acordo com o INPC. Quanto aos honorários advocatícios, em consonância com o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código Processual Civil, entendo justa e razoável sua fixação no percentual de 10% do valor da condenação, observada a Súmula nº 111 do eg. STJ. No tocante à antecipação da tutela requerida na apelação, penso que merece ser concedida, tendo em vista a busca da efetiva prestação jurisdicional, uma vez preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. A verossimilhança das alegações resta demonstrada pelas razões acima apontadas e o perigo na demora configura-se ante a idade da postulante e sua situação de hipossuficiência, além de se tratar de prestação de natureza alimentícia, cuja demora na concessão poderá acarretar prejuízos à sobrevivência da requerente. É de se destacar que a irreversibilidade da medida, diante da verossimilhança dos fatos alegados, não deve ser considerada a ponto de comprometer a proteção do direito da demandante à própria subsistência. Com essas considerações, dou provimento à apelação, determinando o restabelecimento da aposentadoria da autora, o pagamento das verbas pretéritas, devidamente atualizadas por juros e correção, condeno o INSS ao pagamento de honorários na razão de 10% do valor da condenação, observada a Súmula nº 111 do eg. STJ, e concedo a antecipação da tutela requerida.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.375-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelantes: JOSÉ CARLOS VENÂNCIO JÚNIOR, ISABELA FREIRE CARVALHO, FRANCISCO RAFAEL LIMA VENÂNCIO, ELISANDRO ANDRADE LIMA, MATILDE DOS SANTOS CAVALCANTE, MARCELO MAGALHÃES DE SOUZA, SAMUEL ATAIAS LIMA LOPES, LÚCIO WLADER SILVA SARAIVA, FRANCISCO DANIEL BARBOSA COSTA, ADRIANO FEITOSA DE SALES, ANTÔNIO LEONARDO PINHO DE SOUSA, CHARLES ROBSON VIANA NONATO, MARCELO ARAÚJO FONTELES E VALTER VIEIRA DE SOUSA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. PAULO CAUBY BATISTA LIMA E OUTROS, ULISSES TABOSA CAMPOS, JOSÉ BONIFÁCIO DE MACEDO FILHO, ALESSANDRO ALEXANDRE MAIA, FERNANDO ANTÔNIO VIDAL MARQUES, CHARLES DE ALMEIDA KRAUZE E OUTRO E JOSÉ OLIVEIRA DE BRITO FILHO

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. OBTENÇÃO DE DADOS DE CLIENTES DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VIA INTERNET. EFETUAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS, PAGAMENTOS E COMPRAS EM FACE DO ACESSO ILEGAL CONSEGUIDO. FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO PRATICADO EM QUADRILHA.***

- Competência da Justiça Federal para a lide. Precedentes. Escutas telefônicas judicialmente autorizadas e prorrogadas nos termos da lei. Inexistência de nulidade.***
- Fatos elucidados por meio de provas materiais, testemunhais e por confissões qualificadas. Inexistência de dúvida das participações dos réus.***
- Penas fixadas nos moldes do permissivo legal.***

- **Ausência de provas da prática do crime de lavagem de dinheiro em relação a um dos réus. Posição do Ministério Público em ambas as instâncias pela absolvição por este ilícito.**
- **Provimento parcial de seu recurso. Não provimento dos recursos dos outros réus.**

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação de MARCELO MAGALHÃES DE SOUZA e negar provimento às demais, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

Recorrem os réus ante sentença oriunda do Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente a denúncia condenando-os nos seguintes termos:

### IV- DISPOSITIVO.

256 - Assim, ante o exposto e pelo contido nos autos, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para o fim de:

\* CONDENAR os réus, conforme individualização a seguir:

1 - JOSÉ CARLOS VENÂNCIO JÚNIOR, conhecido como “JÚNIOR FLENKIS” ou “JÚNIOR GORDO”, brasileiro, união estável, segundo grau completo, representante comercial, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 08.03.1983, filho de José Carlos Venâncio e de Francisca Veralice Lima Venâncio, portador do RG nº 2000002044553 - SSP/CE e do CPF nº 639.058.413-04, residente na Rua Dom Lino, nº

900, Parquelândia, Fortaleza/CE ou na Av. Francisco Sá, nº 2410, Bloco H, apto. 201, Jacarecanga, CEP 60.310-000, Fortaleza/CE, atualmente recolhido no IPPOO II, pela prática dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal; art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98;

2 - ISABELA FREIRE CARVALHO, brasileira, união estável, terceiro grau, comerciante, natural de São Benedito/CE, nascida em 18.05.1984, filha de Antônio Regis Soares Carvalho e de Ninon Rose de Oliveira Freire, portadora do RG nº 2000002143837 - SSPDC/CE e do CPF nº 974.750.093-00, residente na Rua Rio Negro, Condomínio Praia Sol, bl. 'B', apto. 603, nº 98 (Previcon - Mister Hull), Caucaia-CE, endereço comercial na Rua 24 de Maio, nº 444, Centro, Fortaleza/CE, pelo cometimento dos delitos tipificados no art. 155, § 4º, II, c/c arts. 29 e 71, todos do Código Penal e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98;

3 - ELISANDRO ANDRADE LIMA, vulgo "MANINHO", brasileiro, solteiro, terceiro grau incompleto, professor, natural de Fortaleza/CE, nascido em 01.01.1977, filho de José Antônio Lima de Aguiar e Rita de Cássia Andrade Lima, portador do RG nº 98098077040 - SSPDS e do CPF nº 621.146.623-49, endereço residencial na Rua Paulo Marques, nº 820, Centro, CEP 62.370-000, São Benedito/CE e endereço comercial no Sítio Santos Reis, s/n, Zona Rural, São Benedito/CE, pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, II, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98;

4 - MARCELO MAGALHÃES DE SOUZA, brasileiro, solteiro, segundo grau completo, comerciante, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 24.09.1984, filho de Antônio Edisio Lima de Souza e de Maria Alcione Magalhães de Souza, portador do RG nº 2000002107059 - SSP/CE e do CPF nº 664.389.183-34, endereço residencial na Rua Prof. Heribaldo Costa nº 1828, João XXIII, CEP nº 68.440-000, Fortaleza/CE, ou na Rua Emílio Chastinet Filho, nº 99, Conjunto Omega I, Antônio Bezerra, CEP 60.351-350, Fortaleza/CE e endereço comercial na Av. Major Assis, nº 1858, Jardim Guanabara, Fortaleza/CE, atualmente recolhido no IPPOO II, dando-o como incurso na prática, em tese, dos crimes previstos no art. 288 do Código Penal e

art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98;

5 - MARCELO ARAÚJO FONTELES, brasileiro, solteiro, segundo grau completo, agente de trânsito em Caucaia/CE, natural de Fortaleza/CE, nascido em 06.01.1977, filho de Napoleão de Castro Fonteles e de Maria Zélia Araújo Fonteles, portador do RG nº 94006004430 - SSP/CE e do CPF nº 710.882.883-91, residente na Av. Francisco Sá, nº 2420, Bloco I, apto. 201, Condomínio Jardim Alvorada, Jarcarecanga, CEP 60.310-000, Fortaleza/CE, exercendo sua atividade profissional na Autarquia de Trânsito de Caucaia/CE, pelo cometimento do delito tipificado no art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

6 - LÚCIO WLADER SILVA SARAIVA, também conhecido como “LUCINHO”, brasileiro, casado, segundo grau completo, vendedor de carros, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 10.04.1977, filho de José Ribamar Saraiva e de Liduina Silva Saraiva, portador do RG nº 93002247191 - SSP/CE e do CPF nº 735.414.273-53, residente na Rua Padre Frota, 358, Monte Castelo, exercendo sua atividade profissional na Rua 24 de Maio, Shopping Mercadão, loja 86, Centro, Fortaleza/CE, atualmente recolhido no Instituto Penal Francisco Hélio Viana de Araújo, em Pacatuba/CE, pela prática dos delitos previstos no art. 288 do Código Penal e art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

7 - FRANCISCO DANIEL BARBOSA COSTA, brasileiro, solteiro, comerciante, segundo grau completo, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 25.12.1981, filho de Francisco das Chagas Cavalcante Costa e de Maria Edigleuma Barbosa Costa, portador do RG nº 98002156149 - 2ª via - SSP/CE, CPF nº 651.856.413-04, residente na Rua Waldery Uchoa, 947, Jardim América (ou Rua João Sorongo, 575), Fortaleza/CE, residente e domiciliado na Rua Waldery Uchoa, nº 947, Jardim América, nesta capital, pela prática dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal; art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

8 - ADRIANO FEITOSA SALES, conhecido pela alcunha de “ROQUE” ou “ROCK”, brasileiro, união estável, vendedor, segundo grau completo, natural de Santa Cruz/RJ, nascido aos 19.03.1983, filho de Isva Dimas de Sales e de Regina Sandra Feitosa de Sales, portador do RG nº

95002478290 - 2<sup>a</sup> via - SSP/CE, CPF nº 628.422.933-04, residente na Rua Floriano Peixoto, nº 2459, casa 28, Fátima, Fortaleza/CE, atualmente recolhido no IPPOO II, pelo cometimento dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal; art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

9 - SAMUEL ATAIAS LIMA LOPES, brasileiro, casado, motorista, primeiro grau completo, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 07.03.1983, filho de Raimundo Silva Alves Lopes e de Neidja Maria Lima Lopes, portador da identidade nº 6522912 - MTPS, CPF nº 002.366.293-01, residente na Rua Maria de Lourdes, 272, apto. 103, Mangueiral, Horizonte/CE, exercendo sua atividade profissional na Av. Osório de Paiva, 856, Parangaba, Fortaleza/CE, atualmente recolhido na Casa de Privação Provisória de Liberdade Prof. José Jucá Neto, em Itaitinga/CE, pela prática dos crimes tipificados no art. 288 do Código Penal e art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

10 - MATILDE DOS SANTOS CAVALCANTE, brasileira, união estável, do lar, segundo grau completo, natural de Caucaia/CE, nascida aos 30.08.1983, filha de Valdízio Cavalcante e de Maria Rita dos Santos Cavalcante, portadora do RG nº 2000015038255 - SSP/CE, CPF nº 000.263.653-08, residente na Rua Maria de Lourdes, nº 272, apto. 103, Mangueiral, Horizonte/CE ou Rua 107, 141, 1<sup>a</sup> Etapa, Conjunto Ceará, Fortaleza/CE, imputando-lhe a prática, em tese, do crime previsto no art. 155, § 4º, II, c/c arts. 29 e 71 do Código Penal;

11 - CHARLES ROBSON VIANA NONATO, brasileiro, casado, comerciante, segundo grau completo, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 11.06.1989, filho de Raimundo Nonato Filho e de Maria Denise Viana, portador do RG nº 2003010188288 - SSP/CE, CPF nº 036.636.353-09, residente na Rua Adoaldo Batista, nº 1551, apto. 02, Parque Iracema, Fortaleza/CE, com endereço profissional na Rua Monte Líbano, 422, José Walter, nesta capital, pelo cometimento dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal e art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

12 - VALTER VIEIRA DE SOUSA, brasileiro, solteiro, do lar, superior incompleto (Direito), natural de Ipu/CE, nascido aos 30.08.1983, filho de Francisco Rodrigues de Sousa e de Maria de Fátima Vieira de Sousa, portador do RG nº

98008026956 - SSP/CE, CPF nº 674.664.463-72, residente na Rua Travessa Guanabara, nº 342, Aldeota, Fortaleza/CE, atualmente recolhido na Casa de Privação Provisória de Liberdade Desembargador Francisco Adalberto de Oliveira Barros Leal, em Caucaia/CE, pela prática dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal e art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal;

13 - ANTÔNIO LEONARDO PINHO DE SOUSA, conhecido como “LEO”, brasileiro, casado, comerciante, segundo grau completo, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 14.08.1975, filho de Antônio Alves de Sousa e de Maria do Carmo Pinho de Sousa, portador do RG nº 93002259346 - SSP/CE, CPF nº 749.200.903-82 (ativo) e 032.508.693-17, residente na Rua Desembargador João Firmino, nº 490, apto. 202, Montese (ou na Rua Campos Novos, 71, Damas) e domiciliado na Rua Alberto Magno, nº 756, Montese, Fortaleza/CE, ou, ainda, na Rua Cel. Francisco Pereira, 400-b, Messejana (B2 Eletrônica), pelo cometimento dos delitos tipificados no art. 288 do Código Penal e art. 155, § 4º, II, c/c art. 71 do Código Penal; e

14 - FRANCISCO RAFAEL LIMA VENÂNCIO, brasileiro, casado, professor de jiu-jitsu, segundo grau completo, natural de Fortaleza/CE, nascido aos 03.10.1985, filho de José Carlos Venâncio e de Francisca Veralice Lima Venâncio, portador do RG nº 2000002044510 - SSP/CE, CPF nº 665.737.263-91, residente e domiciliado na Rua Padre Guerra, nº 2354, Fortaleza/CE, exercendo sua atividade profissional na Rua Oliveira Paiva, 2410, Cidade dos Funcionários, nesta capital, pelo cometimento do crime previsto no art. 155, § 4º, II, c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais os réus alegam, em síntese:

ADRIANO FEITOSA DE SALES - insurge-se contra o quantitativo da pena, requerendo, em pedido principal, “V.1. corrigir a pena aplicada, compensando as circunstâncias agravante (crime continuado e concurso formal) e atenuante (confissão espontânea), majorando e atenuando, nessa ordem, com o mesmo valor, a conduta delituosa em epígrafe.” e, em pedido alternativo, “V.2. Corrigir a pena aplicada, compensando as vertentes circunstâncias, aplicando a cada uma valores hábeis a mitigar a incidência da cir-

cunstância agravante (crime continuado e concurso formal), especificando os respectivos *quanta* adotados" (fls. 2976/2977);

LÚCIO WLADER SILVA SARAIVA - afirma que a Justiça Federal é incompetente para apreciar a lide; que não há provas da consumação dos ilícitos em que condenado, e que as penas foram injustamente aplicadas (fls. 3011/3013);

ANTÔNIO LEONARDO PINHO DE SOUSA - afirma que não poderia ser condenado pelo crime de quadrilha posto que sequer conhecia os outros réus, alternativamente, requer a redução da pena por este ilícito, como também pelos demais em que foi condenado, ao entendimento de que não haveria circunstâncias especial de aumento de pena. Requer, ainda, em função da suposta menor participação no ilícito, a redução da pena em face do tipo do art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Quanto ao aumento pela continuidade delitiva, requer a redução para um sexto e, por fim, requer o cumprimento da pena em regime inicialmente aberto;

CHARLES ROBSON VIANA NONATO - afirma que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, fazendo jus à fixação da pena-base no mínimo legal, requerendo a redução da reprimenda penal;

VALTER VIEIRA DE SOUSA - sustenta a invalidade das interceptações telefônicas por falta de motivação que caracterizasse a impossibilidade de obtenção de provas por outros meios, além de sua manutenção por prazo excessivo; absolvição quanto ao crime de quadrilha; absolvição pelo crime de furto e redução da pena;

MARCELO ARAÚJO FONTELES - afirma que agiu sem conhecimento de que estivesse perpetrando qualquer ilícito, não conseguindo a acusação provar o contrário. Afirma que o órgão acusador não demonstrou em que consistiu sua participação no furto qualificado, ausentes quaisquer provas de que tenha incorrido em ilícito penal. Afirma ainda que há nulidade na sentença por ausência de fundamentação em relação ao quantitativo da pena, bem como pela ausência de aplicação da atenuante pela confissão;

ISABELA FREIRE CARVALHO - afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ela praticara furto qualificado; não teria havido a prática em si de lavagem de dinheiro, visto que os veículos referidos na peça acusató-

ria eram financiados; que não teria havido a prática de lavagem de dinheiro em relação à aquisição da empresa “MADAME PARFUM”, posto que tal aquisição teria se dado antes da suposta obtenção ilícita de numerário; que não teria havido a prática de lavagem de dinheiro em relação à empresa “1º ROUND” em face de sua cota ser de cem reais, valor desprezível para o tipo; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

MARCELO MAGALHÃES DE SOUZA - nos mesmos termos da apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado; não teria havido a prática em si de lavagem de dinheiro, visto que o veículo referido na peça acusatória era financiado; que não poderia ser condenado pelo crime de quadrilha em face de provas testemunhal e material, além da falta de individualização de sua conduta; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

JOSÉ CARLOS VENÂNCIO JÚNIOR - nos mesmos termos da apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado; não teria havido a prática em si de lavagem de dinheiro, visto que os veículos referidos na peça acusatória eram financiados; que não teria havido a prática de lavagem de dinheiro em relação à aquisição da empresa “MADAME PARFUM”, posto que tal aquisição teria se dado antes da suposta obtenção ilícita de numerário; que não teria havido a prática de lavagem de dinheiro em relação à empresa “1º ROUND” em face de a cota de sua esposa ser de cem reais, valor desprezível para o tipo; que não poderia ser condenado pelo crime de quadrilha em face de provas testemunhal e material, além da falta de individualização de sua conduta; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

FRANCISCO RAFAEL LIMA VENÂNCIO - nos mesmos termos da apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

MATILDE DOS SANTOS CAVALCANTE - em preliminar, afirma que a Justiça Federal é incompetente para apreciar a lide e, no mérito, nos mesmos termos da apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

SAMUEL ATAIAS LIMA LOPES - em preliminar, afirma que a Justiça Federal é incompetente para apreciar a lide e, no mérito, nos mesmos termos da apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado; alternativamente à absolvição, sustenta que as penas devem ser fixadas no mínimo legal;

ELISANDRO ANDRADE LIMA - nos termos expostos pela apelante ISABELA FREIRE CARVALHO, afirma que sua absolvição é medida de inteira justiça posto que não se teria provado que ele praticara furto qualificado nem que haveria a presença do elemento subjetivo do ilícito; que não teria havido a prática em si de lavagem de dinheiro, visto que o veículo referido na peça acusatória eram financiado e que o outro veículo referido na sentença não o foi na denúncia, ferindo o princípio da correlação; alternativamente à absolvição, requer a fixação das penas no mínimo legal;

FRANCISCO DANIEL BARBOSA COSTA - afirma que não teve participação ativa e decisiva nos ilícitos em que condenado requerendo, em primeiro lugar, sua absolvição. Alternativamente, requer a desclassificação do crime de furto qualificado para o crime e estelionato e, por fim, a fixação das reprimendas no mínimo legal.

Em parecer da lavra do Dr. João Bosco Araújo Fontes Júnior, a douta Procuradoria Regional da República foi pela competência da Justiça Federal para a lide; pelo provimento parcial do recurso de Marcelo Magalhães de Souza e pelo não provimento dos demais recursos.

É o relatório.

À revisão regimental.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Assente-se, em preliminar, que a Justiça Federal é a competente para a apreciação da lide. Embora não se negue que houve a prática de crimes sem qualquer vinculação com a União a justificar a aplicação do disposto no art. 109 da Constituição Federal, a obtenção de dados bancários de correntistas da Caixa Econômica Federal com subtração de numerário atrai a aplicação do referido dispositivo, posto que há notório interesse da empresa pública da União, a CEF, na lide, visto que não só sua imagem foi atingida com a conduta dos réus, mas também seu patrimônio, em função da obrigação de ressarcir aos correntistas imediatamente lesados com os saques. Tal conduta já foi pacificada nesta Corte como furto qualificado e não como estelionato. Nesse mesmo sentido já se pronunciou esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE NUMERÁRIO ENTRE CONTAS CORRENTES. CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE (ART. 155, PARÁGRAFO 4º, II, DO CP) PRATICADO PELA INTERNET. APURAÇÃO A SER REALIZADA NO LOCAL DA CONTA CORRENTE DE ONDE O DINHEIRO FOI SUBTRAÍDO, E NÃO NO LOCAL DA POSSE DA RES FURTIVA. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO QUE SE CONFIRMA.

1. No delito de estelionato, previsto no art. 171 do CP, a fraude é o meio utilizado para se obter a permissão, a concordância da vítima, que, por estar iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente; no furto qualificado trazido no art. 155, parágrafo 4º, II, do CP, a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima que, por estar desatenta, tem o bem subtraído sem que perceba, hipótese que é justo a dos autos;
2. A jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de que, nos casos de furto praticado pela internet, a competência para a *persecutio criminis* é a do local da conta corrente de onde o dinheiro foi subtraído, exatamente como definido na decisão impugnada;
3. Recurso em sentido estrito improvido.

(PROCESSO: 200883030001807, RSE 1122/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 27/11/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 08/12/2008 - Página 74)

Penal. Utilização de aparelho coletor de dados de clientes de agência bancária. Subtração de valores. Furto. Precedentes. Denúncia que preenche os requisitos legais permitindo aos acusados o exercício da ampla defesa. Inocorrência de inépcia. Interesse direto da Caixa Econômica Federal no deslinde da causa em face do furto de valores pertencentes a seus correntistas com o uso de cartões magnéticos. Competência da Justiça Federal. Participação da apelante devidamente provada. Recurso que não trouxe qualquer elemento que contrarie as conclusões do magistrado sentenciante. Confirmação da sentença condenatória. Apelação não provida.

(PROCESSO: 200981000040525, ACR 9.165-CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, JULGAMENTO: 19/03/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 21/03/2013 - Página 516)

A Polícia Federal e a Caixa Econômica Federal firmaram termo de cooperação técnica, e subsequente protocolo de execução, a fim de possibilitarem a completa investigação de crimes cometidos através do acesso via internet aos dados bancários dos clientes, bem como aqueles relativos à clonagem dos cartões de débito, fatos que importam em prejuízo aos clientes e, reversivamente, em prejuízo à própria Caixa Econômica Federal.

Os fatos reportados nestes autos foram informados pela Caixa Econômica Federal e investigados pela Polícia Federal, com a obtenção de dados pessoais e escutas telefônicas mediante autorização judicial, e implicaram na constatação de que os réus, de forma organizada e permanente, obtinham acesso via internet a contas bancárias de clientes da Caixa Econômica Federal, promovendo então a indevida movimentação das contas, ora transferindo valores ora promovendo pagamentos diversos, o que implicou em prejuízo de centenas de milhares de reais para os correntistas e, reversivamente, para a instituição bancária.

As provas obtidas através das interceptações telefônicas são plenamente válidas. É que a necessidade de tal interceptação foi

detidamente exposta pelo Juízo *a quo*, notadamente em razão da natureza dos ilícitos e da atuação abrangente da quadrilha. Do mesmo modo, a duração das interceptações se deveu à necessidade de verificação da amplitude da atuação do grupo, que se mostrou interestadual, utilizando-se do permissivo legal da renovação do prazo de interceptação previsto na Lei nº 9.296/96.

As relações entre os réus, seu grau de proximidade, sua consciência da prática ilícita e sua estabilidade para a consecução de crimes estão sobejamente comprovadas. A despeito de alguns réus afirmarem o contrário, trata-se apenas de linha argumentativa, não apontando prova em contrário do firmado na investigação policial, nas promoções do Ministério Público ou na fundamentação exposta na sentença.

As escutas telefônicas, as provas testemunhais, as confissões, mesmo que qualificadas, e as abundantes provas materiais não foram desconstituídas por qualquer linha argumentativa exposta pelos réus. Por detalhada e pertinente com os elementos de prova colhidos com a instrução, adoto como razão de decidir a fundamentação exposta na sentença combatida, que dispenso a reprodução em face de sua extensão.

No entanto, reside um reparo a fazer na sentença combatida. É que em relação a MARCELO MAGALHÃES DE SOUZA não restou comprovado que o bem adquirido o foi com o fruto de recursos indevidamente auferidos, não podendo ser condenado por lavagem de dinheiro por este particular. Esse foi o posicionamento do Ministério Pùblico Federal em primeira e segunda instâncias, de modo que dou parcial provimento a seu recurso apenas para afastar da condenação o crime de lavagem de dinheiro.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação de Marcelo Magalhães de Souza e nego provimento aos demais recursos.

É como voto.

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.505-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO  
MOREIRA  
Apelante: RODRIGO DE BRITO LIRA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/92. COMPARTILHAMENTO DE CONEXÃO DE INTERNET VIA RÁDIO. DISTINÇÃO ENTRE AS CONDUTAS DE TRANSMITIR SINAIS DE RADIOFREQUÊNCIA FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS E REGULAMENTARES E DE COMPARTILHAR CONEXÃO DE INTERNET. COMPARTILHAMENTO DE ACESSO À INTERNET VIA RADIOFREQUÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA NEM COM O SERVIÇO DE VALOR ADICIONAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA DE COMPARTILHAR ACESSO À INTERNET, DESDE QUE OBEDECIDAS AS PRESCRIÇÕES LEGAIS QUANTO AO USO DO MEIO. APELAÇÃO PROVIDA.**

- Apelação criminal interposta contra sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o acusado pela prática de crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 18 (dezesseis) dias-multa.
- Caso em que, segundo a denúncia, fiscais da ANATEL teriam constatado o funcionamento, sem a devida autorização, de uma estação de serviços de comunicação multimídia, instalada e administrada pelo denunciado, mediante provedor situado em empresa de nome fantasia Tecno Lan.
- A partir da interpretação do art. 215, I, da Lei nº 4.117/62 conclui-se que o art. 70 da Lei nº

**4.117/62 continua a reger a conduta de desenvolver atividade de telecomunicação sem prévia autorização enquanto que o art. 183 da Lei nº 9.472/97 é aplicável aos casos em que a atividade de telecomunicação, embora previamente autorizada, é exercida sem observância do disposto na lei e nos regulamentos. Precedentes do STJ.**

- Existência nos autos de provas suficientes de que a conduta imputada ao réu, qual seja, o compartilhamento de conexão de internet via rádio com outros usuários, não foi objeto de prévia autorização pela ANATEL, conforme se constata do Termo de Apreensão de Equipamentos, do Relatório de Fiscalização da Anatel e do interrogatório do réu em Juízo.

- Termo de Apreensão lavrado pela ANATEL constatando, por ocasião da fiscalização, a ocorrência das seguintes práticas atribuídas ao réu: 1) Serviço de Comunicação Multimídia, sem a devida autorização da Anatel (art. 131 da Lei nº 9.472/97, c/c o art. 10 da Resolução nº 272/2001); 2) uso de radiofrequência sem prévia autorização da Anatel (art. 163 da Lei nº 9.472/97 c/c o art. 80 da Resolução nº 259/2001); 3) equipamentos instalados ou utilizados clandestinamente (art. 208, inciso V, da Resolução nº 270/2001); 4) utilização de produto sem a devida certificação/homologação (art. 55, V, a, c/c o art. 63 da Resolução nº 242/2000).

- São distintas as condutas de fornecer acesso à internet por meio de radiofrequência e de oferecer acesso à internet como serviço de valor adicionado. Precedentes desta Corte.

- O uso de equipamentos de radiofrequência para viabilizar o compartilhamento da conexão à internet é suscetível de configurar pelo menos em tese a prática do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

*- Diferentemente do que ocorre em relação às rádios comunitárias, em que a simples falta de autorização para sua instalação e funcionamento, configura o crime descrito no art. 183 da Lei nº 9.742/97, na modalidade de uso indevido de radiofrequência para estabelecimento de rede entre equipamentos de informática, exige-se para sua caracterização a prova de que os equipamentos não atendem às exigências da lei e dos regulamentos (art. 163, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.472/97, c/c arts. 1º e 3º da Resolução nº 506/2008 da Anatel).*

*- O fato de constar do anexo ao Termo de Apreensão que dois dos três equipamentos apreendidos (cabos UTP e placa acrescida de transceptor com fonte) não haviam sido certificados/homologados pela Anatel, por si só, não é suficiente para reconhecer que tais equipamentos não se enquadram como sendo de radiação restrita, ou que mesmo sendo de radiação restrita não atendem às prescrições dos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 3º da Resolução nº 506/2008 da Anatel, sendo indispensável para tanto a realização de prova pericial. Incidência da regra do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (absolvição em razão da ausência de prova suficiente para a condenação).*

*- O Serviço de Comunicação Multimídia - SCM é uma das modalidades do serviço de telecomunicações, sujeito, portanto, à autorização da Anatel, como, aliás, consta expressamente dos art. 3º e 10 da Resolução nº 272/2001.*

*- A conduta de oferecer acesso à internet mediante compartilhamento da conexão OI/VELOX, embora de alguma forma possibilite a transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, difere do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, pois somente as Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunica-*

*ções (ESSPT) estão habilitadas a prestar esse serviço (SCM).*

*- Prática desenvolvida pelo réu que também não pode ser enquadrada como sendo de Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI, seja porque ele apenas compartilhava a conexão contratada com o Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI (OI/VELOX), seja porque as atividades de Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI, também nos termos da Norma nº 004/95 da Anatel, exigem uma série de equipamentos, programas de computador (hardwares e softwares) e rotinas que não foram utilizados no mero compartilhamento da conexão entre usuários externos.*

*- Ainda que fosse possível equiparar o compartilhamento do acesso à internet às atividades dos provedores de acesso, caberia levar em conta que “O serviço de conexão à internet, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional”.*

*Entendimento do STJ e desta Quarta Turma.*

*- A diferença entre o compartilhamento do acesso final à internet, devidamente contratado, pelos meios permitidos, segundo as especificações da Anatel, que não caracteriza crime, e o compartilhamento de conexão de internet que configura ilícito penal, está justamente no meio utilizado e em sua forma de utilização, e não no compartilhamento em si.*

*- Apelação provida para absolver o réu da imputação de instalação e utilização de equipamentos de radiofrequência fora das prescrições legais e regulamentares (Lei nº 9.472/97, c/c a Resolução nº 506/2008 da Anatel), em face da insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP, bem como da imputação/exploração de Serviço de Comunicação Multimídia, sem pré-*

***via autorização da Anatel, diante da atipicidade da conduta verificada no caso concreto (CPP, art. 386, III).***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, à unanimidade, dar 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, 22 de abril de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator**

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa do acusado RODRIGO DE BRITO LIRA (fls.112/130) contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 3<sup>a</sup> Vara/PB - João Pessoa (fls. 97/105), que julgou procedente a denúncia para condenar o acusado pela prática de crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 18 (dezessete) dias-multa.

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direito.

Expõe a denúncia que o acusado desenvolveu clandestinamente atividade de telecomunicação, consistente na exploração de serviço de comunicação multimídia mediante a utilização de radiofrequência, sem prévia autorização da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, conforme constatado por agentes de fiscalização daquela agência em 27/01/2011.

Giza a denúncia que o acusado, perante a autoridade policial, confirmou que negociava serviço de internet – via rádio, admitindo não ter conhecimento de que o exercício de tal atividade só se

caracteriza regular quando investido de autorização do Poder Pú-  
blico para outorga de funcionamento.

Nas razões recursais a defesa não se insurge especificamen-  
te contra a dosimetria imposta.

Alega-se atipicidade de conduta, sinalizando que o caso con-  
creto não se trata de serviço de telecomunicação, mas de serviço  
de provedor de internet.

Por fim, sustenta ausência de provas para a condenação, ten-  
do sido a sentença recorrida arrimada em meros indícios.

Contrarrazões pela acusação (fls. 133/147), pugnando o MPF  
pelo provimento do recurso manejado pela defesa, “para a absolví-  
ção do acusado, em virtude da atipicidade da conduta”.

No Parecer de fls. 151/153, o Exmo. Sr. Procurador Regional  
da República, Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, opinou pelo  
não provimento do recurso interposto, ressalvada a possibilidade  
de alteração da tipificação do delito, do artigo 183 da Lei nº 9.472/  
97, para o art. 70 da Lei nº 4.117/62.

É o que havia de relevante para relatar.

Não sendo hipótese de recurso que necessite de revisão, por-  
quanto a pena cominada foi de 2 anos de detenção, nos termos do  
Regimento Interno desta Corte, determinei a inclusão do feito em  
pauta para o julgamento.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIA-  
LHO MOREIRA (Relator):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor  
de Rodrigo de Brito Lima, imputando-lhe a prática da conduta des-  
crita no art. 183, *caput*, da Lei nº 9.472/97.

De acordo com a denúncia, o réu teria desenvolvido clandes-  
tinamente atividade de telecomunicação, consistente na explora-  
ção de serviço de comunicação multimídia mediante utilização de  
radiofrequência, sem prévia autorização da Agência Nacional de  
Telecomunicações - ANATEL.

Narra a peça acusatória que “fiscais da ANATEL, em diligências realizadas em 27 de janeiro de 2011, na cidade de João Pessoa/PB, (fls. 06/11), constataram o funcionamento, sem a devida autorização, de uma estação de serviços de comunicação multimídia, instalada e administrada pelo denunciado, mediante provedor situado em empresa de sua propriedade, de nome fantasia Tecno Lan”.

Embora o MPF tenha sustentado na denúncia que “a simples utilização de equipamentos de telecomunicações sem a devida autorização do órgão competente já é suficiente para o aperfeiçoamento da espécie delituosa”, em suas razões finais pugnou pela absolvição do réu com base na atipicidade da conduta (art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal).

Concluiu o *parquet* federal que o provedor de serviço de conexão com a internet não presta serviço de telecomunicação, mas sim um serviço de valor adicionado que agrega utilidades a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte.

A sentença, diversamente, considerou que o serviço prestado pelo réu (internet por radiotransmissão) não poderia ser classificado como serviço de valor adicionado, mas sim como serviço de comunicação multimídia - SCM, espécie de serviço fixo de telecomunicações, sujeito, portanto, à prévia autorização da ANATEL, nos termos do art. 131 da Lei nº 9.472/97 e da Resolução nº 27/2001 da ANATEL.

Entendeu-se ainda na sentença que a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no AgRg nos EDcl no Ag 883278/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008, no sentido de que a atividade exercida pelo provedor de acesso à internet se caracteriza como “serviço de valor adicionado, aplica-se com perfeição às hipóteses de internet descada ou a cabo, não sendo aplicável aos casos em que a conexão com o provedor é feita por meio de radiofrequência.

O réu apelou, por intermédio da Defensoria Pública da União, defendendo que os atos por ele praticados não constituem atividade de telecomunicação, conforme definido no art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, mas apenas um serviço de valor adicional, nos moldes do art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97.

Aduziu que a atividade por ele exercida não se caracteriza como serviço de telecomunicações, uma vez que somente as empresas conhecidas como Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações possuem os meios necessários à transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Argumentou, ainda, que o funcionamento da rede local estabelecida via rádio entre ele e seus vizinhos não precisaria de autorização da União para seu funcionamento, pois se trata de uso de radiofrequência restrita, nos termos do art. 163, § 2º, I, da Lei nº 9.472/97.

Feita essa breve síntese, no intuito de pôr em evidência os argumentos lançados na apelação e para os fundamentos adotados na sentença, passo ao exame dos fatos à luz da legislação que entendo aplicável ao caso concreto.

Inicialmente, o art. 70 da Lei nº 4.117/62 definiu ser crime a instalação ou utilização de telecomunicações sem observância de suas disposições e daquelas contidas nos regulamentos. Vejamos:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Sobreveio a Lei nº 9.472/97, que, em seu art. 183, tipificou a conduta de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações, nos seguintes moldes:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A Lei nº 9.472/97 revogou expressamente a Lei nº 4.117/62, ressalvando, todavia, a aplicação desta última em relação à matéria penal não tratada na nova lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão, conforme redação do art. 215, inciso I, da Lei nº 9.472/97. *In verbis*:

Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

Da interpretação dos mencionados dispositivos legais, conclui-se que o art. 70 da Lei nº 4.117/62 continua a reger a conduta de desenvolver atividade de telecomunicação sem prévia autorização enquanto que o art. 183 da Lei nº 9.472/97 é aplicável aos casos em que a atividade de telecomunicação, embora previamente autorizada, é exercida sem observância do disposto na lei e nos regulamentos.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. PRETENSA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/1997 PARA O ART. 70 DA LEI Nº 4.117/1962. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE EXPLORAVA ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO SEM AUTORIZAÇÃO. HABITUALIDADE NA INSTALAÇÃO. UTILIZAÇÃO CLANDESTINA. TIPIFICAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 183 da Lei nº 9.472/97 não revogou o art. 70 da Lei nº 4.117/62, haja vista a distinção dos tipos penais. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a prática habitual de atividade de telecomunicação sem a prévia autorização do órgão público competente subsume-se ao tipo descrito no art. 183 da Lei nº 9.472/97, enquanto a conduta daquele que, previamente autorizado, exerce atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e regulamentares encontra enquadramento típico-normativo no art. 70 da Lei nº 4.117/62.

2. No caso, correto o acórdão proferido pelo Tribunal de origem que, verificando a conduta do agente em explorar e exercer, de forma habitual, os serviços de telecomunicação de radiodifusão sem a autorização do órgão competente, o condena pelo crime descrito no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1387258/ES, Rel. Ministro MARCO AU-

RÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013,  
DJe 20/11/2013)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL CRIMINAL. ESTAÇÃO DE RADIODIFUSÃO CLANDESTINA. CAPITULAÇÃO. ART. 70 DA LEI 4.117/62 OU ART. 183 DA LEI 9.472/97. JUIZADO ESPECIAL E VARA FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA FEDERAL CRIMINAL.

1. O art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pelo art. 183 da Lei 9.472/97, já que as condutas neles desritas são diversas, sendo que no primeiro pune-se o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e no segundo, aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público.

2. *In casu*, verifica-se que o indiciado, em tese, explorou serviço de telecomunicação sem autorização, ou seja, de forma clandestina, subsumindo-se o modo de agir ao tipo descrito no art. 183 da Lei nº 9.472/97, cuja pena máxima cominada é superior a 2 (dois) anos, não se configurando, assim, em delito de menor potencial ofensivo.

3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, o suscitado.

(CC 94.570/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008)

No caso dos autos, há provas suficientes de que a conduta imputada ao réu, qual seja, o compartilhamento de conexão de internet via rádio com outros usuários, não foi objeto de prévia autorização pela ANATEL, conforme pode ser constatado a partir do Termo de Apreensão de Equipamentos (fl. 07), do Relatório de Fiscalização da Anatel (fls. 09/22) e do interrogatório do réu em juízo (fls. 50/51). Assim, responsabilidade penal deve ser apurada com base nos preceitos do art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Como dito, a denúncia atribui ao réu a prática da atividade de telecomunicação, consistente na exploração de serviço de comunicação multimídia mediante utilização de radiofrequência, sem

prévia autorização da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Argumenta-se que “a simples utilização de equipamentos de telecomunicações sem a devida autorização do órgão competente já é suficiente para o aperfeiçoamento da espécie delitosa”.

Pelo que consta do Termo de Apreensão lavrado pela ANATEL (fl. 06 do Inquérito Policial) foi constatada, por ocasião da fiscalização, a ocorrência das seguintes práticas atribuídas ao réu:

1. Serviço de Comunicação Multimídia, sem a devida autorização da Anatel (art. 131 da Lei nº 9.472/97, c/c o art. 10 da Resolução nº 272/2001).
2. Uso de radiofrequência sem prévia autorização da Anatel (art. 163 da Lei nº 9.472/97, c/c o art. 80 da Resolução nº 259/2001).
3. Equipamentos instalados ou utilizados clandestinamente (art. 208, inciso V, da Resolução nº 270/2001).
4. Utilização de Produto sem a devida certificação/homologação (art. 55, V, a, c/c o art. 63 da Resolução nº 242/2000).

Tendo em vista que as práticas descritas nos itens 3 e 4 não podem ser consideradas isoladamente como infração penal, já que integram as condutas descritas nos itens 1 e 2, tem-se que a imputação diz respeito ao fornecimento de Serviço de Comunicação Multimídia e ao uso de radiofrequência, em ambos os casos sem prévia autorização da Anatel.

Foi justamente em razão de terem sido atribuídas ao réu essas duas práticas, embora reunidas na denúncia sob a forma de uma só conduta, que a sentença se pronunciou sobre a instalação da rede via rádio e o compartilhamento da conexão à internet como práticas caracterizadoras do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Não obstante, entendo que essas práticas correspondem, na verdade, a duas condutas. Distinguindo as condutas de fornecer acesso à internet por meio de radiofrequência e de oferecer acesso à internet como serviço de valor adicionado, trago à colação os seguintes julgados deste Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANSMISSÃO DE SINAL DE INTERNET POR RADIOFREQUÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICÁVEL. DOLO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em denúncia inepta, ao contrário, a peça inaugural do *Parquet* apresenta todos os elementos necessários ao seu conhecimento (art. 41 do CPP).

**2. O art. 183 da Lei 9.472/97 pune aquele que desenvolver clandestinamente, sem a devida autorização, atividades de telecomunicações, o que abarca o fornecimento de acesso à internet por meio de radiofrequência. Há que se fazer a distinção entre o serviço de provimento de acesso à internet, como serviço de valor adicionado, não sujeito à autorização do Poder Público, e o serviço de fornecimento de acesso à internet através de radiofrequência, supostamente ocorrido na situação.**

3. Princípio da insignificância não aplicável na hipótese. Além das provas evidenciarem que houve cobrança pela prestação do serviço, inexiste perícia comprovando que a potência prevista, em tese, para o equipamento, era a potência de operação deste.

4. Não há como concluir, de logo, sem qualquer exame mais aprofundado do material probatório, pela inexistência de dolo na conduta do ora paciente. Tal argumentação requer uma apreciação detalhada, o que não é possível em sede de procedimentos como o ora manejado.

5. Ordem denegada.

(HC 00071238720114050000, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 16/06/2011 - Página: 342.)

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, DE ACESSO À INTERNET, VIA RÁDIO, SEM AUTORIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. POTÊNCIA. RADIAÇÃO RESTRITA. PROVA.

1. Ficaram demonstradas a autoria e a materialidade do

delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, considerando que o acusado transmitia sinal de internet, via rádio, sem a autorização da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

**2. Quando o acesso à internet é implementado através de rádio, são prestados um serviço de valor adicionado (representado pelo acesso propriamente dito) e um serviço de telecomunicações (de comunicação multimídia), daí a necessidade da autorização, a afastar a atipicidade alegada no apelo.**

3. Embora tenha havido, quando da fiscalização, a alusão à disponibilização comercial dos serviços a terceiros, não comprovada no inquérito e na ação penal, o próprio acusado admitiu que fornecia tais serviços, a título gratuito, a suas irmãs e a sua mãe, moradoras de casa vizinha. Ademais, não se insere, entre os elementos que compõem o tipo em questão, o propósito de auferir lucro.

4. Cuida-se de crime formal e de perigo abstrato, sendo suficiente, para sua caracterização, o risco potencial de interferência na segurança dos serviços de comunicações regulares, independentemente do dano concreto.

5. A fiscalização da citada agência realizou testes *in loco*, quando apurou que não se tratava de equipamento de radiação restrita, de potência inferior a 400 mW (quatrocentos megawatts), para a qual não se necessitava de autorização prévia.

6. A realização de perícia no equipamento foi inviabilizada pelo próprio acusado, que impediu a fiscalização de ter acesso ao mesmo, para lacrá-lo e fazer cessar a sua operação.

7. Apelação improvida.

(PROCESSO: 200982000010572, ACR 8174/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 13/09/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 20/09/2012 - Página: 825)

Assim, no que tange ao uso de equipamentos de radiofrequência para viabilizar o compartilhamento da conexão à internet, penso que tal conduta poderia configurar pelo menos em tese a prática do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Vale observar que, diferentemente do que ocorre em relação às rádios comunitárias, em que a simples falta de autorização para

sua instalação e funcionamento, configure o crime descrito no art. 183 da Lei nº 9.742/97, na modalidade de uso indevido de radiofrequência para estabelecimento de rede entre equipamentos de informática, exige-se para sua caracterização a prova de que os equipamentos não atendem às exigências da lei e dos regulamentos.

Isso porque, nos termos do art. 163, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.472/97, o uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita, nos moldes definidos pela Anatel, independe de outorga. Eis o texto legal:

**Lei nº 9.472/97**

**Art. 163.** O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

**§ 1º** Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares.

**§ 2º** Independendo de outorga:

**I - o uso de radiofrequência por meio de equipamentos de radiação restrita definidos pela Agência;**

No mesmo sentido, dispõe os arts. 1º e 3º da Resolução nº 506/2008 da Anatel:

**Art. 1º Este Regulamento tem por objetivo caracterizar os equipamentos de radiação restrita e estabelecer as condições de uso de radiofrequência para que possam ser utilizados com dispensa da licença de funcionamento de estação e independentes de outorga de autorização de uso de radiofrequência, conforme previsto no art. 163, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.**

**Art. 3º As estações de radiocomunicação, que fizerem uso de equipamentos de radiação restrita caracterizados por este Regulamento, estão isentas de cadastramento ou licenciamento para instalação e funcionamento.**

Parágrafo único. Quando a atividade de telecomunicações desenvolvida pela estação de radiocomunicação extrapolar os limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, e as estações de radiocomunicações fizerem uso de equipamentos definidos nas Seções IX e X deste Regulamento, aplicam-se as seguintes disposições:

I - quando o funcionamento dessas estações estiver associado à exploração do serviço de telecomunicações de interesse coletivo, será necessária a correspondente autorização do serviço, bem como o licenciamento das estações que se destinem à:

- a) interligação às redes das prestadoras de serviços de telecomunicações; ou
- b) interligação a outras estações da própria rede por meio de equipamentos que não sejam de radiação restrita;

II - quando o funcionamento dessas estações servir de suporte à rede de telecomunicações destinada a uso próprio ou a grupos determinados de usuários, será dispensada a obtenção da autorização de serviço, devendo ainda, caso as estações estejam operando em conformidade com as alíneas a ou b do inciso I deste artigo, ser cadastradas no banco de dados da Agência;

III - os incisos I e II não se aplicam quando as estações operarem nas condições previstas no § 2º do art. 39 deste Regulamento. Nesse caso, será necessária a autorização de serviço, assim como o licenciamento das estações.

Desse modo, em que pese o fato de constar do Anexo ao Termo de Apreensão 0001PB20110002 (fl. 08 do Inquérito Policial) que dois dos três equipamentos apreendidos (cabo UTP e placa acrescida de transceptor com fonte) não haviam sido certificados/homologados pela Anatel, penso que esse fato, por si só, não é suficiente para reconhecer que o equipamento não se enquadra como sendo de radiação restrita, ou que mesmo sendo de radiação restrita não atendia às prescrições dos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 3º da Resolução nº 506/2008 da Anatel, sendo indispensável para tanto a realização de prova pericial.

Em consequência, uma vez que não foi realizada a prova pericial com essa finalidade, entendo que não se pode atribuir ao réu, pelo simples fato de ter instalado e posto em operação equipa-

mentos de radiodifusão, no intuito de permitir a conexão dos demais usuários ao equipamento que dava acesso à internet, a conduta de desenvolver atividade clandestina de telecomunicação.

Incide, na hipótese, a regra do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (absolvição em razão da ausência de prova suficiente para a condenação).

Com relação à conduta de oferecer acesso à internet, por meio de compartilhamento da conexão com provedor de acesso, penso que tal atividade não se equipara ao Serviço de Comunicação Multimídia de que trata a Resolução nº 272/2001 da Anatel.

É indiscutível que o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM é uma das modalidades do serviço de telecomunicações, sujeito, portanto, à autorização da Anatel, como, aliás, consta expressamente dos arts. 3º e 10 da Resolução nº 272/2001:

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é **um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo**, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que **possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia**, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Art. 10. A exploração do SCM **depende de autorização da Anatel**, devendo basear-se nos princípios constitucionais da atividade econômica.

A conduta do réu de oferecer acesso à internet mediante compartilhamento da conexão OI/VELOX, embora de alguma forma possibilite a transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, difere do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, pois somente as Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações (ESSPT) estão habilitadas a prestar esse serviço (SCM).

Com efeito, nos termos da Norma nº 004/95 da Anatel, que trata do Uso de Meios da Rede Pública de Telecomunicações para Acesso à internet, compete às Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações - ESPT fornecerem serviços de telecomunicações necessários ao provimento e utilização de

Serviços de Conexão à internet, cabendo aos Provedores de Serviço de Conexão à internet, à sua escolha, utilizarem os Serviços de Telecomunicações prestados pela EESPT. Observe-se:

## 5. USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES POR PROVEDORES E USUÁRIOS DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À INTERNET.

5.1. O uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações, para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à internet, far-se-á por intermédio dos Serviços de Telecomunicações prestados pelas Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações.

5.2. O Provedor de Serviço de Conexão à internet pode, para constituir o seu serviço, utilizar a seu critério e escolha, quaisquer dos Serviços de Telecomunicações prestados pela EESPT.

Por outro lado, a prática desenvolvida pelo réu também não pode ser enquadrada como sendo de Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI, seja porque ele apenas compartilhava a conexão contratada com o Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI (OI/VELOX), seja porque as atividades de Provedor de Serviço de Conexão à internet - PSCI, também nos termos da Norma nº 004/95 da Anatel, exigem uma série de equipamentos, programas de computador (*hardwares* e *softwares*) e rotinas que não foram utilizados no mero compartilhamento da conexão entre usuários externos, ainda que via radiofrequência. Vejamos:

## 4. SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET.

4.1. Para efeito desta Norma, considera-se que o Serviço de Conexão à internet constitui-se:

- a) dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos *software* e *hardware* necessários para o provedor implementar os protocolos da internet e gerenciar e administrar o serviço;
- b) das rotinas para a administração de conexões à internet (senhas, endereços e domínios internet);
- c) dos *softwares* dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como – correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos –, mecanismos de controle e segurança, e outros;

- d) dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI;
- e) do hardware necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os softwares e os arquivos especificados nas letras “b”, “c” e “d” deste subitem;
- f) outros hardwares e softwares específicos, utilizados pelo PSCI.

No caso em exame, os equipamentos apreendidos (placa transceptor, cabo UTP e antena omnidirecional) não são suficientes para instalação de um provedor de internet, conforme se verifica a partir da Norma nº 004/95 da Anatel.

Note-se que o art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97 estabelece claramente que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, atuando o provedor de acesso como mero usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte. Observe-se:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

**§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte**, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

E ainda que não fosse assim, ou seja, mesmo que fosse possível equiparar o compartilhamento do acesso à internet às atividades dos provedores de acesso, haveria de ser reconhecida a atipicidade da conduta diante da disposição expressa do art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97. Nessa linha, trago à colação julgado desta Quarta Turma:

PENAL E CONSTITUCIONAL. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. SINAL POR RADIOFREQUÊNCIA. ART. 61, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 9.472/1997. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO E NÃO DE TELECOMUNICAÇÕES. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATIPICIDADE DO FATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a atividade exercida, no Brasil, pelos provedores de acesso à internet configura serviço de valor adicionado, pois aproveita um meio físico de comunicação preeexistente e a ele acrescenta elementos que agilizam o fenômeno comunicacional (RESP 456650/PR, rel. Min. José Delgado).

II. Não se encontrando tipificado penalmente o fato narrado na denúncia, diante do previsto no art. 61, parágrafo 1º, da Lei nº 9.472/1997, que afasta a incidência, à hipótese, do previsto no art. 183 do mesmo diploma legal, é de ser trancada a ação penal manejada em desfavor da paciente.

III. Ordem concedida.

(HC 00029672220124050000, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 26/04/2012 - Página: 791.)

Acrescente-se que o entendimento deste Colegiado está em consonância com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ao definir que “O serviço de conexão à internet, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional”. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 544 DO CPC. ICMS. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET. MODALIDADE BANDA LARGA. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ART. 61, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97. NÃO INCIDÊNCIA. POSICIONAMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. JULGAMENTO DOS ERESP 456.650/PR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 61, *caput*, prevê: “Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

2. O serviço de conexão à internet, por si só, não possibilita a emissão, transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional. Para ter acesso à internet, o usuário deve conectar-se a um sistema

**de telefonia ou outro meio eletrônico, este sim, em condições de prestar o serviço de comunicação**, ficando sujeito à incidência do ICMS. O provedor, portanto, precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a internet. É esse canal físico (empresa de telefonia ou outro meio comunicacional) o verdadeiro prestador de serviço de comunicação, pois é ele quem efetua a transmissão, emissão e recepção de mensagens.

**3. A atividade exercida pelo provedor de acesso à internet configura na realidade, um “serviço de valor adicionado”: pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional.**

4. A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) ao definir, no art. 61, o que é o serviço de valor adicionado, registra: “Serviço de valor adicionado a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de mensagens”. E dessa menção ao direito positivo já se percebe que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde.

5. A função do provedor de acesso à internet não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço de comunicação prestado por outrem.

6. Aliás, nesse sentido posicionou-se o Tribunal: “O serviço prestado pelo provedor de acesso à internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União (artigo 21, XI, da Constituição Federal). Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC nº 87/96), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à internet, por meio de uma linha telefônica, atuando como intermediário entre o usuário final e a internet.

Utiliza-se, nesse sentido, de uma infraestrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações).

“O provimento de acesso não pode ser enquadrado, (...), como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na receção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrupa mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações” (José Maria de Oliveira, *apud* Hugo de Brito Machado, *in* “Tributação na Internet”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89).” (REsp nº 456.650/PR, Voto Vista Ministro Franciulli Netto)

7. Consecutariamente, o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º do art. 60, desse diploma legal, é atribuição do serviço de telecomunicação.

**8. Destarte, a função do provedor de acesso à internet não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço de comunicação prestado por outrem, no caso, a companhia telefônica, aproveitando uma rede de comunicação em funcionamento e a ela agregando mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações.**

9. O serviço de provedor de acesso à internet não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza.

10. Registre-se, ainda, que a lei o considera “serviço”, ao passo que, o enquadramento na exação do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

11. Deveras, é cediço que a analogia é o primeiro instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º, do CTN. A analogia é utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica positiva, ampliando-se a lei a casos semelhantes. Sua aplicação, *in casu*, desmereceria aplausos, uma vez que a inclusão dos serviços de internet no ICMS invadiria, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

12. Conseqüentemente, a cobrança de ICMS sobre serviços prestados pelo provedor de acesso à internet violaria o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica – hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas – estão contidos na lei.

13. No julgamento dos EREsp 456.650/PR, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, fazendo prevalecer o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, sob o fundamento de que esses prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, apenas liberalizando espaço virtual para comunicação.

14. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no Ag 883278/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX,  
PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/  
2008)

Em síntese, a diferença entre o compartilhando do acesso final à internet, devidamente contratado, pelos meios permitidos, segundo as especificações da Anatel, que não caracteriza crime, e o compartilhamento que configura ilícito penal está justamente no meio utilizado e em sua forma, e não no compartilhamento em si. A prática desta conduta, quando muito, conduziria a um ilícito civil, por desrespeito às normas contratuais.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para absolver o réu da imputação de instalação e utilização de equipamentos de radiofrequência fora das prescrições legais e regulamentares (Lei nº 9.472/97, c/c a Resolução nº 506/2008 da Anatel), em face da

insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP, bem como da imputação/exploração de Serviço de Comunicação Multimídia, sem prévia autorização da Anatel, diante da atipicidade da conduta verificada no caso concreto (CPP, art. 386, III).

É como voto.

## APELAÇÃO CRIMINAL N° 10.648-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Apelante: JOÃO BATISTA FALCÃO JÚNIOR  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL MANEJADA PELA DEFESA, DESAFIANDO SENTENÇA DA LAVRA DO JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA, SEDIADO EM JOÃO PESSOA, PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO CRIMINAL 0007925-60.2010.4.05.8200, INSTAU-RADA NO FITO DE INVESTIGAR A PRÁTICA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168, § 3º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL).**

- O acusado foi condenado à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, substituída por duas sanções restritivas de direitos, cumuladas com a obrigação de pagar quantia correspondente a cento e vinte e nove dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

- O vasto conjunto probatório coligido aos autos comprovou, de maneira cabal, a prática, pelo ora apelante, do crime em comento, extraíndo-se dos autos, que o apelante, em setembro de 2003, apropriou-se, indevidamente, de sessenta e cinco mil reais, oriundos da Organização Internacional Bill Gates e repassados pelo Ministério da

*Saúde, os quais foram depositados na conta corrente da ONG “Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - Núcleo de João Pessoa (RNP+JP)”, entidade da qual era o representante legal.*

*- O referido valor era destinado à aquisição de imóvel onde viria funcionar a “Casa de Passagem Terezinha Porto”, ponto de apoio a pacientes soropositivos em João Pessoa, sendo que o pagamento de tal imóvel, que seria realizado em parcelas, nunca foi efetuado, tendo o acusado desaparecido após a perda da posse do imóvel, sem restituir o valor repassado pelo Programa Nacional de DST/AIDS.*

*- No caso em tela, a materialidade delitiva restou eficazmente demonstrada pelos elementos coligidos aos autos, decorrentes das peças de informação do Procedimento Administrativo 1.24.000.001372/2012-46, instaurado no âmbito do Ministério Público Federal local (fls. 04-176).*

*- Através do referido sumário, constatou-se através de notícia-crime veiculada no Ofício 3702/2005/UAD/PN-DT-AIDS/SVS/MS (fls. 34-35 do apenso), que o Ministério da Saúde informou que repassou verba, proveniente de doação da Fundação Bill Gates à ONG RNP+/JP, cujo apelante era o presidente, à época, com o propósito de que esta pessoa jurídica adquirisse imóvel para colocar em funcionamento uma casa de apoio, ou de passagem, aos pacientes portadores de HIV.*

*- Com efeito, foi doado o referido crédito, disponibilizado na conta da ONG RNP/JP em 15 de setembro de 2003 (fl. 133 do apenso), que entretanto, não foi utilizado conforme previsto – compra do imóvel –, tendo o responsável pela aludida pessoa jurídica apropriado-se dos valores, como se verifica dos extratos de movimentação bancária (fls. 133-134 do apenso), em que se en-*

*contram registrados oito saques, no período de 16 de setembro de 2003 a 26 setembro de 2003, perfazendo o total da doação recebida, no caso, sessenta e cinco mil reais.*

*- A autoria, por sua vez, é esclarecida pelo apelante, em que assume a responsabilidade pela apropriação, a despeito dos saques estarem assinados por Francisco Antônio Pereira de Melo, fls. 157-163 do apenso, sendo certo, que da análise dos depoimentos colhidos, não logra, em momento algum, nem com a fantasiosa e confusa explicação em juízo, justificar o destino do dinheiro recebido, ou mesmo a demonstração de aplicação dos recursos na compra do imóvel ou, em qualquer melhoria em prol da entidade que geria.*

*- Não subsiste a alegação de incompetência da Justiça Federal, eis que apesar de oriunda de entidades internacionais, a verba foi repassada ao apelante através do Ministério da Saúde, por meio do Programa DST/AIDS, exigindo aplicação em finalidade pública, sendo que o seu desvio ou malversação faz atrair a incidência do artigo 109, inciso IV, combinado com o artigo 70, ambos, da Constituição Federal.*

*- No mérito, não se sustenta a alegada ausência de dolo, eis que ficou devidamente comprovada nos autos a atuação do acusado na apropriação dos valores, como dirigente da referida ONG, e a não contraprestação da finalidade social prevista, configurando-se o elemento subjetivo específico, animus rem sibi habendi, diante das frágeis e evasivas escusas apresentadas, depondo em seu desfavor, além do acervo probatório material que jaz nestes autos, os depoimentos harmônicos, inclusive o seu, suficientes para alicerçar a condenação.*

*- Quanto ao pedido alternativo, inicialmente, rejeita-se a pretensão de diminuição da pena-base,*

*uma vez que dosada em módico padrão, aquém da gravidade do delito praticado, porém, veiculada em fundamentação, sob a égide do preceitos do artigo 59 do Código Penal, o mesmo se aplicando à pena de multa.*

*- Entretanto, acolhe-se o pedido do apelo para afastar, de logo, a fixação imediata na sentença, a título de indenização mínima – ex vi do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/08 –, do prejuízo infligido pela conduta, cerca de sessenta e cinco mil reais.*

*- Tendo em vista que os fatos em apreço ocorreram entre 16 de setembro de 2003 e 26 setembro de 2003, por conseguinte, antes do advento da referida lei, que, por ser mais gravosa ao réu, não tem o condão de retroagir, para alcançar os fatos anteriores à sua promulgação, devendo o resarcimento ser processado na forma da lei anterior. Precedente da Segunda Turma: EDACR 9803/02/RN.*

*- Apelação criminal parcialmente provida.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação criminal manejada pela Defensoria Pública da União, em favor do acusado João Batista Falcão Júnior, desafiando sen-

tença da lavra do Juízo Federal da 3<sup>a</sup> Vara, sediado em João Pessoa, proferida nos autos da Ação Criminal 0007925-60.2010.4.05.8200, instaurada no fito de investigar a prática do crime de apropriação indébita (artigo 168, § 3º, inciso III, do Código Penal).

Narra a denúncia que o acusado: a) (...) no ano de 2003, apropriou-se, indevidamente, de sessenta e cinco mil reais, oriundos da Organização Internacional Bill Gates e repassados pelo Ministério da Saúde, os quais foram depositados na conta corrente da ONG “Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - Núcleo de João Pessoa (RNP+JP)”, entidade da qual era o representante legal; b) o referido valor era destinado à aquisição de imóvel onde viria funcionar a “Casa de Passagem Terezinha Porto”, ponto de apoio a pacientes soropositivos em João Pessoa; c) o pagamento de tal imóvel, que seria realizado em parcelas, nunca foi efetuado, tendo o acusado desaparecido após a perda da posse do imóvel, sem restituir o valor repassado pelo Programa Nacional de DST/AIDS.

A sentença hostilizada acolheu a exordial acusatória (fls. 146-155), condenando-o à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, substituída por duas sanções restritivas de direitos, cumuladas com a obrigação de pagar quantia correspondente a cento e vinte e nove dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Em suas razões recursais (fls. 169-189), a defesa alega, em síntese, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal. No mérito, ausência de dolo, não se demonstrando o intento do acusado, à míngua da não configuração do *animus rem sibi habendi*, não havendo igualmente o resultado, eis que não houve apropriação dos valores, destacando, igualmente, que as provas produzidas foram insuficientes para alicerçar uma condenação. Alternativamente, requer a diminuição da pena-base, do valor da multa e o afastamento da indenização mínima de sessenta e cinco mil reais.

Contrarrazões apresentadas pela acusação (fls. 191-199).

O Ministério Público Federal, na função de custos legis, opinou pelo improvisoamento da apelação criminal (fls. 206-210).

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do art. 197 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelação criminal manejada pela Defensoria Pública da União, em favor do acusado João Batista Falcão Júnior, desafiando sentença da lavra do Juízo Federal da 3ª Vara, sediado em João Pessoa, proferida nos autos da Ação Criminal 0007925-60.2010.4.05.8200, instaurada no fito de investigar a prática do crime de apropriação indébita (artigo 168, § 3º, inciso III, do Código Penal).

O veredito condenatório não merece reforma, porquanto o vasto conjunto probatório coligido aos autos comprovou, de maneira cabal, a prática, pelo ora apelante, do crime em comento, extraindo-se dos autos, que o apelante, em setembro de 2003, apropriou-se, indevidamente, de sessenta e cinco mil reais, oriundos da Organização Internacional de Bill Gates e repassados pelo Ministério da Saúde, os quais foram depositados na conta corrente da ONG “Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - Núcleo de João Pessoa (RNP+JP)”, entidade da qual era o representante legal.

O referido valor era destinado à aquisição de imóvel onde viria funcionar a “Casa de Passagem Terezinha Porto”, ponto de apoio a pacientes soropositivos em João Pessoa, sendo que o pagamento de tal imóvel, que seria realizado em parcelas, nunca foi efetuado, tendo o acusado desaparecido após a perda da posse do imóvel, sem restituir o valor repassado pelo Programa Nacional de DST/AIDS.

No caso em tela, a materialidade delitiva restou eficazmente demonstrada pelos elementos coligidos aos autos, decorrentes das peças de informação do Procedimento Administrativo 1.24.000.001372/2012-46, instaurado no âmbito do Ministério Público Federal local (fls. 04-176).

Através do referido sumário, constatou-se, através de notícia crime veiculada no Ofício 3702/2005/UAD/PN-DT-AIDS/SVS/MS (fls. 34-35 do apenso), que o Ministério da Saúde informou que

repassou verba, proveniente de doação da Fundação Bill Gates à ONG RNP+/JP, cujo apelante era o presidente, à época, com o propósito de que esta pessoa jurídica adquirisse imóvel para colocar em funcionamento uma casa de apoio, ou de passagem, aos pacientes portadores de HIV.

Com efeito, foi doado o referido crédito, disponibilizado na conta da ONG RNP/JP em 15 de setembro de 2003 (fl. 133 do apenso), que entretanto, não foi utilizado conforme previsto – compra do imóvel –, tendo o responsável pela aludida pessoa jurídica, apropriado-se dos valores, como se verifica dos extratos de movimentação bancária (fls. 133-134 do apenso), em que se encontram registrados oito saques, no período de 16 de setembro de 2003 a 26 setembro de 2003, perfazendo o total da doação recebida, no caso, sessenta e cinco mil reais.

A autoria, por sua vez, é esclarecida pelo apelante, em que assume a responsabilidade pela apropriação, a despeito dos saques estarem assinados por Francisco Antônio Pereira de Melo, fls. 157-163 do apenso, sendo certo, que da análise dos depoimentos colhidos, não logra, em momento algum, nem com a fantasiosa e confusa explicação em juízo, justificar o destino do dinheiro recebido, ou mesmo a demonstração de aplicação dos recursos na compra do imóvel ou, em qualquer melhoria em prol da entidade que geria. Neste sentido, o seguinte trecho do edital condenatório (fls. 148v-153v):

O signatário das requisições dos saques – Francisco Antônio Pereira Neto, cujo depoimento repousa às fls. 170/171 do apenso – atestou que o réu João Batista Falcão Júnior era quem verdadeiramente geria o dinheiro da ONG:

(...) que os integrantes da diretoria, em sua grande maioria, estavam com restrições no crédito, incluindo o presidente, razão pela qual o declarante, juntamente com José Marcelino, então tesoureiro, ficou responsável por assinar os cheques necessários a movimentar os valores dos recursos da ONG; (...) informar que se afastou da ONG antes mesmo do episódio envolvendo a aquisição da casa que serviria de base para prestação dos serviços da ONG, embora afirme que assinou os documentos necessários para movimentação desses recursos; (...) não participou

da negociação para aquisição da casa, tendo apenas feito o saque do dinheiro na “boca do caixa” e repassado a João Batista, não sabendo o destino que foi dado a esses valores (...).

Quando ouvida em juízo (fl. 74), a mesma testemunha voltou a confirmar que entregou os recursos sacados a João Batista. Esclareceu que, mesmo afastado de fato da diretoria, continuou a assinar os cheques, haja vista que era o único que tinha o “nome limpo” na praça, e que sempre era acompanhado até o banco pelo acusado (presidente da ONG) ou pela vice-presidente e/ou esposo dela. Informou que o dinheiro em espécie era repassado ao acusado dentro do próprio estabelecimento bancário.

José Marcelino do Rêgo, testemunha e ex-tesoureiro da ONG, também confirmou que era o acusado quem de fato geria os recursos pertencentes à ONG (fl. 73).

Quanto à apropriação indevida, a defesa não foi capaz de demonstrar que a verba foi integralmente gasta no objeto de sua destinação (aquisição de imóvel) ou mesmo em outra finalidade em prol da entidade.

As testemunhas arroladas pelo acusado, especialmente André Ramo (fl. 78), Inácio Rodrigues Leandro (fl. 75) e Christianne Camilo Reis (fl. 81), atestam que o réu colocou em funcionamento a “casa de passagem”, tendo precedido este fato uma reforma na casa.

Contudo, a despeito de entender como demonstrado que a “casa de passagem” foi realmente posta em funcionamento, entendo que houve apropriação da verba.

O único valor relevante cuja prova se encontra demonstrada nos autos é o recibo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que se encontra à fl. 88, referente à primeira prestação de contrato de compra e venda relativo do imóvel. No mais, não há qualquer documento que demonstre a utilização do dinheiro em prol da ONG.

Ressalto que tal recibo está datado de 05.12.2004, mais de um ano após os saques. Sobre isto, o acusado afirma em seu interrogatório que tal documento não é contemporâneo; disse que, como a vendedora da casa era pessoa muito “bondosa”, não pediu recibo, tendo feito o pagamento em confiança. Somente depois de passado algum tempo ele pensou que a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não era para comprar “bombom” e, que, afinal de contas, o dinheiro não era

dele; então, ao pagar outra parcela de R\$ 3.000,00 (três mil reais), resolveu pedir o recibo, o qual foi providenciado pelo advogado. Não explicou porque não foi emitido o recibo de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Apesar da dona do imóvel ser tão “bondosa”, em outro momento do seu interrogatório, contraditoriamente, o réu atribui à mesma um ultimato para pagar a dívida em 24 horas e de fazer a “denúncia” à Secretaria de Saúde que acarretou no fechamento da casa de passagem.

Dentro deste contexto, o réu relatou que se sentiu ameaçado e fugiu para a Bahia, onde passou três anos escondido na Ilha de Itaparica, sem sequer poder sacar sua aposentadoria, por medo de ser localizado pela Polícia Federal. Para receber seus proventos, viajava até uma cidade distante 300 (trezentos) quilômetros do local de seu domicílio (esconderijo). Disse que recebia e-mails (não declinou o remetente) ameaçadores, nos quais constava a informação de que a Polícia Federal estava no seu encalço.

Indagado pela d. Juíza Titular sobre o motivo do medo, disse o réu que sua cabeça ficou confusa. A mim, parece que este medo aterrador da Polícia é justificado pela consciência de que desviara recursos da ONG e não teria como justificar os gastos.

A versão da dona da casa sobre o recebimento de uma parte do pagamento é bem menos fantasiosa (testemunha Dilma Dilene Araújo Miranda). Segundo ela, foram feitos dois contratos. O primeiro, assinado em 05.12.2003, era de aluguel com promessa de compra e venda, contudo, nunca recebeu qualquer valor a título de locação, embora fizesse constantes cobranças ao réu. Passado algum tempo, recebeu ligação da vice-presidente da ONG (Cristianne), a qual mencionou sobre a intenção de pagamento e a orientou a procurar advogado da ONG. Com o advogado, foi feito novo contrato, tendo sido estipulado que a casa custaria R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ocasião em que a proprietária do imóvel recebeu R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em espécie; repita-se, isso em 12/2004, já que a testemunha afirma que nunca recebeu qualquer valor sem emitir recibo (cautela praticamente óbvia nestas situações).

Como dito, o réu disse em seu interrogatório que pagou, além dos R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) à proprietária do imóvel, este último valor sem recibo. Ocorre que este fato foi negado pela testemunha Dilma Dilene de Araújo Miranda (fl. 118), que afirmou

que o único valor recebido foi a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Mas, só para argumentar, mesmo que admitamos que o réu “guardou debaixo do colchão” por mais de um ano os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que foram entregues à proprietária do imóvel, ainda assim não há comprovação de gastos do valor restante.

Destaco que o d. Procurador da República indagou ao acusado se, depois dos saques, o dinheiro teria sido investido em alguma aplicação financeira, não tendo o réu dado explicações plausíveis para o emprego do dinheiro.

Afora o dinheiro entregue à dona da casa, disse o réu que gastou o restante do dinheiro com:

\* pagamento de três meses de salários atrasados da equipe da ONG (assistente social, nutricionista, técnico em enfermagem, coordenador de projeto, oficineiro):

O réu assumiu que os membros de direção da ONG não poderiam, por lei, receber salário na qualidade de dirigentes, mas que nada impedia que recebessem como prestador de serviço da ONG. Portanto, os próprios dirigentes assumiam o papel de tais prestadores.

De outro lado, o técnico em enfermagem André Ramo, o qual trabalhou na casa de passagem, afirmou que mais de dez pessoas trabalhavam no local, mas algumas delas trabalhavam como voluntárias (inclusive a testemunha), sendo que recebiam, ocasionalmente, apenas ajuda de custo de R\$ 100,00 (cem reais).

Além do depoimento testemunhal de que muitos cooperadores não recebiam salário, há o descompasso temporal. A casa de passagem somente começou a funcionar em abril de 2004 (segundo o interrogatório do réu), ao passo que os saques foram feitos em setembro de 2003, não sendo crível que o dinheiro tenha sido aplicado em tal finalidade.

\* Reforma do imóvel:

Há prova documental (fls. 86/87) de que o imóvel estava em más condições no momento em que foi alugado/adquirido (seja lá qual tenha sido, na essência, o negócio jurídico realizado). A proprietária da casa, Dilma Dilene de Araújo Miranda, em seu testemunho, assentiu que a casa estava sem uso e em más condições e que, ao recebê-la de vol-

ta, havia sido reformada.

Considerando que, segundo a dona do imóvel, o primeiro contrato foi assinado em 12/2003; e considerando que, em abril de 2004 a casa de passagem foi inaugurada, considero comprovada a existência da reforma, no período de 12/2003 a 04/2004.

Neste passo, a testemunha Cristianne Camilo Reis esclarece que, ao ser feita procura por uma casa, não encontrou alguma que servisse aos propósitos da ONG dentro do valor repassado pela Fundação Bill Gates (R\$ 65.000,00). Então, o réu optou por comprar uma casa deteriorada (mais barata) e reformá-la, de modo que a casa seria paga aos poucos, conforme novos recursos que chegassem “do Ministério”.

Curioso que a opção do réu – enquanto gestor dos recursos – de adquirir uma casa que carecesse de reformas não acarretou numa pechincha. A dona do imóvel (Dilene) afirmou em seu depoimento que vendera recentemente (ano de 2011) a casa por R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mesmo valor pela qual a casa estava sendo negociada com a ONG seis anos antes desta venda e, na época, sem condições de habitabilidade.

Apesar de ter sido efetivamente feita a reforma, não há nenhum tipo de comprovação do valor gasto, havendo genéricas informações sobre compra de material e pagamento de mão de obra.

\* Aquisição de mobiliário, utensílios, computadores:

O réu também informa que aplicou parte dos R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) na aquisição de mobiliário, utensílios e computadores.

Estes bens móveis realmente existiram e foram confiscados pela Secretaria de Saúde do Estado (vide autorização do Programa Nacional de DST/AIDS, fl. 25 do apenso) em abril de 2005; os bens confiscados discriminados num termo de entrega pela ONG (Secretário da ONG, Alecsandro Braz de Melo) – fls. 26/30, 61/65 do apenso. Posteriormente, o material foi repassado para outra instituição com finalidade similar – fl. 67 do apenso.

Ocorre que a testemunha Cristianne Camilo Reis esclareceu que o projeto da casa de passagem contemplava recursos de duas fontes: da Fundação Bill Gates, para aquisição do imóvel; e do Ministério da Saúde, para aquisição

de mobiliário e demais insumos. Afirmou ainda que os móveis foram comprados com o restante da verba repassada pelo Ministério da Saúde, e não com os R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) provenientes da Fundação Bill Gates.

A prova documental ratifica as alegações da testemunha de que o dinheiro usado para equipar a casa não provinha dos R\$ 65.000,00 ora discutidos (Fundação Bill Gates), mas sim de fonte pública.

Passo a analisar as notas fiscais constantes do volume apenso.

Alguns equipamentos e materiais foram adquiridos muito antes do repasse e saque da verba, entre os quais cita-se: microcomputadores (nota fiscal de 11/2001 e 05/2003 ), móveis de escritório (notas de 12/2001 e 07/2003); poltronas (nota de 01/2002), fls. 39/50. Portanto, não dizem respeito à verba em questão.

De acordo com o documento de fl. 36/37 (apenso), foram firmados três convênios que geraram liberação de recursos pelo Ministério da Saúde no ano de 2004, quais sejam, “Reconstruindo a Sidadania” (*sic*), “Resgatando a Sidadania (*sic*) II” e “Força de Vhiver III”. Tais programas geraram liberação de recursos públicos da ordem, respectivamente, de R\$ 42.189,70 (quarenta e dois mil, cento e oitenta e nove reais e setenta centavos), R\$ 42.035,80 (quarenta e dois mil, trinta e cinco reais e oitenta centavos) e R\$ 45.815,15 (quarenta e cinco mil, oitocentos e quinze reais e quinze centavos). As pendências da ONG (valores cujos gastos não foram comprovados) são de, respectivamente, R\$ 24.203,95 (vinte e quatro mil, duzentos e três reais e noventa e cinco centavos), R\$ 2.820,00 (dois mil, oitocentos reais e vinte centavos), e R\$ 22.907,58 (vinte e dois mil, novecentos e sete reais e cinquenta e oito centavos). Parte do dinheiro efetivamente aplicada em prol da ONG destinou-se à aquisição dos seguintes bens, ocorrida contemporaneamente à inauguração da casa de passagem (06/2004):

- \* NF 72 - televisão, fogão, liquidificador, conjunto de sofá: R\$ 1.442,00 - fl. 50 do apenso;
- \* NF 619 - colchões e beliches: R\$ 1.228,00 - fl. 51;
- \* NF 19 - utensílios domésticos: R\$ 3.932,00 - fl. 52;
- \* NF 47 - refrigerador: R\$ 949,00 - fl. 53;
- \* NF 1610 - material de escritório: R\$ 1.758,00 - fl. 54;
- \* NF 1630 - microcomputador- R\$ 2.630,00 - fl. 56;

- \* NF 1010 - material de papelaria - R\$ 1.712,80 - fl. 57;
- \* NF 60 - ferramentas - R\$ 2.201,60 - fl. 58;
- \* NF 59 - maquinário (retroprojetor, fotografia, filmagem, slide) - R\$ 3.195,00 - fl. 59.

Portanto, é falacioso o argumento do réu de que se valeu dos R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) oriundos da Fundação Bill Gates para adquirir bens que deixassem a casa de passagem em condições de operar. Tais bens foram comprados com recursos públicos oriundos do Ministério da Saúde, e ainda assim a ONG não comprovou integral aplicação do dinheiro público – fato não tratado nesta ação.

Em resumo: considero comprovado que, em época mais ou menos contemporânea ao saque dos R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), houve gastos apenas com a reforma do imóvel. Contudo, não há o menor indício de quanto se gastou com a reforma, nem da origem do dinheiro. O réu não conseguiu esclarecer onde o dinheiro ficou guardado entre o período dos saques (09/2003) e o tempo de duração das reformas (12/2003 a 04/2004), não sendo crível que tivesse mantido tal quantia guardada fora do sistema financeiro. Quanto ao valor pago à proprietária do imóvel, foi de apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e feito em 12/2004, mais de um ano após os saques, pelo que se pode afirmar que certamente provieram de outra fonte de recursos (lembre-se que o réu não comprovou ao erário gastos de quase cinquenta mil reais repassados em 2004). Tocante ao mobiliário e salários dos prestadores de serviço, não acolho as justificativas do acusado, nos termos acima expostos.

O réu afirma que todas as compras foram feitas com notas fiscais e após prévia cotação de preços. Disse que toda a vida documental da ONG foi confiscada por “Elisete”, da Secretaria Estadual de Saúde, no dia do fechamento da casa de passagem (ocasião em que o réu estava foragido), sendo que esta Secretaria não sabe informar onde foi parar o acervo documental.

Ocorre que no ofício de fl. 102, expedido com a chancela da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde, a ex-servidora pública Elisete Dantas afirma que o acervo documental da ONG não foi retirado por si; diz ainda que somente recebeu da ONG (pelo secretário Alecsandro Braz de Melo) materiais de uso da instituição (fls. 108/111).

Alecsandro Braz de Melo – pessoa da ONG que se responsabilizou, perante a Secretaria Estadual de Saúde, pela entre-

ga dos bens confiscados – afirmou, em declarações prestadas no Inquérito Civil Público 1.24.000.000140/2005-11 que era operador de microcomputador da ONG RNP+JP. Disse que presenciou fiscalização do Ministério da Saúde no final de 2004, ocasião em que foi informado pelo réu que se tratava apenas de fiscalização de rotina; também presenciou o dia da retirada dos pertences que estavam na casa, ocasião em que o réu não estava presente, não tendo voltado mais na ONG para trabalhar – fls. 93/94.

Ora, há informação nos autos de que: 1º) o réu estava ciente de que a ONG estava sendo fiscalizada pelo Ministério da Saúde; 2º) no dia da retirada dos bens móveis, o réu já havia desaparecido, não retornando ao trabalho; 3) o próprio réu assumiu que ficou foragido três anos, por medo da Polícia Federal; 4º) a Secretaria Estadual de Saúde afirma que não entrou na posse do acervo documental da ONG.

Destes fatos infere-se, sem maiores dificuldades, que o acervo documental da ONG foi retirado previamente ao dia do confisco pelo próprio réu ou por alguém a seu mando; o réu não apresentou tal acervo neste processo por vontade própria, certamente porque não havia como comprovar o gasto de toda vultosa verba sacada em 09/2013.

Com base no exposto, entendo comprovada a materialidade do crime de apropriação indébita, que incidiu sobre a quantia de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), advinda da Fundação Bill Gates e repassada, por intermédio do Ministério da Saúde, à ONG Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV/AIDS - Núcleo de João Pessoa (RNP+JP).

Essas considerações sobre os elementos do fato criminoso perseguido, reforçam o entendimento, esposado pela sentença que o acusado, dirigente da pessoa jurídica denominada ONG RNP+/JP, agiu livre e conscientemente para se apropriar de valores, recebidos em setembro de 2003, do Ministério da Saúde, incidindo o fato nas tenazes do artigo 168, § 3º, inciso III, do Código Penal.

Respondendo a impugnações devolvidas.

Não subsiste a alegação de incompetência da Justiça Federal, eis que apesar de oriunda de entidades internacionais, a verba foi repassada ao apelante através do Ministério da Saúde, por meio do Programa DST/AIDS, exigindo aplicação em finalidade pública, sendo que o seu desvio ou malversação faz atrair a incidência do

artigo 109, inciso IV, combinado com o artigo 70, ambos, da Constituição Federal.

No mérito, não se sustenta a alegada ausência de dolo, eis que ficou devidamente comprovada nos autos a atuação do acusado na apropriação dos valores, como dirigente da referida ONG, e a não contraprestação da finalidade social prevista, configurando-se o elemento subjetivo específico, *animus rem sibi habendi*, diante das frágeis e evasivas escusas apresentadas, depondo em seu desfavor, além do acervo probatório material que jaz nestes autos, os depoimentos harmônicos, inclusive o seu, suficientes para alicerçar a condenação.

Quanto ao pedido alternativo, inicialmente, rejeito a pretensão de diminuição da pena-base, uma vez que dosada em módico padrão, aquém da gravidade do delito praticado, porém, veiculada em fundamentação, sob a égide do preceitos do artigo 59 do Código Penal, o mesmo se aplicando à pena de multa.

Entretanto, acolho o pedido do apelo para afastar, de logo, a fixação imediata na sentença, a título indenização mínima – *ex vi* do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/08 –, do prejuízo infligido pela conduta, cerca de sessenta e cinco mil reais.

Tendo em vista que os fatos em apreço ocorreram entre 16 de setembro de 2003 e 26 setembro de 2003, por conseguinte, antes do advento da referida lei, que, por ser mais gravosa ao réu, não tem o condão de retroagir, para alcançar os fatos anteriores à sua promulgação, devendo o resarcimento ser processado na forma da lei anterior.

Sobre o tema, este Órgão Fracionário já se manifestou, quando do julgamento dos Embargos Declaratórios na ACR 9803-RN, de minha relatoria:

(III - Por outro lado, os vertentes embargos também se afinam com a jurisprudência majoritária quanto ao pleito de exclusão do dever de reparar o dano, previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, à medida que a Lei 11.719/2008, por ser mais gravosa ao réu, não tem o condão de retroagir, para alcançar os casos pretéritos à sua promulgação. Precedente do Tribunal Regional

Federal da 1ª Região (ACR 200838040001712, des. Renato Martins Prates, publicado em 08 de fevereiro de 2013) (EDACR9803/02/RN, julgado em 15 de outubro de 2013, publicado em 19 de dezembro de 2013).

Por este entender, dou parcial provimento apelação criminal.  
É como voto.

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.292-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelante: ADAUTO GOMES DA SILVA JUNIOR  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Embargante: ADAUTO GOMES DA SILVA JUNIOR  
Advs./Procs.: DRS. WALTER DE AGRA JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO QUE REFORMOU INTEGRALMENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ANULAÇÃO DE CONDENAÇÃO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL À PENA DE 7 (SETE) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E MULTA, REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA E PERDA DE CARGO PÚBLICO, POR VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL (ART. 325, § 2º, DO CÓDIGO PENAL) EM CONCURSO FORMAL COM DELITO DE COLABORAÇÃO COM GRUPO LIGADO AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 37, C/C ART. 40, II, DA LEI Nº 11.343/06). PLEITO EMBARGANTE DE SANEAMENTO DE ALIGEIRADA OMISSÃO DO JULGADO QUANTO AO RETORNO IMEDIATO DO POLICIAL AO SEU CARGO, COM O AUFRIMENTO DAS VANTAGENS DEVIDAS, VISTO NÃO HAVER REVOCAÇÃO EXPLÍCITA DA ME-**

*DIDA JUDICIAL LIMINAR, ENTÃO PROFERIDA NA ORIGEM, DETERMINANTE DO AFASTAMENTO DO ENTÃO DENUNCIADO DE SUAS FUNÇÕES. PROVIMENTO DOS EMBARGOS, VISTO SE TRATAR DE MATÉRIA VISCERALMENTE IMBRICADA AO OBJETO DO APELO, SENDO MESMO DE CONSIDERÁ-LA ÍNSITA AO PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, AINDA QUE NÃO EXPLÍCITAMENTE AVIADA NA APELAÇÃO, MAS CONSECTÁRIO LÓGICO DO PLEITO RECURSAL. IMPÔE-SE CONFERIR EXCEPCIONAIS EFEITOS INFRINGENTES AO JULGADO EMBARGADO DE DECLARAÇÃO.*

*- Apesar de não haver sido formulado, no apelo do sentenciado, pedido explícito, assim textualmente considerado, nos idênticos moldes ora aviados neste instrumento aclaratório, a pretensão embargante é em tudo conexa àquelas razões recursais, por razão de complementariedade, ou mesmo de subsidiariedade à matéria de fundo, ou seja, do mérito daquele apelo que teve o seu provimento declarado por esta egrégia 3<sup>a</sup> Turma.*

*- Daí não ser a matéria ora posta nestes embargos, de forma alguma estranha ao recurso provido, mas visceralmente intrínseca à problemática enfrentada e dirimida no julgamento colegiado do apelo, sendo de se homenagear o axioma jurídico de que o acessório segue o principal, visto que, in casu, o acolhimento da pretensão embargante é, às escâncaras, consequência lógica do atendimento – já operado – ao pedido de reforma do veredito condenatório, que restaurou, integralmente, a situação fático-jurídica do servidor ao status quo ante.*

*- Nessa linha, não mais subsiste o comando decisório emanado do juízo da 10<sup>a</sup> Vara Federal de Mossoró-RN, no que diz respeito à determinação do afastamento do embargante do cargo de*

*Delegado da Polícia Federal, sem percepção vencimental. Aliás, através de decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MSTR 102883/RN), foi restaurada a percepção dos vencimentos do policial.*

*- Embargos de declaração providos, para reconhecer o direito do embargante à reintegração imediata ao cargo de Delegado de Polícia Federal e ao efetivo exercício de suas funções, sem ressalvas de qualquer ordem, auferindo o policial, como consectário lógico do teor do acórdão proferido no julgamento que reformou a sentença condenatória, ora integrado pelo presente julgado, todos os eventuais direitos e vantagens previstos na legislação de regência, porventura relacionados ao tempo do afastamento determinado na decisão emanada do juízo da 10ª Vara Federal de Mossoró-RN e que ora se revoga no que pertine ao comando específico do afastamento.*

## ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos declaratórios, conferindo-lhes excepcionais efeitos infringentes, 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, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se, em suma, de embargos declaratórios opostos pela defesa do apelante epigrafado, relacionados ao Acórdão de fls. 935/

936, complementado às fls. 941/956, que deu pela reforma, *in toto*, da Sentença de fls. 780/793.

O veredicto reformado antes aludido, havia imposto apenação ao ora embargado, traduzida em 4 (quatro) anos de reclusão e multa, pela prática da conduta prevista no art. 325, § 2º, do Código Penal (violação de sigilo funcional qualificada), e, ainda, 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 37, c/c art. 40, II, da Lei nº 11.343/06 (colaboração, como informante, com grupos ligados ao tráfico de substância entorpecente), totalizando, pela regra do concurso formal impróprio de crimes, o total de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 326 dias-multa, além da perda do cargo público de Delegado da Polícia Federal.

Buscam os embargos declaratórios de fls. 959/965, sanar omissão do julgado colegiado, quanto à cassação da ordem liminar, proferida no juízo de primeiro grau, que determinou o afastamento do embargante do cargo de Delegado da Polícia Federal, suprimindo, ainda e por consequência, omissão quanto aos reflexos da reinvestidura – ora postulada –, para o fim de ser considerado o tempo de afastamento como de efetivo exercício para todos os fins legais, mormente aqueles albergados na Lei nº 8.112/90.

Ressalta, a parte embargante, as decisões de fls. 20/24, determinante do afastamento temporário do cargo, proferida na primeira instância, bem como a de fls. 87/91, emanada da relatoria deste Gabinete, restaurando a percepção vencimental do então denunciado.

Às fls. 969/980, contrarrazões, pelo Ministério Público Federal, aqui embargado, em sentido contrário ao pleito dos presentes declaratórios.

Reposa, à fl. 982, Ofício nº 14/2014-GAB/SR/DPF/RN, oriundo da Superintendência Regional da Polícia Federal, em que se formula consulta “*quanto à liberação do mencionado servidor para reassumir seu cargo.*”

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Vejo que o acórdão objeto destes declaratórios (fls. 935/936, complementado às fls. 941/956 - vol. 04), resultou assim ementa do:

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO DA DEFESA. CONDENÇÃO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL (ART. 325, § 2º, DO CÓDIGO PENAL) EM CONCURSO FORMAL COM DELITO DE COLABORAÇÃO COM GRUPO LIGADO AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 37, C/C ART. 40, II, DA LEI Nº 11.343/06). 07 (SETE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E MULTA. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. PERDA DE CARGO PÚBLICO. IMPÕE-SE A REFORMA DO JULGADO PELA AUSÊNCIA DE PROVA IRREFUTÁVEL DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITUOSAS. LIGAÇÃO TELEFÔNICA, NÃO INTERCEPTADA, ENTRE O ACUSADO E TERCEIRA PESSOA (MULHER JOVEM) SIMULTÂNEA E INTIMAMENTE RELACIONADA COM TRAFICANTE ALVO DA OPERAÇÃO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO DO TEOR DO DIÁLOGO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE A TERCEIRA PESSOA E O TRAFICANTE INVESTIGADO QUE NÃO CONDUZ, OBRIGATORIAMENTE, DADO O TEOR GENÉRICO, LACUNOSO E INSUBSTINTE DA CONVERSAÇÃO, À CONCLUSÃO DE VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE O RÉU RESPONDER POR DISCURSO DE OUTREM, DE NATUREZA CONTRADITÓRIA, A DEPENDER DE ILAÇÕES SUBJETIVISTAS, PORTANTO OBJETIVAMENTE NÃO CONCLUSIVO DE DIVULGAÇÃO DE DILIGÊNCIAS ENCETADAS PELA EQUIPE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À INVESTIGAÇÃO. EFETIVA PRISÃO DO TRAFICANTE ALVO DA OPERAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO, NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR, EXCLUSIVAMENTE DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POR 12 (DOZE) DIAS, E NÃO DE DEMISSÃO, PELA PRÁTICA DEATO QUE IMPORTOU EM ESCÂNDALO, COMPROMETENDO, ASSIM, O DECORO DA FUNÇÃO

POLICIAL, POR ENVOLVIMENTO, TORNADO PÚBLICO, COM PESSOA RELACIONADA COM TRAFICANTE. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA, FORMAL, EM DESFAVOR DO DELEGADO E DE SUA AMIGA, NA PERSECUÇÃO PENAL RELACIONADA À QUADRILHA INVESTIGADA NA ESPECÍFICA OPERAÇÃO POLICIAL.

1. A instrução revelou, tão-somente, além do envolvimento passional do réu, ainda que furtivo ou inconstante, com mulher de qualificação moral duvidosa, conforme descrita nos autos, aligeirada ligação telefônica entre ambos, sem que se possa atestar – e em que grau –, de forma extreme de dúvidas, se o seu conteúdo aponta, irrefutavelmente, para a violação do sigilo funcional associada à operação policial em causa, até mesmo porque, segundo passagem da própria sentença recorrida, não existe transcrição da conversa.

2. Em idêntico sentido, a conclusão da Comissão Processante (Processo Administrativo Disciplinar - PAD).

3. A questão envolve, portanto, deficiência do acervo probatório que, inclusive, não se fez sanear por qualquer meio, nem mesmo pelas interceptações telefônicas, igualmente inconclusivas da práxis delituosa, a exemplo, também, da inconsistência dos vários testemunhos – não confirmatórios, ora da autoria, ora da materialidade das ações criminosas imputadas ao réu, prenhes de acepções de cunho pessoal relacionadas ao réu, enfraquecidos a servir de prova, notadamente quando cotejados entre si.

4. Ainda que se tome como verídico o testemunho da mulher envolvida, prestado na fase inquisitorial, no sentido de lhe haver o réu, por telefonema, alertado da deflagração de uma operação policial na região, objetivando justificar, tão somente, a ausência dele a encontro agendado pelo casal, não se pode aferir, ainda assim e só por tal episódio, o grau de comprometimento – em nenhum momento comprovado – da investigação policial decorrente de tal telefonema, mormente em razão do desconhecimento do seu inteiro e verídico teor.

5. À vista da deficiência do acervo probatório, não resultou comprovado o nexo de causalidade, o liame etiológico, entre as ligações telefônicas do réu para com a mulher e, logo em seguida, desta para o traficante, como suficientes a levar a operação policial ao seu absoluto insucesso, até porque, frise-se, isto não ocorreu.

6. Milita, ainda, em favor do réu a ausência de comprovação da danosidade irreversível do seu agir quanto ao desfecho da operação policial. Com efeito, prejuízo algum foi cabal e irrefutavelmente demonstrado nos autos. Mais: ressalte-se a condição de prisioneiro do alvo investigado, detido na referida empreitada policial, além de quase todos os demais integrantes da quadrilha. Registre-se, ainda, a deflagração da correspondente persecução penal associada à dita investigação policial.

7. O relativo retardo na conclusão da operação policial, por circunstâncias que não guardam, necessariamente, relação alguma com o suposto vazamento de informações, não pode ser de molde a importar em subsunção à qualificadora do § 2º do art. 325 do Código Penal, visto que não comprovado, tecnicamente, haver decorrido de ação ou omissão atribuíveis ao réu, ficando, no caso dos autos, sujeito, portanto, às valorações subjetivistas dos testemunhos prestados, pelo sim e pelo não, por colegas da corporação policial, sem nenhum resultado pontual e objetivamente aferível de sua ocorrência.

8. Em que pese dever ser preservada a plena independência entre as esferas civil, penal e administrativa, fato é que, no caso concreto destes autos, a instância criminal em nada acrescentou ao apuratório administrativo, no sentido de apresentar inquestionáveis comprovações – a partir de regular contraditório judicial –, da autoria e materialidade delituosas descritas na acusação e imputadas ao réu.

9. Interessante realçar que eventual configuração de violação de sigilo funcional – eventual porque não restou provada – dar-se-ia pelo réu perante a jovem, ou seja, pessoa não comprovadamente integrante efetiva de grupo, organização ou associação criminosa voltada à prática dos ilícitos relacionados ao tráfico de entorpecentes, como exige a diretiva do art. 37 da Lei nº 11.343/06, inadequadamente utilizado para responsabilizar penalmente o apelante, isto porque sequer foi denunciada ao contrário do alvo preso e formalmente denunciado por tráfico de entorpecentes.

10. Disso resulta, somente a título ilustrativo, não poder o réu responder por eventual ato de outrem (a jovem) que, *motu proprio*, teria feito revelações a integrante de grupo criminoso, acerca das diligências policiais da operação policial, não necessária e comprovadamente autorizadas pelo acusado – isso tudo no plano conjectural, vez que não

há provas sequer da transmissão, pelo apelante, de dados sigilosos da operação para a mulher envolvida no episódio em questão.

11. Impõe-se prover o apelo, para o fim de reformar, *in totum*, a sentença recorrida, decretando, na sequência, a absolvição do apelante, com fulcro no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO. Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 05 de dezembro de 2013. Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Relator.

Pois bem. Apesar de não haver sido formulado, no apelo de fls. 825/888, pedido explícito, assim textualmente considerado, nos idênticos moldes ora aviados neste instrumento aclaratório, tenho que a presente pretensão é em tudo conexa àquelas razões recursais, por razão de complementariedade, ou mesmo de subsidiariedade à matéria de fundo, ou seja, do mérito daquele apelo que teve o seu provimento declarado por esta egrégia 3<sup>a</sup> Turma.

Daí não ser a matéria ora posta nestes embargos, de forma alguma estranha ao recurso provido, mas visceralmente intrínseca à problemática enfrentada e dirimida no julgamento colegiado do apelo, sendo de se homenagear o axioma jurídico de que o acessório segue o principal, visto que, *in casu*, o acolhimento da pretensão embargante é, às escâncaras, consequência lógica do atendimento – já operado – ao pedido de reforma do veredito condenatório, que restaurou, integralmente, a situação fático-jurídica do servidor ao *status quo ante*.

Nessa linha, não mais subsiste o comando decisório de fls. 20/24 (vol. 01), emanado do juízo da 10<sup>a</sup> Vara Federal de Mossoró-RN, no que diz respeito à determinação do afastamento do embargante do cargo de Delegado da Polícia Federal, sem percepção vencimental. Aliás, através da decisão de fls. 87/91 (vol. 02), proferida em sede de Mandado de Segurança (MSTR 102883/RN), foi restaurada a percepção dos vencimentos do policial ora embargante.

Com essas considerações, dou provimento aos embargos declaratórios, conferindo-lhes excepcionais efeitos infringentes, para reconhecer o direito do embargante à reintegração imediata ao cargo de Delegado de Polícia Federal e ao efetivo exercício de suas funções, sem ressalvas de qualquer ordem, auferindo o policial, como consectário lógico do teor do acórdão proferido no julgamento que reformou a sentença condenatória, ora integrado pelo presente julgado, todos os eventuais direitos e vantagens previstos na legislação de regência, porventura relacionados ao tempo do afastamento determinado na decisão emanada do juízo da 10ª Vara Federal de Mossoró-RN (fls. 20/24) – que ora se revoga no que pertine ao comando específico do afastamento.

Determino, à Turma, a imediata comunicação à autoridade policial subscritora do Ofício nº 14/2014-GAB/SR/DPF/RN, que repousa à fl. 982 (vol. 03) destes autos, do teor integral deste julgamento, para adoção das providências administrativas e funcionais objeto da consulta formulada no referido expediente.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 82-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Embargante: VALDEMIR DA COSTA SOUSA

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. RODRIGO ROCHA GOMES DE LOIOLA E OUTRO (EMBTE.)

***EMENTA: PROCESSO PENAL. DENÚNCIA.  
INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA.  
CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº  
8.137/90, ART. 1º, INCISOS I E II. MATERIALIDA-  
DE E AUTORIA COMPROVADAS. EMBARGOS  
INFRINGENTES. NÃO PROVIDOS.***

***- A peça acusatória atribui ao acusado sócio-ge-  
rente responsável pela administração a prática***

*de crime contra a ordem tributária por ter omitido e fraudado informação à autoridade fazendária.*

*- Descrição da conduta delituosa, devidamente amparada nos autos do inquérito policial apenso e no processo administrativo da Receita Federal, que delineia e embasa a peça ministerial, fundamentando-se na condição de sócio-gerente da empresa, partindo de tal situação fática devidamente comprovada, sendo legítima sua imputação.*

*- Ausência de qualquer prejuízo ao embargante em função do suposto vício da peça acusatória, uma vez que pode exercer seu direito de defesa, assim como o fez, na resposta à acusação e nos instrumentos recursais interpostos, contra-argumentando os argumentos que lhe imputavam a responsabilidade penal, inexistindo qualquer ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.*

*- A materialidade do aludido delito resta evidenciada diante das declarações de inatividade, nos anos-calendários de 2003 a 2005, da sociedade empresarial, da qual o denunciado, ora embargante, era sócio-gerente, em desconformidade com as guias informativas mensais correspondentes a tributo estadual que indicavam a realização de considerável atividade comercial exatamente no mesmo período.*

*- Não se está falando aqui em equívoco no preenchimento de um documento fiscal destinado ao fisco, mas, na verdade, na prestação de informação falsa às autoridades durante 3 anos, declarando a inatividade da empresa que estava em franca atividade.*

*- Embargos infringentes conhecidos, mas não providos.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 23 de abril de 2014. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS**  
- Relator

### **RELATÓRIO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:**

Trata-se de embargos infringentes opostos por Valdemir da Costa Sousa contra acórdão, não unânime, proferido pela Primeira Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal que negou provimento à apelação interposta contra sentença criminal condenatória mantendo a condenação que lhe fora imposta correspondente a 2 anos e 4 meses de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

O acórdão ora embargado se encontra assim ementado:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI 8.137/90, ART. 1º, INCISO I E II. OMISSÃO E/OU DECLARAÇÃO FALSA DE RENDA. CRIME SOCIETÁRIO. DENÚNCIA QUE NÃO É INÉPTA. DOLO ESPECÍFICO DEVIDAMENTE EVIDENCIADO. APELAÇÃO DO RÉU A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Não procede a irresignação do acusado quanto à inépcia da denúncia. O que se verifica da análise do feito é que a exordial do *Parquet* não padece de qualquer víncio, já que os fatos imputados na peça foram específicos, indicando a conduta delituosa perpetrada, além do que a denúncia veio amparada em inquérito policial e procedimento administrativo da Receita Federal, que bem delineiam os fatos apresentados pelo órgão ministerial.

2. A denúncia apresenta todos os elementos necessários para o desenvolvimento da *persecutio criminis* em Juízo

(art. 41 do CPP), preenchendo os pressupostos e requisitos concernentes à tutela da efetividade do processo, ou seja, a correta tipificação do fato pelo juiz, e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, possibilitando ao acusado o pleno exercício do direito de defesa.

3. Não se pode conceber a ausência de dolo tendente à supressão de tributos na conduta de quem durante três anos preenche as informações a serem prestadas para as autoridades fiscais de modo totalmente diverso dos acontecimentos. Mais ainda, o próprio acusado afirmou ser o responsável pelo recolhimento de obrigações tributárias.

4. Mesmo que se reconheça a condição de laranja do réu, a situação em exame não se identifica com a de tantos outros processos, em que pessoas têm os seus nomes utilizados indevidamente. Veja-se que o acusado tinha plena consciência do uso de seu nome na sociedade, inclusive, nos autos, tem-se a informação de que o réu seria sócio de diversas outras empresas, cerca de 16 empresas, que têm os mesmos contadores, e, participando de várias empresas em tal condição, é evidente que o acusado tinha ciência da destinação ilícita das empresas, e do crime tributário perpetrado.

5. Apelação do acusado a que nega provimento.

O voto vencido da lavra do Des. Federal José Maria Lucena que ampara a pretensão recursal, acolheu a tese de ser a denúncia inepta e de não ter havido o crime de sonegação fiscal.

Deste modo, o eminentíssimo Des. Federal José Maria Lucena discordou do voto vencedor, nos seguintes termos:

O Exmo. Sr. Desembargador Federal José Maria Lucena: Realmente, a denúncia é muito curta, ele foi denunciado por ser gerente e o fato delituoso apontado foi o de ter declarado a empresa inativa. Também comungo com a declaração do meu colega o ilustre Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Os contadores foram absolvidos. Quem é que preenche essas declarações? Esse empregado ou os contadores? Todo mundo sabe, pela experiência comum, que foram os contadores que preencheram as declarações. E eles foram absolvidos. Nós estamos aqui elegendo um bode expiatório. A responsabilidade penal aqui é objetiva. A denúncia do ilustre Procurador Regional da

República é objetiva. Ele foi denunciado por ter cometido os crimes do art. 1º, I e II: (Lê) “Omitir informação ou prestar (...) lei fiscal.”. Então, foi atribuída a ele uma ação que não foi sua, mas dos contadores. Aliás, se as declarações fossem dele, seria uma grande ignorância, porque essas declarações são cruzadas com as da Secretaria da Fazenda, que demonstravam uma franca atividade, como também com os livros contábeis da empresa. Ora, esses livros também serviram de base para a representação fiscal e mostram que havia faturamento. Isso se equipara quase ao crime impossível. Como é que ele conseguiria sonegar, se as declarações do ICMS mostravam aquela movimentação, e se os livros fiscais atestavam? É crime impossível. Absolutamente, não era possível ele cometer o crime, porque, imediatamente, seria descoberto. Não houve sonegação. Os livros fiscais atestam que a empresa estava em plena atividade, como também as informações cruzadas com a Secretaria da Fazenda do Estado. Então, aqui, houve uma responsabilidade penal objetiva impingida a ele. Isso me basta para não aceitar essa denúncia. Vou mais adiante: essa denúncia é completamente inepta, apesar de ser subscrita pelo meu amigo particular, Dr. Geraldo Assunção Tavares. Além disso, não há razão para ele ser condenado, pois não houve crime de sonegação fiscal. Os livros da empresa foram examinados pela fiscalização e mostraram uma movimentação. Ademais, quanto a essa situação de “laranja”, não duvido pela importância dessa família, que figura em outros casos como sócios. Vejo que ele queria manter, certamente, a sua situação de empregado. Se ele se recusasse a isso, talvez fosse até demitido. Com todo respeito aos votos do eminente Relator, do meu eminente colega Franciso de Queiroz Bezerra Cavalcanti e do eminente representante do Ministério Público que está estreando, hoje, aqui na nossa Turma, irei, com todo respeito, divergir para rejeitar a denúncia, absolvendo o acusado”

Alegou, preliminarmente, ser a denúncia inepta, por não ter individualizado a conduta do acusado, ora embargante, requisito que seria indispensável na peça acusatória.

No mérito, destacou ser devida a absolvição, haja vista a ausência de demonstração da intenção de fraudar (dolo específico),

não podendo o acusado ser responsabilizado objetivamente pela prática do tipo penal.

Finalmente, conclui pelo acolhimento de impêcia da peça acusatória ou, no mérito, a absolvição, nos termos do voto vencido.

Contrarrazões recursais do Ministério Pùblico Federal acostado às fls. 692/696, opinando pelo improvimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Nos termos do art. 609, parágrafo único, do CPP, o recurso de embargos infringentes devolve ao Tribunal, a matéria objeto da divergência.

Como se verifica das razões dos embargos infringentes em cotejo com o voto vencido, a divergência se subdivide em dois pontos centrais, primeiro, voltando-se à impêcia da denúncia e, posteriormente, à demonstração da intenção de fraudar (dolo específico), não podendo o acusado ser responsabilizado objetivamente pela prática do tipo penal.

Preliminarmente, pretende o embargante que seja reconhecida a impêcia da peça acusatória.

A divergência no julgamento embargado na parte referente à denúncia se refere à possibilidade de rejeição da inicial da ação criminal, em função de não ter havido narração e documentos mí nimos hábeis a fundamentar uma acusação.

No andamento da ação criminal, observa-se que, em um primeiro momento, o Magistrado condutor do feito intimou o Ministério Pùblico para emendar a peça acusatória, tendo o *Parquet* se valido do prazo para esclarecer sobre a desnecessidade de apresentação pormenorizada da conduta de cada acusado, deixando de apresentar qualquer outro elemento complementar aos dados contidos na denúncia.

Para o embargante, muito embora não se tenha que falar em imprescindível pormenorização, a individualização seria indispensável.

Merce análise pormenorizada a peça exordial, que passa a ser transcrita, *in verbis*:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por intermédio, do seu Representante Legal subscrito, no exercício de suas atribuições legais e com base no inclusivo inquérito policial, vem, perante Vossa Excelência, em razão da prática do ilícito penal que expõe em seguida, DENUNCIAR:

VALDEMIR DA COSTA SOUSA, sócio gerente, CPF 187.553.053-34, residente na Rua Aurélio Bezerra, 109, Modubim, CEP 60.764-170, Fortaleza-CE;

(...)

Trata-se de REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, oriunda da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fortaleza-CE, informando fatos que, em tese, configuraram crimes contra a Ordem Tributária, definidos no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90.

Através de ação fiscal foi detectado que a empresa CARNEIRO & COSTALTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 05.675.246/0001-87, deixou de recolher ao Tesouro Nacional os tributos e contribuições devidos, ao mesmo tempo em que omitiu do Fisco Federal o conhecimento dos valores tributáveis constantes de seus livros fiscais.

A empresa CARNEIRO & COSTALTDA. apresentou à Receita Federal para os anos-calendários de 2003, 2004 e 2005 Declarações de Inatividade. Não obstante, informações prestadas pela Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, por meio das Guias Informativas Mensais de ICMS (GIMS) indicavam, (*sic*) à prática de atividade comercial, pelos consideráveis valores referentes a entrada e saída de mercadorias.

No exame dos livros fiscais apresentados foi constatado que o contribuinte excedeu, no ano-calendário de 2003 o limite de Receita Bruta anual para permanência na sistemática do SIMPLES, sendo, por este motivo, excluído da referida sistemática, por meio do Ato Declaratório nº 051/2007.

Tendo sido regularmente excluída do SIMPLES, a empresa foi intimada para apresentar a escrituração contábil na forma Lucro Real, relativa aos anos-calendários de 2003, 2004 e 2005. O contribuinte não apresentou tempestivamente os livros contábeis e, desta feita, procedeu-se ao lançamento de ofício dos tributos e contribuições por arbitramento do lucro, totalizando um montante de 1.331.145,19 (um milhão, trezentos e trinta e um mil, cento e quarenta e cinco reais e dezenove centavos).

Presentes, destarte, os elementos necessários ao oferecimento da denúncia: autoria e materialidade.

Destarte, vem o Órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciar VALDEMIR DA COSTA SOUSA, EDUARDO WAGNER LISBOA FONTES e GUSTAVO HENRIQUE SILVA BORGES, como incursos nas penas do art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90, requerendo, outrossim, a instauração do competente processo criminal, para que lhes seja imposta a justa sanção legal, bem como requer a citação dos denunciados para que acompanhem, em todos os termos, a presente ação criminal, sob pena de revelia.

Analizando os termos usados na peça inicial, destaca-se a descrição da conduta delituosa, devidamente amparada nos autos do inquérito policial apenso e no processo administrativo da Receita Federal, que delinea e embasa a peça ministerial.

Como se não bastasse a responsabilidade do agente, ora embargante, fundamenta-se na condição de sócio-gerente da empresa, partindo de tal situação fática devidamente comprovada, sendo legítima sua imputação.

Ademais, não se demonstra qualquer prejuízo ao embargante em função do suposto vício da peça acusatória, uma vez que pode exercer seu direito de defesa, assim como o fez, na resposta à acusação e nos instrumentos recursais interpostos, contra-argumentando os argumentos que lhe imputavam a responsabilidade penal, inexistindo qualquer ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não se podendo aventar, nesta fase do procedimento, eventual inépcia da peça inaugural, após a concretização de tantos atos os quais necessários ao regular desenvolvimento da ação crimi-

nal e correspondentes manifestações do próprio embargante, inclusive, o próprio instrumento recursal em análise, o qual adentra na questão propriamente meritória.

Pela narrativa da peça inaugural é possível se extrair a responsabilidade do agente, ora embargante, durante os anos de 2004 e 2005 pela declarações da empresa Carneiro & Costa Ltda. à Receita Federal.

Desta feita, é o caso de se rejeitar a preliminar de inépcia suscitada.

No mérito, pretende o embargante sua absolvição, em consonância com o voto vencido de Dr. José Maria Lucena que não constatou a intenção de fraudar o fisco na conduta do embargante, que não possuía conhecimento acerca do efetivo funcionamento da empresa, não exercendo atividades de gerência de fato.

O delito, objeto da denúncia, previsto no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, nos seguintes termos:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

- I - omitir declarações, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
- II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

A materialidade do aludido delito resta evidenciada diante das declarações de inatividade, nos anos-calendários de 2003 a 2005, da sociedade empresarial CARNEIRO & COSTA LTDA., da qual o denunciado, ora embargante, era sócio-gerente, em desconformidade com as guias informativas mensais correspondentes a tributo estadual que indicavam a realização de considerável atividade comercial exatamente no mesmo período.

Reconheceu o embargante ser o responsável pelos pagamentos de tributos devidos pela empresa, dentre os quais se incluía o PIS e COFINS, além de repassar as informações contábeis aos contadores, que prestavam as informações aos órgãos fazendários, que também foram denunciados na presente demanda.

A situação demonstrada nos autos não autoriza o reconhecimento do embargante como mero laranja, uma vez que seu nome não era utilizado indevidamente, já que ele reconhecidamente participava da gestão da empresa, sendo sócio de outras 16 (dezesseis) empresas que possuem os mesmos contadores, apesar de demonstrar pouco conhecimento sobre o funcionamento da pessoa jurídica.

O que se demonstra é que tanto o embargante quanto os contadores denunciados eram partícipes da conduta criminosa, cujas absolvições se mostram, no mínimo, discutíveis, como bem colocado pelo Exmo. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.

Não se está falando aqui em mero equívoco no preenchimento de um documento fiscal destinado ao fisco, mas na verdade na prestação de informação falsa às autoridades durante 3 anos, declarando a inatividade da empresa que estava em franca atividade.

Não se tem como apartar da apresentação equivocada de informações da empresa o dolo de ludibriar o fisco, deixando de ser recolhido aos cofres fazendários o montante, sendo o sócio-gerente da pessoa jurídica o responsável tributário, conforme expressa previsão legal.

Ademais, o embargante em nenhum momento esclareceu a situação real da gestão da empresa, não informando quais sócios seriam os administradores efetivos, como bem destacado no voto do relator, tendo ficado demonstrada a sua responsabilidade pela gestão administrativo-financeira da empresa da qual era sócio-gerente e que teve uma conduta flagrantemente voltada à sonegação de tributos, além de ter o agente se responsabilizado em juízo pelo recolhimento das exações e de sua participação na formação de outras sociedades empresárias.

O embargante discorre sobre a necessidade de demonstrar a presença do dolo específico do agente no sentido de efetivamente desejar suprimir ou reduzir o tributo.

Entretanto, a sonegação restou devidamente caracterizada, ao longo de três anos, pela ausência de recolhimento do tributo, amparada na declaração falsa apresentada ao fisco, não se podendo deixar de reconhecer a presença do dolo dirigido à supres-

são de tributos, mediante o repasse de informações inidôneas ao fisco.

Nesse sentido, há precedente jurisprudencial:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI N° 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990). APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É intempestiva a apelação interposta após o prazo de cinco dias previsto no art. 593 do Código de Processo Penal, contados da intimação do MPF.
2. Apesar de a oposição de embargos de declaração ter efeito interruptivo em relação à interposição dos demais recursos cabíveis, tal efeito não se opera quando os declaratórios sejam tidos como intempestivos. (Precedente do STJ: Resp nº 623.405/PE). APELAÇÃO DO RÉU. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA. DOSIMETRIA.
3. Há, nos autos, provas cabais da materialidade e da autoria do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137, de 1990, consistentes, sobretudo, na Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP).
4. **O réu era o diretor e administrador da empresa e, como tal, era o responsável pelos atos praticados por seus prepostos, entre eles o contador.**
5. **No processo penal, o ônus de provar o alegado incumbe à parte que o fizer (art. 156). O réu não se desincumbiu de provar sua tese exculpante de negativa de autoria, limitou-se a alegar que a responsabilidade exclusiva pela sonegação perpetrada seria do ex-contador da empresa, sem, no entanto, produzir prova testemunhal ou documental que demonstrasse essa alegação.**
6. **Presentes, portanto, os elementos caracterizadores do tipo penal – art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137, de 1990 –, aí incluído o dolo específico, que é a vontade livre e consciente dirigida à omissão de receita e à redução do pagamento de tributos devidos aos cofres públicos.**
7. A pena de prestação de serviços à entidade pública (CP, art. 43, IV), deve ser cumprida à razão de uma hora por dia

de condenação (CP, art. 46, parágrafo 3º), de modo que a pena restritiva de direito tenha a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (CP, art. 55).

8. É de se manter o número de cestas básicas mensais, que foi proporcional à condição econômica do recorrente.

9. Apelação do MPF não conhecida e apelação do réu parcialmente provida, apenas para fixar em 7 o número de horas semanais de prestação de serviço à comunidade.

(ACR 200683000018213, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 10/12/2010 - Página: 23.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES AO FISCO. EFETIVA SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.317/1990. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MARCO INICIAL. DATA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.317/1990. IMPOSSIBILIDADE. CRIME MATERIAL E NÃO DE MERA CONDUTA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA. VALOR DO PREJUÍZO. VALORAÇÃO NEGATIVA. PONDERAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. EXASPERAÇÃO NECESSÁRIA. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS CONDUTAS DELITIVAS. PATAMAR DE MAJORAÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO) DA PENA. QUANTUM CONDIZENTE. APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA. APELAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

I. A materialidade do delito de sonegação fiscal resta caracterizada pela constituição definitiva do crédito tributário, não se tipificando antes. Súmula Vinculante nº 24.

II. Não há que se falar, ainda, da ocorrência da prescrição por faltar o trânsito em julgado para a acusação.

III. **Tem-se configurado o dolo a partir da presença de vontade livre e consciente para a prática das condutas delitivas, fundadas em declarações inidôneas ao**

**Fisco, com a omissão das reais movimentações financeiras.**

**IV. Com a efetiva supressão dos tributos, em decorrência da conduta omissiva de informações ao Fisco, não há que se falar no tipo do art. 2º, I, da Lei nº 8.317/1990, por ali tratar de crime de mera conduta, mas sim do capitulado no art. 1º, I, do mesmo diploma legal, por se tratar, no caso concreto, de crime material.**

V. O dano causado ao erário, a partir do montante sonegado, é de ser considerado em desfavor do acusado quando ponderadas as consequências do crime para a fixação da pena-base.

VI. Adotando-se critério objetivo para a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ao sopesar a pena-base, no caso concreto com a presença de valoração desfavorável, tem-se por necessária a exasperação conduzindo acima do patamar mínimo, mas próximo a ele.

VII. Na segunda fase da dosimetria, a aplicação de circunstâncias atenuantes não podem conduzir à pena aquém do mínimo cominado. Súmula nº 231/STJ.

VIII. O cometimento de uma conduta a mais do que a necessária para configurar a continuidade delitiva, não sugere aumento exorbitante da pena, sendo pertinente, para o caso concreto, o patamar indicado na sentença em 1/5 (um quinto).

IX. Apelação da defesa improvida.

X. Apelação do Órgão Ministerial parcialmente provida para fixar, ao final, as penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual valorado em 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução, mantidas as penas substitutivas nos termos da sentença.

(ACR 00031057720104058400, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 20/01/2014 - Página: 53.)

Assim, não merece acolhida a irresignação do embargante, devendo prevalecer o voto condutor do feito.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 8.338-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Embargante: ECISA ENGENHARIA COM/ E IND/ S/A E OUTROS  
Embargada: UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO PINHEIRO GUIMARÃES PADILHA  
E OUTROS E MILITA FERREIRA LIMA DE VASCONCELOS

***EMENTA: DIREITO CIVIL. FIXAÇÃO DE LAUDÉMIO. PERÍCIA JUDICIAL E PARTICULAR DIVERGENTES DOS VALORES PRATICADOS PELA SPU E PELA PCR. NÃO ADSTRIÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.***

- *O caso concreto versa sobre terreno de marinha, região regulamentada pelos Decretos-Lei nº 9.760/46 – que estabelece a competência da SPU para fixação do valor locativo e venal (de mercado) de tais áreas – e nº 2.398/87 – o qual determina que compete à SPU a atualização desses mencionados valores. Precedentes: (AgRg no REsp 1174039/SC e REsp 1100543/SC).*
- *Perito judicial, mesmo após afirmar que o método mais adequado ao caso seria o “comparativo direto de dados de mercado”, delimitou que não era possível estimar os valores dos bens avaliados com base nessa técnica, sob a alegação de que os imóveis em questão localizam-se em empreendimento de alto padrão, com instalações modernas e com condições potenciais bem particulares.*
- *Diferentemente do alegado, a aplicação do método de comparação direta é plenamente possível, ao menos para o estabelecimento de preços mínimos, haja vista que na região metropolitana*

*do Recife existem outros shoppings também considerados de alto padrão.*

*- Mesmo em o perito optando pelo “método evolutivo”, ainda se faz necessário, nessa técnica, considerar a denominada “vantagem da coisa feita”, a qual deverá ser obtida através do dito “fator de comercialização”. Incoerente a postura do perito judicial que atribuiu ao mencionado fator o valor de uma unidade (1,00), resplandecendo assim desconsideração pelo fato do imóvel já estar pronto e integrar o maior e talvez mais valorizado shopping da cidade.*

*- Consta nos autos tabela contendo avaliações da Prefeitura da Cidade do Recife (PCR), referentes ao ano de 2006, relativas ao valor de mercado de imóveis na área em questão, expressando quantias bem semelhantes às praticadas pela GRPU/PE.*

*- Ressalto que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, nos termos do art. 436 do CPC. Precedentes: (AgRg no AREsp 49234 / SP e AgRg no AREsp 189300 / SP)*

*- Embargos infringentes 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 identificadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, em sessão plenária realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela ECISA ENGENHARIA COM/ E IND/ S/A (e outros) contra acórdão proferido pela Primeira Turma desta Corte (fls. 857/859), o qual deu provimento à remessa oficial e à apelação para considerar improcedente a demanda, bem como fixar os honorários advocatícios, a serem pagos em favor da União, no valor de R\$ 50.000,00.

Em suas razões (fls. 879/895), os particulares defendem a manutenção da sentença de primeiro grau, nos termos do voto vencido (fls. 848/850). Subsidiariamente, pugnam que seja determinada a produção de nova prova pericial, no primeiro grau, para embasar uma nova sentença.

Em suas contrarrazões (fls. 898/903), a União requer a manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

A questão objeto do presente recurso refere-se ao valor do laudêmio incidente sobre a transferência do domínio útil de determinados imóveis das embargantes.

Sob a ótica dos particulares, nos termos da sentença apelada, a cobrança em questão deverá incidir sobre o valor alegado na inicial (R\$ 16.525.000,00), o qual se mostrou apenas ligeiramente superior ao indicado por perito judicial designado na primeira instância. Já para a União, entretanto, o valor do bem a ser considerado como base de cálculo é aquele atribuído pela SPU (R\$ 33.383.794,60).

O voto vencido entendeu que a União não se desincumbiu de demonstrar mácula no trabalho pericial contestado, havendo todos os seus questionamentos sido esclarecidos no laudo complementar de fls. 745/756. Ademais, afirmou ainda que o valor apura-

do mostra-se compatível com o momento vivido pelo mercado imobiliário na capital pernambucana no ano de 2005, época em que foi procedida a operação de transferência.

Por sua vez, o voto condutor, levando em consideração exame de matéria fática, entendeu pela inadequação do “método do custo” (fl. 40) adotado pela perícia, haja vista que tal resultou numa flagrante diminuição do devido valor do bem, face à extrema valorização da área de localização do mesmo.

Passando à análise do recurso propriamente dito, ressaltando que os embargos infringentes devem se ater apenas aos limites da divergência apresentada, penso que não cabe razão aos embargantes.

O caso em tela versa sobre terreno de marinha, bem de propriedade da União, mas que se encontra sobre domínio útil dos particulares recorrentes.

A demanda está centrada no procedimento de avaliação do valor de mercado de sete lojas situadas no empreendimento Shopping Center Recife – o qual se localiza na Rua Padre Carapuceiro, nº 777, bairro de Boa Viagem, município de Recife-PE – denominadas como Unidades Comerciais PC 28, PC 111, BV 01, BV 02, BV 03, BV 04 e BV 104 (fls. 23 e 672).

Em sua inicial, a recorrente defende (fl. 06) duas formas possíveis de se atingir um montante alegadamente justo e consideravelmente inferior ao que fora estabelecido a título de laudêmio pela SPU – ressaltando que o ente público exigiu a quantia de R\$ 1.669.189,73 (um milhão seiscentos e sessenta e nove mil, cento e oitenta e nove reais e setenta e três centavos), correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, conforme previsto pelo Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de Dezembro de 1987.

A primeira delas se limitaria à mera correção dos valores pagos na alienação realizada às autoras pela BFB Leasing S.A Arrendamento Mercantil e Finaustria Arrendamento Mercantil S.A. Ou seja, considerando o pagamento de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais) e aplicando sobre ele a variação do IGP-M, desde a data da alienação até o mês de agosto do ano de 2007,

alcançar-se-ia o valor de R\$ 236.916,95 (duzentos e trinta e seis mil, novecentos e dezesseis reais e noventa e cinco centavos).

A segunda corresponderia à quantia de R\$ 826.250,00 (oitocentos e vinte e seis mil duzentos e cinquenta reais), correspondente a 5% (cinco por cento) do valor resultante de laudo técnico particular acostado às fls. 22/74 – o qual identificou o total de R\$ 16.525.000,00 (dezesseis milhões, quinhentos e vinte e cinco mil reais) como real valor dos bens periciados.

Em relação à primeira dessas formas de cálculo, tem-se que o valor de R\$ 236.916,95, a título de base de cálculo, mostra-se tão flagrantemente quimérico que mesmo a própria embargante tratou de afastá-lo no decorrer de sua inicial, pleiteando, inclusive, quando de sua conclusão, que o valor a título de laudêmio fosse fixado na quantia de R\$ 826.250,00.

No que concerne à segunda maneira de cálculo defendida pelo particular, tem-se que áreas como a aqui em análise são regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, o qual prescreve claramente que:

Art. 67. Cabe privativamente ao SPU a fixação do valor locativo e venal das imóveis de que trata este Decreto-lei.  
(sic)

Sendo que por valor venal compreende-se “aquele que o imóvel alcançará para a compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis”.<sup>1</sup>

Dito isso, observa-se claramente, não apenas a competência da SPU para fixação do *quantum* em questão, como também a exigência de que o valor a ser considerado para base de cálculo seja aquele dito de mercado.

Ainda em relação à competência da SPU, tem-se que também lhe cabe proceder à atualização dos valores supramencionados. Nesse sentido, texto do Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, quando ele afirma que:

---

<sup>1</sup> BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 148.

Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União, calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), será, a partir do exercício de 1988, de:

I - 2% (dois por cento) para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 30 de setembro de 1988; e (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.422, de 1988)

II - 5% (cinco por cento) para as ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida *ex officio*, a partir de 1º de outubro de 1988.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TERRENOS DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. CÁLCULOS DE ATUALIZAÇÃO. VALOR DO DOMÍNIO PLENO DO TERRENO DE MERCADO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. ART. 1º DO DECRETO-LEI 2.398/87. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. A atualização da taxa de ocupação dos terrenos de marinha dar-se-á com base no valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), a teor do que dispõe o art. 1º do Decreto-Lei 2.398/87. Precedentes do STJ: REsp 1161439/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 15/12/2009; REsp 1160920/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 15/12/2009; REsp 1132403/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009.

2. O art. 1º do Decreto-Lei 2.398/87, que dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, prevê: "Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União, calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), será, a partir do exercício de 1988, de: I - 2% (dois por cento) para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 30 de setembro de 1988; e (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.422, de 1988) (Vide Lei nº 11.481, de 2007) II - 5% (cinco por cento) para as ocupações cuja inscrição

seja requerida ou promovida *ex officio*, a partir de 1º de outubro de 1988. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.422, de 1988)".

3. Agravo regimental desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no REsp 1174039/SC. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 08/06/2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TERRENOS DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. CÁLCULOS DE ATUALIZAÇÃO. VALOR DO DOMÍNIO PLENO DO TERRENO DE MERCADO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. ART. 1º DO DECRETO-LEI 2.398/87. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. FALTADE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. *In casu*, merece acolhida os embargos de declaração para sanar o erro material no julgamento do recurso especial, tendo em vista tratar-se a matéria de competência da Primeira Seção.

3. A atualização da taxa de ocupação dos terrenos de marinha dar-se-á com base no valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), a teor do que dispõe o art. 1º do Decreto-Lei 2.398/87. Precedentes do STJ: REsp 1161439/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 15/12/2009; REsp 1160920/SC, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 15/12/2009; REsp 1132403/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009.

4. O art. 1º do Decreto-Lei 2.398/87, que dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, prevê: "Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União, calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), será, a partir do exercício de 1988, de: I - 2% (dois por cento) para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 30 de setembro de 1988; e (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.422, de 1988) (Vide Lei nº 11.481, de 2007)

II - 5% (cinco por cento) para as ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida *ex officio*, a partir de 1º de outubro de 1988. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.422, de 1988)

5. A simples indicação do dispositivo legal tido por violado, sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmulas 282 e 356 do STF.

6. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar seguimento ao recurso especial.

(Superior Tribunal de Justiça - STJ. EDcl no AgRg no REsp 1100543/SC. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 01/07/2010)

Ademais da já explicitada competência da SPU, decorrente da normativa pátria vigente, também merece destaque o fato de que o perito judicial – o qual, quando do julgamento do caso na primeira instância, concluiu pelo total de 16.136.360,37 (dezesseis milhões, cento e trinta e seis mil, trezentos e sessenta reais e trinta e sete centavos), valor bastante próximo daquele delimitado pelo perito particular – mesmo após afirmar que o método mais adequado ao caso seria o “comparativo direto de dados de mercado”, delimitou que não seria possível estimar os valores dos bens avaliados com base nessa técnica (fl. 675), haja vista que os imóveis em questão localizam-se em empreendimento de alto padrão, com instalações modernas e com condições potenciais bem particulares.

Ora, tal qual argumentou a Gerência do Patrimônio da União (fl. 774), entendo ser plenamente possível à aplicação do método de comparação direta, ao menos para o estabelecimento de preços mínimos, haja vista que na região metropolitana do Recife existem outros *shoppings* também considerados de alto padrão.

Como bem explicitou o Dr. Francisco Cavalcanti em seu voto vencedor, à fl. 855: “Não tenho dúvida nenhuma de que o método, dito evolutivo, é absolutamente inaceitável nessas circunstâncias. Se observarmos bem, o Shopping Center Recife foi edificado em um terreno que foi um manguezal aterrado, um terreno, em princípio, de pouca valia, e, em cima disso, foi edificado um empreendimento hoje extremamente valorizado. Portanto, se formos verificar o custo de reprodução da construção em cima daquele imóvel ele valerá muito menos do que o valor real. No entorno, existe atual-

mente todo um agregado de empreendimentos residenciais, *flats*, áreas comerciais, etc.”.

Além do que, mesmo em o perito optando pelo “método evolutivo” (fl. 730), ainda nessa técnica se faz necessária à consideração da dita “vantagem da coisa feita”, a qual deverá ser obtida através do “fator de comercialização” (fl. 731).

Sendo assim, me soa bastante incoerente que ao fator supramencionado tenha o perito judicial atribuído o valor de uma unidade (1,00), situação em que resplandece a total desconsideração do *expert* pelo fato do imóvel já estar pronto e integrar aquele que seja talvez o maior e mais valorizado *shopping* da cidade (fl. 731). Também entendo como completamente despiciendo o argumento de que se deve desprezar a valia da coisa feita e atribuir o valor unitário ao fator de comercialização, pela simples circunstância de que as lojas se encontravam fechadas há alguns anos quando da negociação.

Some-se a isso ainda o fato de que consta nos autos uma tabela contendo avaliações da Prefeitura da Cidade do Recife, referentes ao ano de 2006, relativas ao valor de mercado de imóveis na área em questão (fl. 732), onde estão expressas quantias bastante semelhantes às praticadas pela GRPU/PE. A saber, de acordo com tais avaliações o valor total das lojas em tela resultaria em R\$ 30.355.424,00 (trinta milhões, trezentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e vinte e quatro reais).

Ressalto ainda que – nos termos do art. 436 do CPC<sup>2</sup> – já se encontra plenamente pacificado na jurisprudência pátria o entendimento de que o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS CONSIDERADAS SUFICIENTES PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DA

---

<sup>2</sup> Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

**NÃO ADSTRIÇÃO DO JUIZ AO LAUDO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.**

- **O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo apreciar livremente as provas constantes dos autos a fim de estabelecer o seu convencimento acerca da demanda (art. 436 do CPC).**

- A teor do disposto no art. 437 do CPC, cabe ao juiz apreciar a necessidade de realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, o que não é o caso dos autos. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no AREsp 49234 / SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. DJe 09/03/2012.) (Grifos acrescidos)

**AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. INVALIDEZ PERMANENTE COMPROVADA. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DA CONCLUSÃO DO JULGADO. SÚMULAS STJ/5 E 7. ARTIGO 436 DO CPC. NÃO VINCULAÇÃO AO LAUDO PERICIAL.**

1 - Para verificar se a autora teria ou não preenchido a condição necessária ao recebimento da indenização contratada, há necessidade de interpretação de cláusula contratual, bem como do reexame de provas, o que não se admite em âmbito de Recurso Especial, a teor dos enunciados 5 e 7 da Súmula deste Tribunal.

2 - **Nos termos do artigo 436 do CPC, não fica o juiz adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados nos autos.**

3 - Agravo Regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no AREsp 189300 / SP. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJe 05/09/2012.) (Grifos acrescidos)

Firme nessas considerações, nego provimento aos embarcos infringentes.

É como voto.



---

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

7239-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias.....	13
---------	--	----

### **AGRADO DE INSTRUMENTO**

131782-PB	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	23
135962-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.42 0802509-35.2013.4.05.0000 (PJe)	
	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.49	

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

9917-CE	Rel. Des. Federal Fernando Braga .....	56
26543-PE	Rel. Des. Federal Hélio Silvio Ourém Campos (Convocado) .....	70
27907-CE	Rel. Des. Federal Fernando Braga .....	77
29997-PB	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	85

### **APELAÇÃO CÍVEL**

539248-PB	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	102
541466-AL	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	111
545971-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	123
560172-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	136
564781-SE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	143
566793-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	160
567608-SE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	168
567892-PB	Rel. Des. Federal Joaquim Lustosa Filho (Con- vocado) .....	182
569589-RN	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado) .....	189
0800026-34.2013.4.05.8309 (PJe)	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado) .....	196
0800068-10.2013.4.05.8204 (PJe)	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	200

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

9375-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	208
10505-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	220
10648-PB	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	242

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL**

10292-RN	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	257
----------	---	-----

## **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA APELAÇÃO CRIMINAL**

82-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	265
-------	---	-----

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL**

8338-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	278
---------	--	-----

## **ÍNDICE ANALÍTICO**



## A

PrPen	Acórdão proferido em sede de julgamento de apelação que reformou integralmente sentença condenatória. Embargos declaratórios. Anulação de condenação de Delegado da Polícia Federal à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, regime inicial fechado de cumprimento de pena e perda de cargo público, por violação de sigilo funcional (art. 325, § 2º, do Código Penal) em concurso formal com o delito de colaboração com grupo ligado ao tráfico de drogas (art. 37, c/c art. 40, II, da Lei nº 11.343/06). Pleito embargante de saneamento de aligeirada omissão do julgado quanto ao retorno imediato do policial ao seu cargo, com o auferimento das vantagens devidas, visto não haver revogação explícita da medida judicial liminar, então proferida na origem, determinante do afastamento do então denunciado de suas funções. Provimento dos embargos, visto se tratar de matéria visceralmente imbricada ao objeto do apelo, sendo mesmo de considerá-la ínsita ao pedido de reforma da sentença condenatória, ainda que não explicitamente aviada na apelação, mas consectário lógico do pleito recursal. Impõe-se conferir excepcionais efeitos infringentes ao julgado embargado de declaração. EDACR 10292-RN .....	257
Amb	Apelação a atacar sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a resarcir à União o valor equivalente ao volume de 13.059 m <sup>3</sup> de rocha gnáissica, pela extração e comercialização de recursos minerais, sem licenciamento. AC 560172-RN .....	136

Pen e PrPen	Apelação criminal manejada pela defesa, desafiando sentença da lavra do Juízo Federal da 3 <sup>a</sup> Vara, sediado em João Pessoa, proferida nos Autos da Ação Criminal nº 0007925-60.2010.4.05.8200, instaurada no fito de investigar a prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 3º, inciso III, do Código Penal). ACR 10648-PB ..... 242
Prev	Aposentadoria rural. Má-fé do beneficiário reconhecida em ação transitada em julgado. Devolução de valores recebidos indevidamente. AC 0800026-34-PE (PJe) ..... 196
Trbt	Auto de infração. Imposto de importação. Ação anulatória. Agente marítimo. Circunstância de força maior excludente da responsabilidade tributária. Art. 480. Decreto nº 91.030/85. Súmula 192 do ex-TFR. Inaplicabilidade. APELREEX 9917-CE ..... 56
Prev	Auxílio-doença. INSS. Pedido para concessão de benefício. Falecimento do autor, habilitação dos herdeiros. Impossibilidade de realização de perícia médica. Ausência de prova sobre a incapacidade laboral do demandante. Improcedência da ação. Sentença mantida. AC 567892-PB ..... 182
	<b>C</b>
Cv e PrCv	Confusão patrimonial. Art. 50 do CC. Sucessão empresarial fraudulenta. Redirecionamento de dívida fiscal não tributária para sociedade empresária pertencente ao mesmo grupo econômico da devedora originária. Possibilidade. Embargos à execução. Honorários advocatícios. Descabimento. Súmula nº 168 do extinto TFR. AC 566793-PE ..... 160

Trbt	Contribuição sindical rural. Entidade de pesquisa agropecuária. Propriedade de mais de um imóvel rural com área superior ao módulo regional. Empregador rural. Art. 1º, II, c, do Decreto-Lei nº 1.166/71. Incidência do tributo. AC 541466-AL .....	111
Adm	Convênio firmado entre a RFFSA e o museu do trem. Entidades extintas. Locomotiva a vapor. Valor histórico. Má conservação do bem. Exposição às intempéries. Rescisão do convênio. Improvimento da apelação. AC 569589-RN .....	189
Pen e PrPen	Crime tipificado no art. 183 da Lei nº 9.472/92. Compartilhamento de conexão de internet via rádio. Distinção entre as condutas de transmitir sinais de radiofrequência fora dos parâmetros legais e regulamentares e de compartilhar conexão de internet. Compartilhamento de acesso à internet via radiofrequência que não se confunde com o serviço de comunicação multimídia nem com o serviço de valor adicional. Atipicidade da conduta de compartilhar acesso à internet, desde que obedecidas as prescrições legais quanto ao uso do meio. Apelação provida. ACR 10505-PB .....	220
Cv	Fixação de laudêmio. Perícia judicial e particular divergentes dos valores praticados pela SPU e pela PCR. Não adstrição do juiz ao laudo pericial. Embargos infringentes improvidos. EINFAC 8338-PE .....	278

## F

Pen e PrPen Furto qualificado e lavagem de dinheiro praticado em quadrilha. Obtenção de dados de clientes da Caixa Econômica Federal via internet. Efetuação de transferências, pagamentos e compras em face do acesso ilegal conseguido. Competência da Justiça Federal para a lide. Precedentes. Escutas telefônicas judicialmente autorizadas e prorrogadas nos termos da lei. Inexistência de nulidades. Fatos elucidados por meio de provas materiais, testemunhais e por confissões qualificadas. Inexistência de dúvida das participações dos réus. Penas fixadas nos moldes do permissivo legal. Ausência de provas da prática do crime de lavagem de dinheiro em relação a um dos réus. Posição do Ministério Público em ambas as instâncias pela absolvição por este ilícito. Provimento parcial de seu recurso. Não provimento dos recursos dos outros réus. ACR 9375-CE ..... 208

## I

Trbt e PrCv Imposto de renda retido na fonte. Repetição de indébito. Prescrição. Interpretação do STF conferida ao art. 35 da Lei nº 7.713/88. Ilegalidade da retenção na fonte para as sociedades anônimas. Previsão contratual das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Distribuição de lucros. Fato gerador do imposto de renda. Art. 43 do CTN. Art. 170-A do CTN. Expurgos inflacionários. Honorários advocatícios. AC 539248-PB .. 102

PrPen Inépcia da peça acusatória. Ausência. Denúncia. Crime contra a ordem tributária. Lei nº 8.137/90, art. 1º, incisos I e II. Materialidade e autoria comprovadas. Embargos infringentes. Não providos. ENUL 82-CE ..... 265

Ct, Adm e PrCv	Inimizade manifesta. Suspeição. Indeferimento do pedido de concessão de visto permanente a estrangeiro em razão do casamento com brasileira. Decisão administrativa que observou a legislação de regência. Agravo retido. APELREEX 27907-CE .....	77
Ct e Adm	Instituição de ensino federal. Conflito entre aluno e professor. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Descabimento. AC 564781-SE .....	143

## L

Adm	Licença de habitar. Renovação. Imposição do município. Ausência de motivação do ato. Desarrazoabilidade da exigência. APELREEX 26543-PE .....	70
-----	---	----

## M

PrCv e Com	Mandado de segurança. Agravo de instrumento. Registro e arquivamento na Junta Comercial. Ata de reunião de sócios de sociedade limitada. Código civil. <i>Quorum</i> para deliberação para destituição de administrador. AGTR 135962-CE .....	42
------------	---	----

## N

Adm	Nulidade do ato de desincorporação. Militar. Requerimento de licenciamento inválido por falta de plenas faculdades mentais. Decreto nº 2.040/96. Portaria nº 325/2000 (IG 10-02). Reintegração. Percepção dos valores correspondentes ao período de desligamento indevido. Não cabimento de indenização por danos morais. APELREEX 29997-PB .....	85
-----	---	----

## P

Ct	Programa de televisão. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Caráter jornalístico. Controle prévio do conteúdo. Impossibilidade. Utilização da técnica <i>per relationem</i> . AGTR improvido. AGTR 131782-PB ..... 23
----	---

PrCv	Publicação da inclusão em pauta e julgamento em nome de advogado falecido. Ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC. Violação aos arts. 180 e 265 do CPC. Ocorrência. Ação rescisória julgada procedente. Nova inclusão do feito e pauta e novo julgamento da causa. AR 7239-PE ..... 13
------	---

## R

Adm	Reserva indígena ocupada pelos Kariri-Xocós. Aquisição de nova área a ser destinada exclusivamente aos Kaxagós. Grupo étnico formado pela união de diversos remanescentes indígenas. Integração à comunhão nacional. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Processo demarcatório regulado em lei e decreto federal. Intervenção judicial. Situações excepcionais. AC 567608-SE ..... 168
-----	---

PrCv e Adm	Responsabilidade civil objetiva por omissão. Agravo de instrumento. Suicídio cometido por depressão. Pensão para menor. AgTr 0802509-35 (PJe) ..... 49
------------	--

## T

Prev e PrCv	Trabalho infantil. Direito ao cômputo do respectivo tempo de serviço para fins previdenciários. Aposentadoria. Discussão relativa
-------------	---

	à cessação de benefício. Coisa julgada. Inocorrência. Restabelecimento do benefício. AC 0800068-10-PB (PJe) .....	200
PrCv e Ct	Tratado de Assunção e Tratado GATT. Direito internacional público. Conflito de leis. Art. 8º, <i>caput</i> , parágrafos 1º e 2º da Lei nº 10.924/2004. PIS/COFINS. Crédito presumido. Aquisição do trigo no mercado externo. AC 545971-PE .....	123