

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

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

Número 110 - Julho/Agosto - 2014

R. TRF 5ª Região, nº 110, p. 1-351, Julho/Agosto - 2014

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados

MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.jus.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Presidente

Desembargador Federal

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

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 - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS
Vice-Presidente: Desembargador Federal EDILSON NOBRE
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal MANOEL ERHARDT - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal 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	341
3. Índice Analítico	345

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.232-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autor: PAULO CERSAR DA SILVA
Réu: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Proc.: DR. RODRIGO AUGUSTO SANTOS (AUTOR)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO ACERCA DE PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO DO JUIZ (ART. 485, I, CPC). PETIÇÃO QUE SEQUER APONTA FATOS CORRELATOS AO TIPO. PRETENSÃO DE REAPRECIACÃO DE PROVA. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Hipótese de ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma, que negou provimento ao apelo interposto pelo ora autor, para manter a sentença que acolheu a pretensão do DNOCS em ação de reintegração de posse.

- A existência de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz invocada na inicial da ação rescisória é questão de mérito, razão pela qual há que se superar a preliminar de inépcia da inicial para se apreciar o mérito da causa.

- A ação rescisória não se presta para rejulgamento do processo original, somente sendo cabível diante das causas expressamente elencadas no art. 485 do Código de Ritos. (TRF5, AR 200905000652940, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Pleno, DJe 22/04/2010)

- A via da ação rescisória não é adequada ao reexame de provas devidamente apreciadas pela

decisão que objetiva rescindir. (TRF5, AR 200705 000245182, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Pleno, DJe: 07/10/2010)

- A parte autora, in casu, invoca o art. 485, I, do Código de Processo Civil, que estabelece que pode ser rescindida a decisão quando se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Entretanto, não trouxe qualquer prova a corroborar o ajuizamento da ação, restringindo-se a afirmar que o DNOCS, quando propôs a ação originária de reintegração de posse, não juntou certidão comprovando ser o real proprietário da área em litígio.

- O Pleno deste eg. Tribunal já assentou que “é insuscetível de acolhimento a alegação de que o magistrado incorreu em prevaricação, concussão ou corrupção (art. 485, I, do CPC), quando a petição inicial se limita a tecer críticas à atuação da Caixa Econômica Federal, deixando, porém, de apontar o tipo penal que se entende praticado pelo magistrado, ou alguma prova de sua materialidade”. (TRF5, Pleno, AR 00182627 020104050000, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, DJe: 19/08/2011)

- Também não se cogitou, nem se apontou, qual o dispositivo legal violado pela decisão que se pretende rescindir.

- A pretensão autoral contraria o entendimento consolidado na jurisprudência no sentido de que “é infundada a ação rescisória quando não demonstrado que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato ou em violação a literal dispositivo de lei, sendo propósito do demandante buscar o reexame da causa mediante o reexame das provas”. (STJ, AGRESP 201302781223, Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 24/10/2013)

- Pedido rescisório que se julga improcedente. Sem condenação em honorários advocatícios

sucumbenciais em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 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 proposta por Paulo César da Silva contra o Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS, objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que negou provimento ao apelo interposto pelo ora autor, para manter a sentença proferida pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, que acolheu a pretensão da autarquia federal na ação de reintegração de posse.

O acórdão atacado foi relatado pelo Desembargador Federal Lázaro Guimarães, nos seguinte termos:

EMENTA: Administrativo. Reintegração de posse. Imóvel situado às margens da Bacia Hidráulica do Açude Público Presidente Epitácio Pessoa, cedido, através de contrato de concessão de uso e Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Reforma e ampliação de estabelecimento comercial em área de preservação permanente, sem licença do órgão ambiental competente. Descumprimento dos termos do contrato, com termo final, sem renovação. Irregularidade da ocupação. Apelo improvido.

A ação rescisória foi ajuizada com fundamento em eventual afronta à lei de eventual prática pelo magistrado para satisfazer

interesse ou sentimento pessoal, conforme previsto no art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sustenta a parte requerente que na ação de reintegração de posse não foi juntada a certidão comprovando a efetiva propriedade da área questionada, o que invalidaria o feito e, por conseguinte, a sentença proferida, em virtude da autarquia, ora requerida, apesar de ter fundado seu pedido em propriedade da área, não ter apresentado a respectiva documentação comprobatória.

Pugna, o requerente, a concessão dos efeitos antecipados da tutela a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão rescindenda até a decisão final da presente ação.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 355/356).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação rescisória e, no mérito, pela improcedência do pedido.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Hipótese de ação rescisória objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma, que negou provimento ao apelo interposto pelo ora autor, para manter a sentença que acolheu a pretensão do DNOCS em ação de reintegração de posse.

A existência de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz invocada na inicial da ação rescisória é questão de mérito, razão pela qual há que se superar a preliminar de inépcia da inicial para se apreciar o mérito da causa.

A ação rescisória não se presta para rejuízo do processo original, somente sendo cabível diante das causas expressamente elencadas no art. 485 do Código de Ritos. (TRF5, AR 200905 000652940, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Pleno, DJe 22/04/2010)

A via da ação rescisória não é adequada ao reexame de provas devidamente apreciadas pela decisão que objetiva rescindir.

(TRF5, AR 200705000245182, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Pleno, *DJe*: 07/10/2010)

No caso em questão, a parte autora invoca o art. 485, I, do Código de Processo Civil, que estabelece que pode ser rescindida a decisão quando se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. (Fl. 04)

Eis a redação do dispositivo suscitado:

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

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

Entretanto, não trouxe qualquer prova a corroborar o ajuizamento da ação, restringindo-se a afirmar que o DNOCS, quando propôs a ação originária de reintegração de posse, não juntou certidão comprovando ser o real proprietário da área em questão.

Desta feita, não resta demonstrada a hipótese de cabimento da ação rescisória, razão pela qual não deverá ser julgada improcedente.

Em caso análogo, o Pleno deste eg. Tribunal já assentou que é insuscetível de acolhimento a alegação de que o magistrado incorreu em prevaricação, concussão ou corrupção (art. 485, I, do CPC), quando a petição inicial se limita a tecer críticas à atuação da Caixa Econômica Federal, deixando, porém, de apontar o tipo penal que se entende praticado pelo magistrado, ou alguma prova de sua materialidade. (TRF5, AR 00182627020104050000, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, Pleno, *DJe*: 19/08/2011)

Também não se cogitou, nem se apontou, qual o dispositivo legal violado pela decisão que se pretende rescindir, mas apenas a ausência de apresentação de documento que na ótica da parte autora seria essencial.

Ora, a pretensão autoral contraria o entendimento consolidado na jurisprudência no sentido de que “é infundada a ação rescisória quando não demonstrado que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato ou em violação a literal dispositivo de lei, sendo propósito do demandante buscar o rejuízo da causa me-

diante o reexame das provas”. (STJ, AGRESP 201302781223, Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe*: 24/10/2013)

Nesse sentido, colaciono julgados desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR. REFORMA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação rescisória não se presta à revisão da juridicidade da decisão rescindenda, nem ao reexame das provas que contribuíram para a formação do convencimento do julgador, sob pena de se admitir a rescisória como sucedâneo de recursos não interpostos tempestivamente.

2. Ação, tal qual proposta, não se fundamenta em ofensa a literal disposição de lei, nem em erro de fato, nos termos do art. 485, incisos V e IX, do CPC, mas no rejuízo da causa.

3. Ação rescisória julgada improcedente.

(AR 00148137020114050000, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 20/03/2013 - Página: 101.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO QUE DEIXOU DE ASSEGURAR A PERCEPÇÃO CUMULATIVA DE PENSÃO DE EX-COMBATENTE, PREVISTA NO ADCT, COM PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE MARÍTIMO, PAGA PELO INSS. MESMO FATO GERADOR. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 53, II E III, DO ADCT/88 E ART. 4º DA LEI 8.059/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

1. A violação a literal dispositivo de lei que dá ensejo ao manejo de ação rescisória é aquela consistente em ofensa flagrante, inequívoca a um dispositivo legal, mas não apenas a escolha, pelo magistrado, de uma das suas interpretações possíveis.

2. A orientação traçada pelo acórdão rescindendo não é só perfeitamente possível, mas é a prevalecente na jurisprudência dos Tribunais do País, ao entender pela impossibilidade de cumulação entre a pensão especial de ex-combatente e a pensão por morte de ex-combatente marítimo paga pelo INSS, porquanto advindas do mesmo fato gerador.

3. Não merece prosperar a pretensão rescisória de desconstituição de acórdão que não se enquadra dentre as hipóteses expressamente previstas no art. 485 do Código de Ritos, porquanto a ação rescisória não se presta para rejulgamento do processo original, nem pode ser compreendida como recurso ordinário com prazo de interposição de 2 anos.

4. Pedido rescisório que se julga improcedente. Sem condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

(AR 00096446820124050000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 13/03/2013 - Página: 73.)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. REJULGAMENTO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Trata-se de ação rescisória proposta, com fulcro no art. 485, IX, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, visando a desconstituição da sentença que julgou improcedente o pedido de anulação do licenciamento do autor do exército e prorrogação do seu tempo naquela instituição.

2. Da simples leitura da exordial se depreende que o autor, apesar de fundamentar seu pedido rescisório no art. 485, IX, parágrafo 1º, do CPC, cinge-se a questionar a justiça da sentença. O erro de fato a justificar a rescisória ocorre quando a sentença admite fato inexistente ou considera inexistente fato efetivamente ocorrido.

3. Ação rescisória não conhecida em face da ausência de pressuposto de admissibilidade.

(AR 00001889420124050000, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 29/08/2012 - Página: 166.)

Em reforço da posição ora adotada, transcrevo trechos das razões do Parecer Ministerial ofertando nos presentes autos:

(...). Ocorre que o autor não comprovou ou sequer afirmou na inicial a existência de prevaricação, concussão ou corrupção do magistrado, limitando-se a sustentar a nulidade da sentença em razão da inexistência de certidão comprovando a propriedade da área objeto do litígio.

(...)

Ademais, o autor utilizou-se da ação rescisória com nítido propósito recursal, pois embora devidamente intimado do acórdão rescindendo (fl. 343), deixou transcorrer o prazo para interposição do recurso cabível, somente atacando a decisão cerca de cinco meses após intimado.

(...)

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido rescisório.

Sem condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em razão da concessão dos benéficos da justiça gratuita.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.299-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: DEUZINA TAVARES DOS SANTOS (INCAPAZ)
Ré: UNIÃO
Curadora: MARIA DAS DORES TAVARES DOS SANTOS
Parte Int.: MARIA DAS DORES TAVARES DOS SANTOS E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. SOLANGE DE MORAIS VIEIRA E OUTROS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. PENSÃO POR MORTE. EX-COMBATENTE. INTEMPERIDADE DA AÇÃO QUANTO ÀS FILHAS CAPAZES. REGÊNCIA PELA LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DO FALECIMENTO. LEI 5.678/71. BENEFÍCIO REGIDO PELO RGPS. LEI 3.807/60. AUSÊNCIA DE DIREITO. ROL DE DEPENDENTES DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DECADÊNCIA E IMPROCEDÊNCIA.

- Ação rescisória ajuizada com fulcro no art. 485, incs. V e IX, do Código de Processo Civil, com a finalidade de rescindir acórdão prolatado pela Quarta Turma deste e. Tribunal que negou provimento à apelação das autoras ao fundamento de não comprovação da condição de ex-combatente.

- **Verificada a intempestividade da ação, quanto às autoras capazes, pois ajuizada após dois anos do trânsito em julgado. Existindo uma autora absolutamente incapaz, contra ela não corre o prazo decadencial (inteligência dos arts. 198, I, e 208, do CCB).**
- **O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época do falecimento do instituidor da pensão.**
- **A Lei nº 5.98/71 passou a regulamentar os ex-combatentes, submetendo-os à regulamentação do Regime Geral da Previdência Social (Lei 3.807/60), inclusive quanto aos dependentes, não mais se aplicando a legislação específica dos militares.**
- **O ex-combatente, pai das autoras, faleceu em 1985, ou seja, o fato gerador para percepção da pensão somente se deu após a entrada em vigor da Lei nº 5.698, de 31 de agosto de 1971, que revogou, em seu art. 8º, a Lei 4.297/63 e a Lei 1.756/52.**
- **O art. 11, I, da Lei 3.807/60 exclui a dependência das filhas casadas, mesmo que incapazes.**
- **Ação rescisória intempestiva quanto às autoras capazes e improcedente quanto à autora incapaz. Sem condenação em honorários advocatícios por serem as autoras beneficiárias da justiça gratuita.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar intempestiva a ação quanto às autoras capazes, e negar provimento à ação relativamente à autora incapaz, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por DEUZINA TAVARES DOS SANTOS (INCAPAZ), representada por sua curadora e também autora, MARIA DAS DORES TAVARES DOS SANTOS E IVE-TE PRAZERES DOS SANTOS (irmãs), com fulcro no art. 485, incs. V e IX, do Código de Processo Civil, com a finalidade de rescindir acórdão prolatado pela Quarta Turma deste e. Tribunal que negou provimento à apelação ao fundamento de ausência de prova da condição de ex-combatente.

O acórdão rescindendo foi prolatado nos seguintes termos:

Administrativo e Constitucional. Militar. Ex-combatente. Prescrição quinquenal. Súmula nº 85 do STJ. Pensão Especial de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial. Art. 53 do ADCT da CF/88. Ausência de prova da efetiva participação em operação bélica ou de missões de vigilância, segurança e patrulhamento do litoral brasileiro. Manutenção da sentença. Apelação improvida.

Inicialmente, as autoras defendem a tempestividade da presente ação, com base no art. 198, I, e 208 do Código de Civil de 2002, segundo o qual, os prazos decadenciais não correm contra os absolutamente incapazes, sendo a autora Deuzina Tavares dos Santos definitivamente incapaz, consoante ação de interdição.

Alegam as autoras que o acórdão rescindendo teria violado o art. 30 da Lei nº 4.242/63, art. 7º, II, e 26 da Lei 3.765/60, art. 1º da Lei 5.315/67 e art. 2º da Lei 5.698/71, bem como art. 53, II, do ADCT, ao não considerar o instituidor da pensão, LOURIVAL TAVARES DOS SANTOS, falecido em 01.02.1985, como ex-combatente da Segunda Guerra Mundial.

Quanto à violação ao art. 1º, § 2º, a, II, da Lei nº 5.315/67 argumentam que a certidão que instruiu o feito mostra-se suficiente para comprovar a condição de ex-combatente do falecido por ter participado de operações bélicas durante o segundo Grande Conflito.

Defendem que o ex-combatente, instituidor da pensão, faleceu em **01/02/1985**, sendo-lhe aplicada para fins de concessão do benefício as Leis nºs 4.242/63 c/c 3.765/60, e não a Lei nº 5.698/71, que seria aplicada somente aos casos de pensão previdenciária da Marinha Mercante e não aos militares ou ex-militares, também considerados ex-combatentes.

Concluem aduzindo que o ex-combatente que participou de missões de vigilância e segurança do litoral e faleceu na vigência da Lei nº 4.242/63 tem direito à pensão de segundo-sargento fixada na Lei nº 3.765/60 e, pelo fato das autoras serem filhas do ex-combatente, a pensão deve ser concedida às mesmas.

Pugnam pelo reconhecimento da qualidade de ex-combatente aos ex-integrantes da Marinha que tenham participado de, no mínimo, duas viagens em zonas de possíveis ataques submarinos e defendem que os documentos acostados encontram-se dentro das especificações legais, pois vigentes à época da expedição da Portaria 19 GB, de 12 de janeiro de 1968, “tendo o STJ entendido que as Organizações Militares (OM) que detinham o registo do Ato, ou documento objeto da Certidão, gozavam de força suficiente para comprovar a condição de ex-combatente”.

Em sua peça contestatória, a UNIÃO argui, em preliminar, a impossibilidade de utilização da ação rescisória com base na Súmula 343 do STJ e como sucedâneo de recurso, a fim de se corrigir situação já constituída.

No mérito, sustenta, em síntese, que: a) não há comprovação da condição de ex-combatente, nos termos da legislação aplicável à espécie, pois não está presente nos autos assentamentos militares de participação ativa do instituidor em cenários de guerra; b) não preenchimento pelas recorrentes dos requisitos para recebimento de pensão nos termos da legislação em vigor na data do óbito; c) a partir da Lei 5.698/71 não se aplicam as regras da pensão especial do militar (Leis nº 4.242/63 c/c Lei nº 3.765/60; d) a aquisição do suposto direito à percepção do benefício somente teria ocorrido com o óbito do genitor das autoras, que se deu em 1985, e, por essa razão, a legislação aplicável ao caso seria a Lei nº 5.698/71, a qual exclui do rol de beneficiários da pensão requerida a filha maior e casada, como é o caso das autoras; d) impos-

sibilidade de concessão de pensão com os proventos de Segundo-Tenente às filhas, maiores e capazes, de ex-combatente.

Réplica à contestação acostada.

Razões finais apresentadas às fls. 663/671 e 673, através das quais as partes reiteraram os termos da petição inicial e da contestação, respectivamente.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 734/745, opinando, pelo conhecimento e improcedência da ação.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de ação rescisória ajuizada por DEUZINA TAVARES DOS SANTOS (INCAPAZ), representada por sua curadora e também autora, MARIA DAS DORES TAVARES DOS SANTOS E IVETE PRAZERES DOS SANTOS (irmãs), com fulcro no art. 485, incs. V e IX, do Código de Processo Civil, com a finalidade de rescindir acórdão prolatado pela Quarta Turma deste e. Tribunal que negou provimento à apelação ao fundamento de ausência de prova da condição de ex-combatente.

O acórdão rescindendo foi prolatado nos seguintes termos:

Administrativo e Constitucional. Militar. Ex-combatente. Prescrição quinquenal. Súmula nº 85 do STJ. Pensão especial de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial. Art. 53 do ADCT da CF/88. Ausência de prova da efetiva participação em operação bélica ou de missões de vigilância, segurança e patrulhamento do litoral brasileiro. Manutenção da sentença. Apelação improvida.

1. PRELIMINAR. TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO

Inicialmente, necessário adentrar no cerne da tempestividade da presente ação. Consoante se observa dos autos, a Ação Ordinária nº 0017523-97.2008.4.05.8300 transitou em julgado em 30.03.2011 (fl. 80) e a presente ação rescisória foi ajuizada em 26.08.2013 (fl. 13).

Contudo, verifica-se que a autora Deuzina Tavares dos Santos é absolutamente incapaz, conforme sentença de interdição juntada às fls. 98/99. Desta forma, com base no teor dos arts. 198, I, e 208 do CPC, o prazo decadencial do art. 495 do mesmo Estatuto legal não a atinge, razão pela qual a ação é intempestiva somente para as demais autoras, Maria das Dores Tavares dos Santos e Ivete Prazeres dos Santos.

2. PRELIMINARES. SÚMULA 343 DO STJ E IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO

As preliminares arguidas pela União na contestação, confundem-se com o próprio mérito da ação rescisória, razão pela qual será analisada conjuntamente.

Analisando a petição inicial, observa-se que a autora deixou claro que a ação rescisória se fundamenta no inciso V e XI do art. 485 do CPC, cabível sempre que a decisão transitada em julgado violar literal disposição de lei, hipótese essa demonstrada ao longo da petição, uma vez que o acórdão rescindendo teria violado o art. 1º, § 2º, a, II, da Lei nº 5.315/67, arts. 26 e 28 da Lei nº 3.765/60, art. 30 da Lei nº 4.242/63, e art 53, II, do ADCT, ao não considerar o instituidor da pensão, ex-combatente, como beneficiário do Regime Geral da Previdência Social.

Registre-se que houve demonstração dos dispositivos legais que entendia violados, com exposição detalhada, o que afasta a ausência dos pressupostos para ajuizamento da ação rescisória.

Ademais, as referidas alegações se confundem com o próprio mérito da demanda, analisadas a seguir.

3. MÉRITO. DA VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO RESULTANTE DE DOCUMENTOS DA CAUSA

Nos termos da inicial, alegam as autoras que o acórdão rescindendo teria violado o art. 30 da Lei nº 4.242/63, art. 7º, II, e 26 da Lei 3.765/60, art. 1º da Lei 5.315/67 e art. 2º da Lei 5.698/71, bem como art. 53, II, do ADCT, ao não considerar o instituidor da pensão, LOURIVAL TAVARES DOS SANTOS, falecido em 01.02.1985, como ex-combatente da Segunda Guerra Mundial. Requerem o

reconhecimento da condição, com base nos documentos acostados às fls. 136/137, que informam a participação em mais de duas viagens em zonas de possíveis ataques submarinos durante a Segunda Grande Guerra.

Inicialmente convém ressaltar que, de acordo com o Colendo Supremo Tribunal Federal, o direito à pensão nasce já por ocasião do falecimento do ex-combatente, na forma da legislação vigente à época:

PENSÃO. EX-COMBATENTE. REGÊNCIA. O DIREITO À PENSÃO DE EX-COMBATENTE É REGIDO PELAS NORMAS LEGAIS EM VIGOR À DATA DO EVENTO MORTE. TRATANDO-SE DE REVERSÃO DO BENEFÍCIO À FILHA MULHER, EM RAZÃO DO FALECIMENTO DA PRÓPRIA MÃE QUE A VINHA RECEBENDO, CONSIDERAM-SE NÃO OS PRECEITOS EM VIGOR QUANDO DO ÓBITO DESTA ÚLTIMA, MAS DO PRIMEIRO, OU SEJA, EX-COMBATENTE.

(MS 21707-3, Rel. Min. Carlos Velloso, *in DJU* de 22.09.95, p. 30.590.)

Também é pacífico na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como dos Tribunais Regionais Federais, que o direito à pensão de ex-combatente é regido pela lei vigente à época do falecimento do ex-combatente.

Pois bem.

No tocante à condição de ex-combatente, corroborando com o opinatório ministerial, verifico que os documentos acostados às fls. 136/137 oferecem respaldo à caracterização da condição de ex-combatente, tendo em vista o entendimento do STJ desde a época do julgamento originário da ação ordinária. Assim se pronunciou o Ministério Público Federal:

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de a pensão especial é, sim, devida aos integrantes da Marinha Mercante que comprovem a participação em, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques de submarinos durante as operações da Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, eis os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FILHA MAIOR. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. MARINHA MERCANTE. VIAGENS A ZONAS DE ATAQUES SUBMARI- NOS. LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. LEI Nº 4.242/1963. REQUISITOS. AFASTAMENTO DA LEI Nº 5.315/1967. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época de seu falecimento. Precedentes.

2. No caso concreto, o pai da recorrente faleceu na vigên- cia das Leis nºs 3.765/1960 e 4.242/1963. Assim, não é possível aplicar o conceito ampliado de ex-combatente previsto na Lei nº 5.315/1967 que apenas tinha aplicação para os benefícios instituídos pela Constituição da Repú- blica de 1967, e não previu qualquer tipo de pensão espe- cial.

3. A jurisprudência do STJ reconhece como ex-combaten- tes os marinheiros da marinha mercante que realizaram duas ou mais viagens em zonas de ataques submarinos durante a segunda guerra mundial, independentemente da natureza ou tamanho da embarcação, apenas para efeito das pensões especiais previstas nas Leis nºs 6.592/1978, 7.424/1985, ADCT/1988 e Lei nº 8.059/1990, que são pos- teriores à Lei nº 5.315/1967, ou expressamente previram esta possibilidade.

4. Se o pai da recorrente, ao tempo de seu óbito, não faria jus à pensão especial de ex-combatente prevista no art. 30 da Lei nº 4.242/1963, por conseguinte, sua filha não tem direito ao referido benefício.

5. Além do mais, para fazer jus à pensão especial de ex- combatente, tanto este, como seus dependentes, devem comprovar o preenchimento dos requisitos específicos do art. 30 da Lei nº 4.242/1963, tais como a incapacidade de prover os próprios meios de subsistência e a não percep- ção de alguma importância dos cofres públicos, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso especial parcialmen- te conhecido e, nesta parte, improvido. ..EMEN:

(RESP 201300561844, HUMBERTO MARTINS, STJ - SE- GUNDA TURMA, *DJe* DATA: 10/06/2013. DTPB:.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EX-COMBA- TENTE. MARINHA MERCANTE. DESLOCAMENTOS A

ZONAS DE ATAQUES SUBMARINOS. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO DO MINISTÉRIO DA MARINHA. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a pensão especial é devida aos integrantes da Marinha Mercante que comprovem a participação em, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques de submarinos durante as operações da Segunda Guerra Mundial.

2. Na espécie, o Tribunal Regional reconheceu a condição de ex-combatente, instituidor da pensão, tendo em vista haver nos autos certidão do Ministério da Marinha comprovando que o recorrido fazia parte de tripulação de embarcação que fez mais de duas viagens em zonas de ataques submarinos.

3. Saliente-se, ademais, que a reforma das premissas estabelecidas pela Corte *a quo*, de modo a chegar à conclusão de que o militar falecido é considerado ex-combatente, é tarefa que demanda revisão fático-probatória, o que é vedado em sede especial pela Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 201100491918, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe DATA: 10/04/2012 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. MARINHA MERCANTE. ARTIGO 535 DO CPC. ALEGADA VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DESLOCAMENTOS A ZONAS DE ATAQUES SUBMARINOS. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO DO MINISTÉRIO DA MARINHA. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 7/STJ. PRESCRIÇÃO. REGULAMENTO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO MILITAR. LEI 3.765/60. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior consolidou o entendimento de que o reconhecimento da condição de ex-combatente, para fins de recebimento da pensão especial, não se limita a quem tenha efetivamente estado no campo de batalha em território italiano durante a Segunda Guerra Mundial, mas se estende também a outras hipóteses, como àquele que integrou a Marinha Mercante e realizou, pelo menos, duas viagens a zonas de ataques submarinos no período de 22.03.1941 a 08.05.1945, a teor do art. 2º da Lei 5.698/71.

A Corte *a quo* entendeu que “a certidão de folha 49, expedida pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha, expressamente comprova a qualidade de ex-combatente de JOSÉ BAIXO na condição de tripulante de embarcação da marinha mercante brasileira. Segundo essa certidão, o titular originário do benefício era marítimo ao tempo da Segunda Guerra Mundial, ou seja, tripulante da Marinha Mercante”. Nesse contexto, verifico ser inviável no âmbito desta Corte a reforma do julgado, por implicar revolvimento de aspectos de fato e prova decisivos para a conclusão adotada pelo Tribunal *a quo*, conforme o enunciado 7 desta Corte.

2. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

3. Nos termos de jurisprudência já firmada, inclusive pelo eg. STF, o regramento do direito à pensão por morte há de ser feito com base na lei vigente à época do óbito do militar. Na espécie, a Lei nº 3.765/60 é a que deve ser aplicada à recorrida. Precedentes.

4. Recurso especial interposto pelo União, parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. Recurso especial interposto pelo particular, parcialmente provido.

(RESP 201102149250, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 03/10/2011. DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a pensão especial de ex-combatente, prevista no art. 53, II, do ADCT, é devida também aos integrantes da Marinha Mercante que tenham participado de, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques submarinos.

2. Recurso Especial provido.

(RESP 201100772655, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 12/09/2011. DTPB:.)

Nem se diga que se trata de posicionamento posterior, firmado após o trânsito em julgado da decisão rescindenda (o que poderia gerar grave insegurança jurídica e, ainda, a possí-

vel incidência do enunciado nº 343 da Súmula do STF), já que, àquela época, a jurisprudência do STJ já era pacífica, como se pode ver dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. MILITAR. EX-COMBATENTE. LEI Nº 5.315/67. PARTICIPAÇÃO EM MISSÕES DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA NO LITORAL BRASILEIRO.

1. “A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, nos termos da Lei nº 5.315/1967, o conceito de ex-combatente abrange também aqueles que, durante a Segunda Guerra Mundial, em se deslocando de suas bases, participaram de missões de vigilância e segurança no litoral brasileiro, incluindo os integrantes da marinha mercante que realizaram, pelo menos, duas viagens a zonas de ataques de submarinos”. (AgRg no REsp 979.348/SC, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2009, *DJe* 23/03/2009) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 200801478552, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, *DJe* DATA: 03/08/2009 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. EFETIVA PARTICIPAÇÃO EM OPERAÇÕES BÉLICAS. DESNECESSIDADE. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.

I - Considera-se ex-combatente, para efeitos de concessão de pensão especial, não apenas aquele que participou da Segunda Guerra Mundial no Teatro de Operações da Itália, como também o integrante da Marinha Mercante que tenha participado de missões de guarda e vigilância no litoral brasileiro, desde que tenha realizado pelo menos duas viagens em zonas de possíveis ataques submarinos durante a Segunda Guerra Mundial. Precedentes desta e. Corte.

II - É possível a cumulação da pensão especial com os proventos decorrentes da aposentadoria, face ao disposto no art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.059/90 (precedente: REsp 769.686/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* de 05/12/2005). Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200801013438, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, *DJe* DATA: 02/03/2009 ..DTPB:.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. MARINHA. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ZONAS DE ATAQUES SUBMARINOS. DUAS OU MAIS VIAGENS. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DESSA CONDIÇÃO. CERTIDÃO. EXPEDIÇÃO. COMPETÊNCIA. QUESTÃO NÃO DEBATIDA. INOVAÇÃO DE TESE.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça também firmou entendimento na vertente de que qualifica-se, ainda, como ex-combatente todo aquele que haja se deslocado da sua unidade para fazer a vigilância e o patrulhamento da costa em defesa do litoral brasileiro, sem que efetivamente tenha participado da Segunda Guerra Mundial no Teatro de Operações da Itália, bem como o integrante da Marinha Mercante Nacional que tenha participado de, pelo menos, duas viagens em zonas de ataques submarinos, no período de 22.03.1941 a 08.05.1945 (*ex vi* art. 2º da Lei 5.698/71).

2. Na espécie, restou comprovado, por certidão expedida pelo Ministério da Marinha, que o ex-marido da autora fez mais de duas viagens em zonas de ataques submarinos, na época da Segunda Guerra Mundial.

3. A questão acerca da competência legal para a emissão da certidão comprobatória da participação do ex-combatente não é possível, em sede de agravo interno, analisar questões não suscitadas em recurso especial ou em contrarrazões, por caracterizar inovação de fundamentos.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AGRESP 200801284465, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), STJ - SEXTA TURMA, DJe DATA: 03/11/2008. DTPB:.)

Ultrapassada esta questão, o cerne da demanda volta-se à legislação aplicável ao caso. Na hipótese em tela, o falecimento do genitor da autora incapaz se deu em 1º de fevereiro de 1985, conforme certidão de óbito à fl. 134.

Consoante Súmula 340 do STJ, “a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

A Lei nº 3.765/60 – que dispôs sobre as pensões militares – estabeleceu, em seus arts. 7º e 24, o seguinte:

Art. 7º. A pensão militar defere-se na seguinte ordem:

I - à viúva;

II - aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos;

III - (...)

IV - (...)

V - (...)

VI - (...)

Art. 24 A morte do beneficiário que estiver no gozo da pensão, bem como a cessação do seu direito à mesma, em qualquer dos casos do artigo anterior importará na transferência do direito aos demais beneficiários da mesma ordem, sem que isto implique em reversão, não os havendo a pensão reverterá para os beneficiários da ordem seguinte.

A Lei nº 3.765/60 admitia que filhas maiores, independentemente do estado civil e da maioridade civil, fossem consideradas pensionistas do ex-combatente, sendo tal direito adquirido no momento da morte de seu genitor.

Já a Lei nº 4.242/63 estabelecia os requisitos a serem preenchidos para a concessão de pensão de ex-combatente, dentre os quais não se vislumbra limitação da percepção do benefício às filhas maiores nem ao estado civil destas últimas, conforme se depreende do seu art. 30, *in verbis*:

ART 30. É CONCEDIDA AOS EX-COMBATENTES DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, DA FEB, DA FAB E DA MARINHA, QUE PARTICIPARAMATIVAMENTE DAS OPERAÇÕES DE GUERRA E SE ENCONTRAM INCAPACITADOS, SEM PODER PROVER OS PRÓPRIOS MEIOS DE SUBSISTÊNCIA E NÃO PERCEBEM QUALQUER IMPORTÂNCIA DOS COFRES PÚBLICOS, **BEM COMO A SEUS HERDEIROS, PENSÃO IGUAL À ESTIPULADA NO ART. 26 DA LEI Nº 3.765, DE 4 DE MAIO DE 1960.** (Grifos nossos).

Todavia, no caso dos autos, o ex-combatente, pai da autora, faleceu em 1º de fevereiro de 1985, ou seja, o fato gerador para percepção da pensão somente se deu após a entrada em vigor da **Lei nº 5.698, de 31 de agosto de 1971**, que revogou, em seu art. 8º, a Lei 4.297/63 e a Lei 1.756/52.

A Lei nº 5.698/71 passou a regulamentar os ex-combatentes, situação em que se enquadra o pai da autora, submetendo-os à regulamentação do Regime Geral da Previdência Social, inclusive quanto aos dependentes, não mais se aplicando a legislação específica dos militares. Assim, remeteu o tratamento da pensão em tela à Lei Orgânica da Previdência vigente à época, qual seja, a Lei nº 3.807/60, que em seu art. 11 descrevia:

Art. 11. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:

I - a espôsa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição, quando inválidos ou menores de 18 (dezoito) anos, **as filhas solteiras de qualquer condição, quando inválidas ou menores de 21 (vinte e um anos);**

A autora remanescente, DEUZINA TAVARES DOS SANTOS, cuja incapacidade foi comprovada e o direito excluído da prescrição, nasceu em 29.09.1948 (fl. 92) e casou em 1975 (fl. 91). Assim, à data do falecimento de seu genitor (óbito em 01.02.1985) era maior, incapaz, porém, **casada**.

Como o art. 11, I, da Lei 3.807/60 exclui a dependência das filhas casadas, mesmo que incapazes, verifica-se que, apesar da autora ser incapaz na data do óbito do genitor, não possui direito à concessão da pensão, pois casada.

Como reforço do que ora afirmo, transcrevo os seguintes precedentes do col. STJ e do Pleno deste eg. TRF da 5ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. PENSÃO. APLICAÇÃO DE NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. FILHA CASADA. LEIS 4.698/63 E 5.698/73. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, referendando posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente deve ser regido pela lei vigente à época de seu falecimento.

2. A Lei 4.698/63, **revogada pela Lei 5.698/71, não contemplou em favor da filha casada de ex-combatente a pensão especial prevista na Lei 4.242/63.**

3. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, RESP 913604, Processo: 200602812743/PE, QUINTA TURMA, Data da decisão: 10/06/2008, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA)

AÇÃO RESCISÓRIA. EX-COMBATENTE. PENSÃO. FILHA SOLTEIRA. DENEGAÇÃO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA.

- Ação rescisória através da qual as autoras pretendem desconstituir decisão da egrégia Quarta Turma deste Tribunal, que julgou improcedente o seu pedido de percepção da pensão por morte do seu genitor, ex-combatente da Segunda Grande Guerra Mundial.

- Os benefícios previdenciários são regidos pela legislação em vigor à época em que satisfeitas as condições para a sua concessão. No caso, **o ex-combatente faleceu em 29/10/1983, quando já vigoravam as disposições da Lei nº 5.698/71, que revogara a Lei nº 4.297/63, transferindo para o regime geral da previdência social as concessões e manutenções de benefícios de ex-combatente e excluindo da relação dos dependentes beneficiários, a filha solteira maior de 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválida.**

- Precedentes das quatro Turmas deste Tribunal: AC-324341PE, 1ª T., Rel. Des. Federal Substituto César Carvalho, julg. por unan. 26/01/06 e publ. em 15/02/06; AC-285979-RN (2001.84.00.00050733), 2ª T., Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. por unan. em 20.08.2002 e publ. em 16.12.2002, pág. 588 - TRF 5ª R.AC 172587/RN - 3ª T - REL. DES. MANOEL ERHARDT - *DJU DJ DATA-24/03/2000 PÁGINA-745* - TRF 5ª R - AMS 88785/PB - 4ª T - Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel. *DJU 17/02/2005 - PÁGINA - 681.*

- Inocorrência de violação a literal disposição de lei.

- Improcedência da rescisória. Sem honorários, por se tratar de beneficiárias da Justiça Gratuita.

(TRF-5ª R. - AR 2006.05.00.032744-3 - (5441/PE) - TP - Rel. Ubaldo Ataíde - *DJe* 25.11.2008 - p. 132)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. FILHA MAIOR. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. LEI Nº 5.698/71. REVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Para regular o direito à pensão por morte, adota-se a lei vigente à época do óbito de ex-combatente.

II - Com a vigência da Lei 5698/71, a pensão especial de ex-combatente passou a ser regida de acordo com o Regime Geral da Previdência, não mais se aplicando as leis de pensão especial de militar (Lei 3765/60 e Lei 4242/63), que somente contempla os filhos menores, inválidos ou interditos.

III - No caso, o ex-combatente faleceu em 16 de junho de 1983, aplicando-se portanto as disposições da Lei nºs 5.698/71.

IV - Inexistência de direito à reversão da pensão de ex-combatente, concedida à viúva, para filha maior, nos termos da Lei nº 5698/71.

V - Apelação e agravo retido improvidos.

(TRF-5ª R. - AC 2008.83.00.016797-5 - (503630/PE) - 4ª T. - Relª. Desª. Fed. Margarida Cantarelli - *DJe* 26.08.2010 - p. 518).

PREVIDENCIÁRIO. EX-COMBATENTE. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DO ÓBITO. LEI Nº 5.698/71. REVERSÃO À FILHA MAIOR, CASADA E CAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É pacífica na jurisprudência pátria a tese segundo a qual a legislação aplicável nas questões relativas a pensões previdenciárias por morte é aquela vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício. (Precedente STJ: AgRg no REsp 862402 PE 2006/0153631-7, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 02/06/2011, T6 - SEXTA TURMA - Data de Publicação: *DJe* 15/06/2011)

2. Não é devida pensão por morte de ex-combatente à filha maior e capaz, quando o óbito do instituidor do benefício se deu em 13.07.1989. **Vigente à época a Lei nº 5.698/71, a qual transferiu o trato da matéria ao Regime Geral de Previdência Social, Lei nº 3.807/60, que previa como dependentes da pensão previdenciária por morte tão somente as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.**

3. Prejudicado o apelo do particular que versava tão somente sobre a data inicial para o pagamento dos valores deferidos no juízo de primeiro grau.

4. Sem condenação em honorários advocatícios, eis que a autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

5. Apelo da União e remessa oficial providos. Apelo do particular prejudicado.

(APELREEX 00124365820114058300, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 16/04/2013 - Página: 248.)

Portanto, a Lei 5.698/71, vigente à época do óbito do instituidor, não autoriza a concessão de pensão à filha casada de ex-combatente, mesmo que inválida.

Com essas considerações, extingo a presente ação com resolução do mérito, por decadência, quanto às autoras MARIA DAS DORES TAVARES DOS SANTOS e IVETE PRAZERES DOS SANTOS e, relativamente à autora DEUZINA TAVARES DOS SANTOS, julgo improcedente o pedido.

Sem condenação em honorários advocatícios, por serem as autoras beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 128.776-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ABREU
(CONVOCADO)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravado: UNIÃO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.,
ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE
- ADEMA E UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. WELLINGTON SABACK RIBEIRO JÚNIOR E
PAULA GAMA MONTALVÃO E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. DANO AMBIENTAL. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO COM IRREGULARIDADES NA INSTALAÇÃO E CONSTRUÇÃO. SISTEMA DE TRATAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO. AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ANU-

LAÇÃO DE JULGAMENTO ANTERIOR À MIN-GUA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA UNIÃO. PRE-LIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PREJU-DICIALIDADE.

- Cuida-se de novo julgamento de agravo de ins-trumento contra decisão, proferida nos autos da ação civil pública proposta pelo MPF em face da União Engenharia e Construções Ltda. e a ADEMA - Administração Estadual do Meio Ambiente - SE, que denegou o pedido de antecipa-ção de tutela, consistente na determinação de adoção de alguns procedimentos por parte das demandadas, ora agravadas, com vistas à regu-larização do funcionamento do sistema de trata-mento de esgoto implantado no Condomínio “Villas da Barra”, construído pela primeira de-mandada.

- O acórdão anteriormente lavrado nestes autos foi anulado, em sede de embargos de declara-ção, uma vez que a UNIÃO, que é uma das par-tes agravadas, não fora intimada pessoalmente para contrarrazoar este recurso.

- Na decisão agravada, entendeu o julgador de origem que, no atual estágio da demanda, não haveria como determinar medidas que causas-sem custo, dispêndio de recursos humanos, den-tre outros, com base em relatórios preliminares e que dependem de uma confirmação segura somente após a instrução do feito. Ademais, não estaria evidenciado o periculum in mora, de modo a causar dano irreparável ao microssiste-ma ambiental da localidade.

- Inicialmente, é de ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela UNIÃO, uma vez que tal questão não foi objeto de apreciação pela decisão guerreada. Em verdade, o julgador de origem entendeu tratar-se de matéria que se relaciona com o próprio mérito e, somente no momento processual adequado, é que deverá ser

analisada. Ademais, a decisão hostilizada não impôs à mencionada agravada qualquer obrigação de fazer, que pudesse lhe causar prejuízo. Prejudicialidade na preliminar.

- Quanto ao mérito, é de ser mantido o inteiro teor do acórdão anteriormente anulado, segundo o qual, diante das informações técnicas constantes dos documentos colacionados aos autos, evidencia-se uma série de irregularidades na instalação e construção do empreendimento imobiliário em questão, sendo todas relativas ao descumprimento de normas de direito ambiental, tanto na esfera federal como na estadual.

- O art. 34 da Resolução-CONAMA nº 357/2005, em que se embasou o laudo técnico, para considerar dentro dos padrões de normalidade, a água proveniente do sistema de drenagem de esgoto sanitário do Condomínio Villas da Barra-SE, já havia sido revogado, à época, pela Resolução-CONAMA de nº 430/2011, que passou a dispor sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes.

- Nos termos da novel Resolução do CONAMA, os efluentes de sistemas de tratamento de esgotos sanitários podem ser objeto de teste de ecotoxicidade no caso de interferência de efluentes com características potencialmente tóxicas ao corpo receptor, a critério do órgão ambiental competente, o que, na hipótese dos autos, não foi realizado, embora se tenha constatado a existência de elevada carga bacteriana – coliformes termotolerantes (456.000 ufc/100ml) e grande concentração de fósforo total no material analisado.

- A existência de elevada carga bacteriana e da grande concentração de fósforo total no material colhido pelo órgão ambiental estadual, oriundo da tubulação do sistema de esgoto sanitário do conjunto residencial em questão, são elemen-

tos suficientes para demonstrar que existem irregularidades naquele sistema de drenagem de efluentes despejados nas águas do Rio Mangaba-SE, que devem ser reparadas pela empresa construtora e fiscalizadas pelo órgão ambiental competente, antes mesmo da instrução processual, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente.

- Deferimento da medida de urgência requerida, que, ao contrário do que entendeu o julgador a quo, não representa a total antecipação da tutela, haja vista que, na ação originária, o MPF também busca a reparação de outras irregularidades ambientais que foram encontradas no questionado empreendimento.

- Determinação à UNIÃO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. que comprove, no prazo de 10 (dez) dias, a realização de inspeção no sistema de tratamento de esgoto implantado no “Condomínio Villas da Barra”, e adote, no prazo de 30 (trinta) dias a solução adequada a corrigir as irregularidades existentes no mencionado sistema de tratamento de esgoto.

- Determinação ao Órgão Ambiental Estadual - ADEMA, que realize, durante o curso da ação civil pública, avaliações semestrais do mesmo sistema de tratamento de esgoto implantado pela primeira ré/agravada, através de análises da água proveniente da respectiva tubulação oriunda do condomínio e que é despejada no Rio Mangaba.

- Fixação de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por eventual descumprimento da decisão proferida neste recurso.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e

notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ABREU - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ABREU (Convocado):

Cuida-se de novo julgamento de agravo de instrumento contra decisão, proferida nos autos da ação civil pública proposta pelo MPF em face da União Engenharia e Construções Ltda. e a ADEMA - Administração Estadual do Meio Ambiente - SE, que denegou o pedido de antecipação de tutela, consistente na determinação de adoção de alguns procedimentos por parte das demandadas, ora agravadas, com vistas à regularização do funcionamento do sistema de tratamento de esgoto implantado no Condomínio “Villas da Barra”, construído pela primeira demandada.

Em sua decisão, entendeu o julgador monocrático que, *no atual estágio da demanda, não haveria como determinar medidas que causassem custo, dispêndio de recursos humanos, dentre outros, com base em relatórios preliminares e que dependem de uma confirmação segura somente após a instrução do feito*. Ademais, não estaria evidenciado o *periculum in mora*, de modo a causar dano irreparável ao microssistema ambiental da localidade. (fls. 124/129)

À fl. 243, deneguei o pedido de antecipação da tutela recursal, sob o fundamento de que *o ato judicial impugnado baseia-se nas informações técnicas fornecidas pelo IBAMA, dando conta de que os despejos no manguezal do Rio Sergipe, oriundos da obra questionada encontram-se em conformidade com os limites estabelecidos no art. 34 da Resolução CONAMA 357/2005. Assim, somente a instrução, após devida perícia, poderá sobrepor-se a tal contestação*.

AADEMA apresentou as suas contrarrazões de agravo, às fls. 245/250.

O ilustre Procurador Regional da República, que tem assento nesta Turma, opinou pelo provimento do presente agravo de instrumento. (Fls. 252/254)

O presente recurso foi levado a julgamento, na Sessão de 09.5.2013, todavia, em sede de embargos de declaração interpostos pela UNIÃO, o respectivo acórdão desta 4ª Turma foi anulado, tendo em vista que a embargante, que é uma das partes agravadas, não havia sido intimada pessoalmente para apresentar as suas contrarrazões recursais. (Fls. 280/283)

Anulado o acórdão, a UNIÃO apresentou suas contrarrazões, às fls. 287/289, aduzindo a sua ilegitimidade passiva no feito, razão pela qual não pode ser condenada à obrigação de fazer consistente na demolição das estruturas edificadas do empreendimento bem como promover a recuperação da área.

Voltaram os autos conclusos para novo julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ABREU (Relator Convocado):

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva da UNIÃO, uma vez que tal questão não foi objeto de apreciação pela decisão guerreada. Em verdade, o julgador de origem entendeu tratar-se de matéria que se relaciona com o próprio mérito e, somente no momento processual adequado, é que deverá ser analisada.

Ademais, a decisão contra qual se insurge o Ministério Público Federal não impôs à mencionada agravada qualquer obrigação de fazer, que pudesse lhe causar prejuízo.

Passando ao exame do mérito deste recurso, embora não tenha sido o relator do *decisum* anteriormente anulado por falta de prévia intimação da UNIÃO, entendo que não há o que modificar ou acrescentar aos fundamentos ali expostos, motivo pelo qual os adoto como razão de decidir.

Por oportuno transcrevo, *ipsis literis*, o voto lançado às fls. 257/260:

Como se depreende do relatório, no pedido de antecipação de tutela, busca o Ministério Público Federal, ora agravante, o seguinte: a) que seja determinado à empresa UNIÃO ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA. a realização, no prazo de dez dias, de inspeção no sistema de tratamento de esgoto implantado no Condomínio “Villas da Barra”; b) que seja adotada pela mesma empresa, no prazo de vinte dias, a solução apta a corrigir irregularidades em seu funcionamento, garantindo a sua eficiência; e c) que seja determinado à ADEMA a realização de avaliações semestrais do sistema de tratamento de efluentes do mencionado condomínio, através de análises da água despejada no Rio Mangaba através da tubulação oriunda do empreendimento em referência, enquanto perdurar a ação.

Entendeu, todavia, o julgador monocrático não se encontrar devidamente comprovado que os dejetos lançados no Rio Mangaba derivavam, exclusivamente, do empreendimento em discussão ou, se dele provinham, não havia prova de que eles eram resultantes da má instalação dos tubos de drenagem colocados pela construtora-ré, o que só poderia ser afirmado, com segurança, após a instrução do feito. Por outro lado, concluiu o MM. Juiz *a quo*, que não estaria configurada qualquer situação de dano irreparável ou de difícil reparação ao microssistema ambiental da localidade, de modo a justificar a concessão da medida de urgência.

Examinando-se, detidamente, os documentos colacionados ao presente recurso, em especial, o PARECER TÉCNICO nº 3034/2010-3020 (GEFIS), emitido pela própria ADEMA - Administração Estadual do Meio Ambiente-SE (fls. 207/211), datado de 17.07.2011 e destinado à vistoria técnica para emissão de Renovação da Licença de Instalação do Condomínio Residencial Villas da Barra da empresa União Engenharia e Construções LTDA., verifica-se que, no mencionado documento, foram detectadas várias irregularidades quanto à instalação/construção do mencionado empreendimento, o qual, aliás, naquela data, já se encontrava totalmente construído, faltando apenas o acabamento de algumas de suas unidades habitacionais, conforme afirmado, à fl. 209.

Dentre as irregularidades apontadas no referido parecer técnico, constatou-se a ausência de construção de fossa e filtros anaeróbicos individuais para o sistema de tratamento dos despejos sanitários, conforme as exigências anteriormente estabelecidas pela GEFIS, com base na análise do Memorial Descritivo e de Cálculo de Sistema de Esgoto Sanitário do empreendimento e dos demais documentos pertinentes, protocolados junto àquele órgão estadual, de modo a permitir que o lançamento dos despejos sanitários, na rede de drenagem com destinação final no Rio Mangaba, só ocorresse após o devido tratamento. Entretanto, não se tem conhecimento – pelo menos, nestes autos –, se as irregularidades apontadas no mencionado parecer técnico foram sanadas, muito embora o saneamento de tais irregularidades fosse uma das condicionantes à renovação da licença de instalação do empreendimento.

Por outro lado, a informação técnica prestada pelo IBAMA¹, em que se embasou a decisão hostilizada, além de ser inconclusiva quanto ao baixo potencial de dano ambiental do efluente proveniente da drenagem da obra, informa o descumprimento de normas ambientais no âmbito federal por parte da empresa construtora, como também acusa a existência de uma série de condicionantes, impostas pelo órgão ambiental estadual, ainda não atendidas.

Pois bem. Diante de todas essas informações técnicas constantes dos documentos colacionados aos autos, apresentam-se desnecessárias maiores digressões para que se evidencie uma série de irregularidades na instalação e construção do empreendimento imobiliário em questão, sendo todas relativas ao descumprimento de normas de direito ambiental, tanto na esfera federal como na estadual.

Quanto ao Boletim de Análise Físico-Química e Bacteriológica da água proveniente da Estação de Tratamento de Efluentes Domésticos do Conjunto Residencial em comento², apresentado pela própria ADEMA, datado de 16/

¹ N° 31/2010-DICOF/IBAMA/SE, à fl. 215/220.

² À fl. 237

02/2012, ou seja, realizado quase dois anos após à Renovação da Licença de Instalação e Construção do referido empreendimento, verifica-se que o respectivo laudo técnico, embora tenha concluído que os parâmetros analisados se encontravam em conformidade com os limites estabelecidos no art. 34 da Resolução nº 357/2005, informou, em sua parte final, a existência de elevada carga bacteriana – coliformes termotolerantes (456.000 ufc/100ml) e grande concentração de fósforo total no material analisado, tendo ainda afirmado que este último elemento (o fósforo total) não constava do citado artigo 34 como um dos elementos a ser parametrizado na análise dos efluentes de esgotos sanitários. Vale dizer, não foi levado em consideração para a conclusão daquele laudo.

Ocorre que o artigo 34 da Resolução CONAMA nº 357/2005, invocado pela segunda agravada naquele laudo técnico, já havia sido revogado desde 13 de maio de 2011, data em que passou a vigor a Resolução 430/2011 - CONAMA, que dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes.

Nos termos da novel Resolução do CONAMA³, os efluentes de sistemas de tratamento de esgotos sanitários poderão ser objeto de teste de ecotoxicidade no caso de interferência de efluentes com características potencialmente tóxicas ao corpo receptor, a critério do órgão ambiental competente.

Diante, portanto, do novo comando legal e em face da constatação da elevada carga bacteriana e de grande concentração de fósforo total, caberia à ADEMA, como órgão estadual fiscalizador do meio ambiente, ter realizado e apresentado o referido teste de ecotoxicidade do material colhido para análise, de modo a verificar se a água proveniente da Estação de Tratamento de Efluentes Domésticos do Residencial Villas da Barra estaria provocando possível dano ambiental, o que, aliás, se apresentava evidente, pois não é preciso ter maiores conhecimentos específicos sobre a matéria para saber que a presença do alto nível de fósforo total em águas naturais se deve às descargas de

³ Art. 23.

esgotos sanitários, onde a matéria orgânica fecal e os detergentes em pó, empregados em larga escala no uso doméstico, constituem a principal fonte. Basta consultar a matéria na Internet, acessando-se diversos endereços eletrônicos, dentre os quais o da Agência Nacional das Águas (ANA), (pnqa.ana.gov.br/IndicadoresQA/IndexQA.aspx)

Destarte, em face das informações exsurgidas dos documentos colacionados aos autos, constata-se que há veementes indícios de que os efluentes oriundos do questionado empreendimento imobiliário estão contaminando as águas do Rio Mangaba de modo a provocar dano irreversível ou de difícil reparação ao meio ambiente, justificando-se, portanto, o deferimento da medida de urgência requerida, que, ao contrário do que entendeu o julgador *a quo*, não representa a total antecipação da tutela pretendida, haja vista que, na ação originária, o MPF também busca a reparação de outras irregularidades ambientais que foram encontradas no questionado empreendimento, como, por exemplo, a construção de muro fora dos limites permitidos em lei; o assoreamento do leito do Rio Mangaba e a erosão de suas margens; a destruição da vegetação de preservação permanente; tudo isso a ser apurado no curso da instrução do processo,

Com efeito, conforme anteriormente falado, a medida liminar pleiteada pelo autor/agravante se restringe à determinação de que seja comprovado pela construtora-ré que a Estação de Tratamento de Esgoto por ela implantado no Condomínio “Villas da Barra” atende às exigências da lei e, em caso negativo, que seja ela compelida a adotar as medidas cabíveis para a solução das irregularidades ali encontradas. Por outro lado, também pretende o autor/agravante que a segunda ré, a ADEMA, que é órgão ambiental estadual responsável pela concessão da licença de instalação e construção do empreendimento, que fiscalize, através de avaliações periódicas, se as exigências feitas em relação à construção do sistema de tratamento de esgoto, instalado pela primeira ré/agravada no mencionado condomínio, atende às exigências da norma ambiental.

Assim sendo, após um exame acurado da matéria posta nestes autos, reformo a decisão impugnada, DANDO PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento, a fim

de DEFERIR a medida liminar, determinando às agravadas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por eventual descumprimento, que: 1. a empresa UNIÃO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, comprove, no prazo de 10 (dez) dias, a realização de inspeção no sistema de tratamento de esgoto implantado no “Condomínio Villas da Barra”, e adote, no prazo de 30 (trinta) dias a solução adequada a corrigir as irregularidades existentes no mencionado sistema de tratamento de esgoto; 2. a ADEMA realize, durante o curso da ação civil pública, da qual este é incidental, avaliações semestrais do mesmo sistema de tratamento de esgoto implantado pela primeira ré/agravada, através de análises da água proveniente da respectiva tubulação oriunda do condomínio e que é despejada no Rio Mangaba.

Oficie-se ao MM. Juiz de origem, para que faça cumprir, de imediato, a liminar deferida neste recurso.

Com estas considerações, dou provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 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. Pass.: RONALDO FERNANDES OTOCH E DEIB OTOCH
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO EDUARDO DE LIMA MACHADO FERRI (AGRTE.) E HUMBERTO LOPES CAVALCANTE E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. AGRAVO 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 fa-

culdade, porquanto, 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, 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 possuam 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 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 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 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 obedecem 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, porquanto 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 alterações 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 possuem mais da metade do capital social, de modo que não alcançado esse *quorum*, mantém-se o administrador, re-

velando-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 aplausível 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, porquanto prejudicados.

Demais disso, não colhe o pedido de chamamento do feito à ordem, feito pela agravante, para que se reconsidere o despacho de fl. 377, de modo a determinar a imediata reinclusão 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 Nº 136.076-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Agravante: MAIARD DE ANDRADE
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. CARLOS CELSO CASTRO MONTEIRO E EVANDRO GOMES LINHARES

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SEPARAÇÃO JUDICIAL COM PARTILHA HOMOLOGADA JUDICIALMENTE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. DOAÇÃO ÀS FILHAS, COM USUFRUTO E ADMINISTRAÇÃO DA EX-ESPOSA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO VERIFICADA.

- Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em cumprimento de sentença condenatória por improbidade administrativa, reconheceu “a ocorrência de fraude à execução, realizada pelo executado, declarando a ineficácia, perante o exequente, da transferência de propriedade de imóvel registrado sob a matrícula nº 103 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Tabuleiro do Norte/CE, a suas filhas, com usufruto e administração de sua ex-esposa. Foi determinada, ainda, a penhora e indisponibilidade de outro imóvel (matrícula nº 21.514 do 2º Ofício da Comarca de Fortaleza/CE).

- O processo de separação judicial do Sr. Maiard e sua esposa, onde restou assentada a transferência das propriedades para as três filhas do casal (com constituição de usufruto e incumbência de administração a ex-cônjuge), teve sentença homologatória transitada em julgado em 15/04/2003, com expedição de mandados de regis-

tro para averbação junto aos referidos imóveis, de matrículas nº 103 e 21.514, ainda em agosto de 2003, enquanto que o referido registro/averbação só ocorreu efetivamente em 09/12/2010. Ao seu turno, a ação de improbidade administrativa foi proposta em 13/11/2008, e julgada procedente, com trânsito em julgado ocorrido em dezembro de 2009.

- No caso, a transferência de propriedade já havia sido homologada judicialmente desde 2003, quando ainda não intentada a ação de improbidade, nem tampouco sido lavrado o acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios (no caso, o Acórdão 3527/06) que ensejou a instauração da referida ação.

- O argumento de que não existem bens penhoráveis suficientes para a satisfação do credor (mesmo aliada à argumentação de que o executado dilapidou seu patrimônio), por si só, na hipótese em tela, não afasta a legitimidade da disposição dos bens procedida pelo casal anteriormente à demanda de improbidade, nem enseja a caracterização da má-fé de um dos doadores, no caso o ora agravante, em relação aos imóveis sob enfoque, não sendo o caso, portanto de reconhecê-la objetivamente como fraude à execução, apenas porque o mesmo se desfez da sua meação de forma graciosa em favor de suas filhas.

- Não se pode presumir a má-fé das adquirentes do imóvel. Também não se trata de simplesmente permitir o enriquecimento sem causa daqueles que receberam gratuitamente o imóvel em detrimento do interesse do credor, tampouco de aceitar incondicionalmente a conduta do executado, mas de respeito ao princípio da Segurança Jurídica.

- Ausente a demonstração de que tenha ocorrido sequer o registro da citação do recorrente na

ação de improbidade, muito menos a decretação de indisponibilidade dos bens a que se refere o artigo 7º, caput, e parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

- Mesmo em face do preceito de que a transmissão da propriedade somente se opera com o registro imobiliário dos atos translativos (no caso ocorrido em 09/12/2010), e de que a partilha opo-nível a terceiros também depende de registro, não restou demonstrada na presente lide a apon-tada ocorrência de fraude à execução a ensejar a constrição dos referidos bens apontados como de família.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instru-mento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regio-nal Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julga-do.

Recife, 13 de maio 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 agravo de instrumento interposto contra decisão que, em cumprimento de sentença condenatória por improbidade administrativa, reconheceu “a ocorrência de fraude à execução, realizada pelo executado MAIARD DE ANDRADE, declarando a ineficácia, perante o exequente MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, da transferência de propriedade de imóvel registrado sob a matrícula nº 103 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de

Tabuleiro do Norte/CE, a suas filhas (LANASSA FREIRE DE ANDRADE, LARISSA FREIRE DE ANDRADE e LAMARA FREIRE DE ANDRADE), com usufruto e administração de sua ex-esposa MARIA DO SOCORRO GUERREIRO FREIRE DE ANDRADE”. Foi determinada, ainda, a penhora e indisponibilidade de outro imóvel (matrícula nº 21.514 do 2º Ofício da Comarca de Fortaleza/CE).

Liminar indeferida.

O Ministério Público Federal, através da Procuradoria Regional da República - 5ª Região, requereu a remessa dos autos à Procuradoria da República no Município de Limoeiro do Norte/CE para contrarrazoar o presente recurso. Reportando-se aos fundamentos de precedente desta Quarta Turma, foi indeferido o pedido de remessa dos autos à Procuradoria da República em Limoeiro do Norte/CE, assegurando, todavia, nova vista dos autos à Procuradoria Regional da República.

Contrarrazões às fls. 112/117.

Após regularmente processados, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

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

Como já destacado liminarmente, em suas razões recursais, o agravante defende a reforma da decisão, alegando que a transferência do bem se deu em razão de sentença de separação judicial transitada em julgado, sustentando que a separação de fato do casal teria se dado desde 2003. Além disso, afirma ser absolutamente impenhorável o imóvel, por se tratar de bem de família (CC, arts. 1711 a 1722, e art. 1º da Lei 8.009/90).

Como visto, a ação principal trata-se de ação de improbidade administrativa manejada pelo Ministério Público Federal em face do ora agravante, ex-prefeito do Município de Tabuleiro do Norte/CE, por aplicação irregular dos recursos repassados ao município

em 2004, oriundos do FUNDEF (Artigo 10, *caput* e incisos VIII e XI c/c o Art. 12, II, todos da Lei 8.429/92), ação esta proposta em 13/11/2008.

Em 3/11/09 a referida ação foi julgada procedente com condenação do Sr. Maiard de Andrade no ressarcimento integral do dano (R\$ 669.344,68), perda de função pública, suspensão dos direitos políticos por cinco anos e multa civil no *quantum* equivalente ao valor do prejuízo (R\$ 669.344,68), proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos. O trânsito em julgado da referida sentença ocorreu em dezembro de 2009.

Foi ordenada a penhora dos imóveis de matrículas nº 103 no Cartório de registro de Imóveis da Comarca de Tabuleiro do Norte (casa situada na Rua Pio Gadelha nº 301, Tabuleiro do Norte/CE, com área de 233,45 m² encravada em terreno com área de 528,00 m²) e Matrícula nº 21.514 do 2º Ofício da comarca de Fortaleza/CE (apartamento residencial nº 202, do edifício Clarisse, Condomínio Barra do Vento II, à rua sem denominação oficial nº 100, Fortaleza/CE, com 160,83 m² de área total).

Ao seu turno, o processo de separação judicial do Sr. Maiard e sua esposa, onde restou assentada a transferência das propriedades para as três filhas do casal (com constituição de usufruto e incumbência de administração a ex-cônjuge), ter sua sentença transitada em julgado em 15/04/2003, com expedição de mandados de registro para averbação junto aos referidos imóveis, de matrículas nº 103 e 21.514, ainda em agosto de 2003 (fls. 75 e 76), enquanto que o referido registro/averbação só ocorreu efetivamente em 09/12/2010.

Em que pese o disposto na decisão agravada, sobre a referida transferência da propriedade ter ocorrido quando a sentença da ação de improbidade já ter transitado em julgado (dezembro/2009), estando apenas aguardando o impulso do credor para dar início ao cumprimento da sentença ensejando um ato de disposição do qual decorreu um estado de insolvência, sob o fundamento de que não há outros bens penhoráveis ou que os existentes são insuficientes, no caso em tela, entendo que exurge o fato de que a referida transferência já havia sido homologada judicialmente desde 2003,

quando ainda não intentada a ação de improbidade, nem tampouco sido lavrado o acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios (no caso, o Acórdão 3527/06) que ensejou a instauração da referida ação.

O fato de não existirem bens penhoráveis (CPC, art. 659, § 3º, e art. 652, §3º) suficientes para a satisfação do credor (mesmo aliada à alegação de que o executado dilapidou seu patrimônio), por si só, na hipótese em tela, não afasta a legitimidade da disposição dos bens procedida pelo casal anteriormente à demanda de improbidade, nem enseja a caracterização da má-fé de um dos doadores, no caso o ora agravante, em relação aos imóveis sob enfoque, não sendo o caso, portanto, de reconhecê-la objetivamente como fraude à execução, apenas porque o mesmo se desfez da sua meação de forma graciosa em favor de suas filhas.

Outrossim, ressalto que não incide o disposto no artigo 8º da Lei nº 8.429/09 (*O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança*), posto que, no caso em tela, o recebimento do imóvel não ocorreu por sucessão *causa mortis*.

Como bem ressaltou o MM. Juiz de Primeiro Grau, não se pode presumir a má-fé das adquirentes do imóvel. Também não se trata de simplesmente permitir o enriquecimento sem causa daqueles que receberam gratuitamente o imóvel em detrimento do interesse do credor, tampouco de aceitar incondicionalmente a conduta do executado, mas de respeito ao princípio da Segurança Jurídica, posto que se trata de doação efetivada pelos cônjuges quando da partilha efetivada em separação consensual homologada por sentença transitada em julgado no ano de 2003, como visto, com mandado de Registro de Imóvel expedido ainda em 22/08/2003 (embora só registrada posteriormente).

Sobre a inaplicabilidade ao caso do disposto na Súmula nº 375 do STJ, cito o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO ALIENANTE DE BEM IMÓVEL. EMBARGOS DE TERCEIROS AJUIZADOS POR

ADQUIRENTES. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL SUBMETIDO À RESTRIÇÃO JUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE.

1. (...).

3. A Súmula nº 375/STJ não se aplica ao caso, uma vez que não se trata de fraude à execução e não há penhora do imóvel e, sim, medida de indisponibilidade dos bens em ação civil pública por improbidade administrativa.

4. Verifica-se pela leitura do acórdão recorrido que a Corte de origem, ao analisar o conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu pela ausência da boa-fé dos recorrentes, ao contrário do que alega a recorrente. Assim, para alterar a conclusão do Tribunal *a quo* seria imprescindível adentrar a seara dos fatos, o que esbarra na Súmula nº 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AGARESP 111219, DJe 18/04/2012, Relator Mauro Campbell Marques)

Assim, mesmo em face do preceito de que a transmissão da propriedade somente se opera com o registro imobiliário dos atos translativos (artigo 1.245 do Código Civil), no caso ocorrido em 09/12/2010, e que a partilha oponível a terceiros também depende de registro, não restou demonstrada nos autos a apontada ocorrência de fraude à execução a ensejar a constrição dos referidos bens ditos de família.

Por oportuno, destaco que não restou demonstrado que ocorreu sequer o registro da citação do recorrente na ação de improbidade, muito menos a decretação de indisponibilidade dos bens a que se refere o artigo 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. (Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.)

E mais, conforme relatado pelo MM. Juiz *a quo*, na decisão ora agravada, existem outros bens, cuja busca pode eventualmente resultar em detecção da alegada fraude à execução não com-

provada na presente lide, senão vejamos trecho do *decisum* recorrido:

Analisando detidamente as Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda acostadas aos autos (fls. 247/291), percebe-se que no ano de 2010, quando foi prolatada a sentença condenatória, o executado dilapidou seu patrimônio, consoante se observa à fl. 256, pois em 31/12/2009 seus bens e direito eram avaliados em R\$ 361.071,13 e, em 31/12/2010, eram de apenas R\$ 82.867,10, ou seja, uma involução patrimonial de 77%. Já em 31/12/2011, após ter sido intimado para pagar o débito ao qual foi condenado (fls. 186/187), o executado declarou seus bens e direito em apenas R\$ 20.409,56 (fl. 250), valor que não quita sequer 1% da dívida atualizada, sendo patente a insolvência. Vale observar que ao final do ano de 2008, quando foi ajuizada a ação de improbidade, o executado se declarou proprietário de 08 (oito) bens imóveis (fl. 265).

Desse modo, entendo que merece reforma a decisão agravada.

Sobre a matéria, cito a seguinte Jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 283/STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO NODAL DO ACÓRDÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. BENS OFERTADOS À PENHORA ALIENADOS EM DATA POSTERIOR À DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. FRAUDE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. O recurso especial é inadmissível quando a decisão recorrida assenta-se em mais de um fundamento suficiente para mantê-la e o recurso não abrange todos eles (Súmula nº 283/STF). (Precedentes: REsp 495.434-CE, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ de 13 de dezembro de 2004; AgRg no AG 512084-MG, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, Quarta Turma, DJ de 08 de novembro de 2004; AgRg no AG 356794-MG, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma, DJ de 18 de outubro de 2004)

2. *In casu*, o aresto recorrido reconheceu a ocorrência de fraude em razão de a alienação dos bens ofertados à pe-

nhora em sede de execução provisória de sentença proferida nos autos de ação civil pública por ato de improbidade ter ocorrido em data posterior à decisão judicial declarando a indisponibilidade dos bens do demandado, ao passo que o recorrente limitou-se a arguir que os bens ofertados à penhora foram alienados em data anterior à sentença proferida naqueles autos que ora é objeto de execução provisória, nada mencionando acerca do *decisum* que tornou indisponíveis os bens de sua propriedade.

3. A título de argumento *obiter dictum*, mister assentar que o demandado teve ciência da decisão que decretou a indisponibilidade de seus bens em 17.04.2001 (fl. 124, verso), motivo pelo qual, ainda que reconhecidas como verdadeiras as datas em que o recorrente afirmou que os bens foram alienados (30.05.2001 e 05.09.2001) e registrados (12.06.2001 e 09.09.2001), não há como afastar a ocorrência de fraude, sendo, portanto, nulas as alienações promovidas pelo ora recorrente.

4. As questões que levam à nova incursão aos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula nº 07/STJ. (precedentes: REsp 775.335 - PE, decisão monocrática deste Relator, DJ de 21 de setembro de 2005; AgRg no REsp 728.859 - SC, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ de 05 de outubro de 2006; AgRg no Ag 782.538 - RS, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira turma, DJ de 09 de outubro de 2006).

5. Recurso especial não conhecido.

(STJ, RESP 965254, DJe 05/11/2009, Relator Ministro Luiz Fux)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE DETERMINOU O REGISTRO DA CITAÇÃO DO RECORRENTE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE CONFUNDE COM DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

I - A decretação de indisponibilidade dos bens não se confunde com o registro da citação no Cartório de Imóveis, uma vez que a mera averbação da citação em ação de improbidade no Registro Imobiliário não restringe a disposição do recorrente sobre os seus bens, e tem como es-

copo resguardar terceiros quando da efetivação de possíveis negócios jurídicos.

II - “Ademais, se os bens existem, eles devem ser avaliados, mesmo que superficialmente a fim de atender ao postulado do art. 620, CPC, sendo certo que não se pode descartar a possibilidade de, uma vez identificados, o juízo *a quo* determinar a averbação do ajuizamento da presente junto às suas matrículas, a fim de levá-la ao conhecimento de terceiros interessados na sua aquisição, evitando prejuízos futuros no caso de remanescer configurada a fraude à execução”. (TRF/5ª, 200905001211061, Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti, 3ª Turma, unânime, DJe 01/06/2011)

III - Agravo de instrumento improvido.

(TRF1, AG, e-DJF1 DATA: 04/05/2012, Relator Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida)

Diante do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0803000-42.2013.4.05.0000 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: FREITAS E CHAVES LTDA. - ME
Agravado: INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Advs./Procs.: DRA. CLÁUDIA ROBERTA GONZALEZ LEMOS DE PAIVA (AGRTE.)

EMENTA: AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RENOVAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO NA ANÁLISE DO REQUERIMENTO. - Agravo de instrumento interposto por FREITAS E CHAVES LTDA. - ME em face de decisão que, em sede de Mandado de Segurança, indeferiu a

liminar requerida que pretendia suspensão dos efeitos do embargo imposto à agravante, decorrente do Auto de Infração nº 739442/D, bem como a cobrança de multa pecuniária.

- No presente caso, a empresa agravante desenvolve a atividade de mineração, tendo sido autuada pelo IBAMA em 26 de julho de 2013 porque flagrada sem a devida licença ambiental. É que a licença anteriormente deferida pelo órgão estadual competente, o Instituto de Desenvolvimento Econômico e do Meio Ambiente do Rio Grande do Norte (IDEMA/RN), vencera em 28 de dezembro de 2012.

- É verdade que a Lei Complementar 140/2011 estipula que a renovação da licença deverá ser solicitada pelo empreendedor com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias antes do seu vencimento. In casu, a agravante não observou, de fato, o prazo previsto em lei, porque teria, em tese, até 28/08/2012, mas só requerera a renovação em 30/10/2012.

- Entretanto, não é razoável o embargo imposto à empresa pelo IBAMA em 26/07/2013, dado que, mesmo tendo requerido a prorrogação da licença a menos de 120 (cento e vinte) dias do seu vencimento, houve inércia administrativa do próprio IDEMA/RN que, em tese, também teria 120 dias para apreciar o pedido protocolado em 30/10/2012, é dizer, até o final de fevereiro de 2013.

- De resto, como se trata de uma irregularidade apenas formal (quanto à intempestividade do pedido de prorrogação) e, de outra banda, dada a inércia da Administração em apreciar o pedido e, ainda, à mingua de qualquer notícia de efetivo dano ambiental, impõe-se a reforma da decisão agravada.

- Agravo de instrumento provido.

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, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Freitas e Chaves Ltda. - ME em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar requerida que pretendia suspensão dos efeitos do embargo imposto à agravante, decorrente do Auto de Infração nº 739442/D, bem como a cobrança de multa pecuniária.

A lavratura do auto de infração decorreu do funcionamento da empresa agravante sem a devida licença ambiental de extração de minério, vencida em 28 de dezembro de 2012. Houve a autuação em 26 de julho de 2013, quando fiscais do IBAMA realizaram vistoria na empresa.

Sustenta a agravante, em suas razões, que em 30 de outubro de 2012 foi protocolado pedido de renovação de licença junto ao IDEMA, órgão estadual competente, e que o empreendimento não poderia sofrer qualquer sanção administrativa em virtude das licenças ambientais não terem sido expedidas por morosidade do órgão julgador competente. Aduz, ainda, que o IBAMA, ao invés de promover o apoio técnico e científico quando flagrante o atraso justificado por parte do IDEMA, já impôs para a sanção de que se cuida.

Por derradeiro, assevera que a competência subsidiária para o IBAMA tomar medidas urgentes só é possível quando verificado

o eminente dano ao meio ambiente. *In casu*, não ficou demonstrado qualquer dano ou eminência de dano ambiental no referido empreendimento.

Foram apresentadas as contrarrazões pelo IBAMA agravado dentro do prazo legal.

É o relatório.

VOTO

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

No presente caso, a empresa agravante desenvolve a atividade de mineração, tendo sido autuada pelo IBAMA em 26 de julho de 2013 porque flagrada sem a devida licença ambiental. É que a licença anteriormente deferida pelo órgão estadual competente, o Instituto de Desenvolvimento Econômico e do Meio Ambiente do Rio Grande do Norte (IDEMA/RN), vencera em 28 de dezembro de 2012.

É verdade que a Lei Complementar 140/2011 estipula que a renovação da licença deverá ser solicitada pelo empreendedor com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias antes do seu vencimento. *In casu*, a agravante não observou, de fato, o prazo previsto em lei, porque teria, em tese, até 28/08/2012, mas só requereu a renovação em 30/10/2012.

Entretanto, não é razoável o embargo imposto à empresa pelo IBAMA em 26/07/2013, dado que, mesmo tendo requerido a prorrogação da licença a menos de 120 (cento e vinte) dias do seu vencimento, houve inércia administrativa do próprio IDEMA/RN que, em tese, também teria 120 dias para apreciar o pedido protocolado em 30/10/2012, é dizer, até o final de fevereiro de 2013.

De resto, como se trata de uma irregularidade apenas formal (quanto à intempestividade do pedido de prorrogação) e, de outra banda, dada a inércia da Administração em apreciar o pedido e, ainda, à mingua de qualquer notícia de efetivo dano ambiental, impõe-se a reforma da decisão agravada.

Mercê do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 24.595-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO
BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECUR-
SOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelada: VITÓRIA AGROCOMERCIAL LTDA.
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO
Advs./Procs.: DRS. IVON D'ALMEIDA PIRES FILHO E OUTROS
(APDA.)

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CULTIVO DE CANA-DE-AÇÚCAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO DE QUEIMADA PARA LIMPEZA DO SOLO E COLHEITA DA CANA. DANO AMBIENTAL. RESTAURAÇÃO. MENÇÃO GENÉRICA. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO.

- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal - MPF e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, contra a Usina Trapiche S.A., para: i) apresentar requerimento de licença ambiental à CPRH; II) recuperar a Área de Reserva Legal e a Área de Preservação Permanente - APP, degradadas em face do cultivo, sem licenciamento ambiental, de cana-de-açúcar, nas áreas mencionadas, e do uso de fogo para a limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar e de reparar economicamente os danos ambientais decorrentes do plantio e das queimadas, bem como os danos morais coletivos.

- Sentença que acolheu a preliminar de inépcia da petição inicial suscitada pela ré, com relação aos pleitos elencados nos itens I, IV, V e VII, ao entendimento de que “a menção genérica à re-

cuperação da área supostamente degradada e à condenação ao pagamento de uma indenização e à compensação ambiental se revela inconsistente e imprecisa, não se podendo identificar, razoavelmente, a causa de pedir e o respaldo jurídico da súplica”, que não é nula, dada a ausência de qualquer vício que a invalide. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

- “A concessão do licenciamento foi admitida no relatório da própria fiscalização do demandante (fl. 104). Foi acostada, às fls. 627/628, a Licença de Operação deferida pela citada Agência Estadual, que abrange a fabricação de açúcar e álcool, a geração de energia hidroelétrica e o cultivo de cana-de-açúcar, logo, dizia respeito a atividades industriais e agrícolas.”

- Segunda Turma deste Tribunal que já decidiu a respeito da matéria tratada nos presentes autos, no julgamento da APELREEX Nº 200883000 124745 (Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Publ.: 31/01/2013), no sentido de que “(...) a questão da liquidez suscitada é efeito da sentença. No entanto, o que se quer é que tenha havido a configuração da causa, ou seja, vem antes da ocorrência do fato (dano) que ensejou a pretensão. Isso é o que não foi demonstrado pelo IBAMA”; não se podendo “confundir a suposta liquidez da sentença como efeito do pronunciamento judicial, com a causa de pedir deduzida, ônus do qual não se desincumbiu a parte autora, o que fez-se concluir que os elementos constantes dos autos se apresentam contrários à sua pretensão”; “...em qualquer momento se especificou o embasamento fático que pudesse amparar os pedidos. Ou seja, formularam-se pedidos, diz-se que houve agressão ao meio ambiente e a determinados direitos, porém não se apontam os fatos que possam levar à conclusão quanto ao direito agredido.”; “o

próprio reconhecimento do dano ambiental fica prejudicado, já que se trata de empreendimento cujo início de atividade se iniciou há bastante tempo, restando prejudicada a ocorrência de mácula ao ambiente natural, tendo o ordenamento oriundo de 1965 tido vigência posterior ao início das atividades perpetradas na localidade”.
- Verba honorária ajustada para R\$ 10.000,00 (art. 20 do CPC, §§ 3º e 4º).
- Apelações do IBAMA e do Ministério Público Federal e remessa necessária improvidas. Apelação da Usina Trapiche S.A. provida (item 6). Prejudicado o agravo regimental.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento às apelações do IBAMA e do Ministério Público Federal e à remessa necessária, dar provimento à apelação da Usina Trapiche S.A. e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações desafiadas em face da sentença de fls. 994/997v, que, nos autos de ação civil pública movida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA contra a Usina Trapiche S.A., com o objetivo de determinar que a ré apresente o seu requerimento de licença ambiental à CPRH; recupere a Área de Reserva Legal e Área de Preservação Perma-

nente - APP, degradada em face do cultivo, sem licenciamento ambiental, de cana-de-açúcar nas áreas mencionadas; se absteinha de utilizar fogo para a limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar e a reparação econômica dos danos ambientais decorrentes do plantio e das queimadas, bem assim ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos.

A sentença: a) extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por inépcia da inicial, em relação aos pedidos de condenação da ré: I) para recuperar o meio ambiente degradado; IV) ao pagamento de um valor a título de danos morais coletivos; V) ao pagamento “de um valor a ser arbitrado pelo órgão ambiental competente para realizar o licenciamento ambiental a título de compensação ambiental; e VII) “em caso de impossibilidade de restauração ecológica ao *status quo ante*, indenização em dinheiro pelo dano patrimonial causado ao meio ambiente; b) rejeitou a preliminar de ausência de interesse processual; e c) julgou improcedentes os demais pedidos: a) recuperação da reserva legal e todas as APP’s existentes em suas propriedades e nas áreas arrendadas em que cultiva cana-de-açúcar; b) pagamento de valor correspondente ao enriquecimento que obteve por utilizar em benefício próprio área que deveria ser preservada ao cultivar cana em APP’s e em Área de Reserva Legal; c) abstenção de utilizar fogo para a limpeza do solo, preparo do plantio e para a colheita da cana-de-açúcar nas áreas por ela explorada; e d) condenação da usina a requerer o licenciamento da atividade de cultivo da cana-de-açúcar, junto ao órgão competente.

Em suas razões recursais, a Usina Trapiche S.A., requereu a modificação, em parte, da sentença, para que seja majorada a verba honorária, de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC – fls. 1001/1012.

Recorreu o IBAMA, sustentando, em preliminar, a inexistência de pedido líquido formulado na inicial, eis que não “tem como saber exatamente quais são todas as terras cultivadas pela empresa recorrida”, nem mesmo a CPRH ou qualquer outra empresa pública, uma vez que a ré nunca teria prestado tal informação, sendo devida a aplicação da pena de confesso à empresa recorrida, ou, no mínimo, de ser cabível a inversão do ônus da prova na tutela de direitos difusos, de acordo com a jurisprudência do STJ.

No mérito, alegou, em síntese: a) a necessidade de licença ambiental específica para as atividades agrícolas de cultivo de cana-de-açúcar, sendo inválida a licença expedida pela CPRH, pela ausência das condições mediante as quais a referida atividade agrícola deverá ser desenvolvida; b) nulidade da sentença por ser indevido o reconhecimento de inépcia da inicial, cabendo ao Tribunal conhecer diretamente do mérito nesta parte e julgar procedentes os pedidos contidos nos itens I, IV e V; c) ser absurda e contrária ao Código Florestal a afirmativa da sentença de que o “Código Florestal, ao se referir a reserva legal e a áreas de preservação permanente só estaria se referindo a área ainda coberta de vegetação nativa, e que não abrangeria nem protegeria área já desmatada”; d) que “as áreas de reserva legal e de preservação permanente são limitações administrativas sobre o direito de propriedade impostas uniformemente pelo antigo Código Florestal de 1965; e) a ausência de prova de que a área foi desmatada antes de 1965; f) a irrelevância do fato de não ter apontado os lugares onde teria havido a invasão das APP’s pela cultura de cana-de-açúcar, bem assim da proibição do uso de queimadas, uma vez que não pediu, na inicial, que fosse prolatada sentença líquida; g) as áreas de reserva legal são de livre escolha e eleição pelo próprio proprietário das terras, no percentual de 20% (vinte por cento) de suas terras; h) que é competente para fiscalizar e reprimir infrações contra o meio ambiente, mesmo quando não tenha competência administrativa para o licenciamento ambiental do empreendimento, bem como para propor ações civis públicas para reparar os danos ambientais.

O MPF também apelou, requerendo a reforma da sentença, alegando a existência de *error in procedendo*, em relação aos pedidos dos itens I, IV, V e VII, ao argumento, em suma, de que a identificação do dano ambiental causado pela ré – desmatamento de área de preservação permanente ou de reserva legal –, seria matéria de fato e dependeria de prova e somente com a realização de perícia é que seriam verificados a ocorrência do dano ambiental e o nexa causal entre o fato e a conduta da ré, bem assim que o arrendamento não inviabilizaria a responsabilidade do arrendatário e da usina pela reparação dos danos ambientais causados.

Afirmou ser necessária a participação da CPRH como litisconsorte passivo, por ser a responsável pelo licenciamento ambiental e por ter participado na execução do acordo firmado em 2007 pelo Estado de Pernambuco e o setor sucroalcooleiro.

Disse, ainda, que, em relação aos demais pedidos julgados improcedentes pelo MM. Juiz sentenciante, somente com a realização de perícia é que se poderia comprovar, ou não, as alegações acerca dos desmatamentos irregulares e a “existência de áreas de uso consolidado anteriores ao Código Florestal.” – Fls. 1085/1105.

Agravo regimental interposto pelo IBAMA – fls. 1190/1191 –, em face da decisão de fls. 1186/1187, que determinou que o IBAMA se abstenha de adotar qualquer medida administrativa tendente à cobrança da multa imposta à ré, à sua inclusão no CADIN ou à sua inscrição em dívida ativa, até o julgamento do apelo.

Contrarrazões do IBAMA e da ré às fls. 1018/1019v e 1056/1080, e 1110/1130, pela ordem.

Em seu parecer, a Douta Procuradora da República opinou, em preliminar, pela conversão do julgamento em diligência, para a realização de perícia técnica, objetivando a identificação “das áreas protegidas que eventualmente foram degradadas, bem assim a sua extensão e o grau de dano e, ainda, intimar a CPRH para compor a lide no polo passivo”; no mérito, pelo improvimento da remessa necessária e da apelação do IBAMA, e provimento, em parte, das apelações do MPF e da Usina Trapiche S.A. – fls. 1221/1257.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Destaco, inicialmente, que bem andou o ilustre magistrado *a quo* ao afastar as preliminares de ausência de interesse processual e de necessidade de citação da CPRH, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, arguidas pela ré.

Ditos fundamentos ficam fazendo parte deste voto, independentemente de aqui estarem reproduzidos. As preliminares, portanto, ficam de logo rejeitadas.

Feito o registro, passo ao mérito.

Ação civil pública proposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA contra a Usina Trapiche S.A., com o objetivo de condenar a usina ré a: I) apresentar requerimento de licença ambiental à CPRH; II) recuperar a Área de Reserva Legal e Área de Preservação Permanente - APP, degradada em face do cultivo, sem licenciamento ambiental de cana-de-açúcar nas áreas mencionadas; III) se abster de utilizar fogo para a limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar e de reparar economicamente os danos ambientais decorrentes do plantio e das queimadas; IV) indenização dos danos morais coletivos.

A suspensão da atividade danosa ao meio ambiente e a reparação dos danos ambientais por ela causados são sanções administrativas, previstas no art. 14, I, e IV, § 1º, primeira parte, e § 5º, da Lei nº 6.938/98, e no art. 72, inc. VII e IX, da Lei nº 9.605/98, que podem ser aplicadas pela autarquia, no exercício do poder de polícia que lhe é conferido pela referida Lei.

Compulsando os autos, verifico que não merece reparo a v. sentença, pelos mesmos argumentos expendidos pelo douto Magistrado *a quo*, os quais adoto como razões de decidir, *in verbis*:

(...)

Quanto à inépcia da petição inicial, entendo que deve ser acolhida, com relação aos pleitos elencados nos itens I, IV, V e VII, daquela peça (fls. 52/53). A menção genérica à recuperação da área supostamente degradada e à condenação ao pagamento de uma indenização e à compensação ambiental se revela inconsistente e imprecisa, não se podendo identificar, razoavelmente, a causa de pedir e o respaldo jurídico da súplica.

Noto que, como bem ponderou a ré, não se esclareceu, em nenhum momento, em que aspecto foi praticado qualquer ato tido como lesivo ao meio ambiente, a justificar a referida recuperação. Deve ser destacado o fato de

que se cuida de empresa que atua desde 1887, sendo precedida de engenhos que já exploravam a atividade agrícola de plantio de cana-de-açúcar desde a época do Brasil Colônia. Fala-se em retorno ao *status quo ante*, mas não se evidencia o parâmetro temporal a ser observado, para tal providência. Quais foram os danos morais coletivos decorrentes da conduta da demandada?

Resta evidente que também é inepta a peça vestibular, quando procura impor à ré a responsabilidade pela restauração de áreas de preservação permanente e de reserva legal que se situem em imóveis pertencentes a terceiros, mas que estejam arrendados à usina, inclusive com averbação no Cartório de Registro Imobiliário, independentemente da autorização do proprietário. Não vejo como se possa impor tal restrição a particular que não integrou a relação processual, na esfera judicial ou administrativa.

(...)

No que pertine ao mérito da causa, alusivo aos pleitos remanescentes, elencados nos itens II, III, VI e VIII, da petição inicial (fls. 52/54), constato que não assiste razão à demandante.

A respeito das áreas de preservação permanente e reserva legal, discorreu a ré, com propriedade, sobre o alcance das normas de regência, partindo do próprio Código Florestal, que versa sobre a incolumidade das florestas e das demais formas de vegetação natural situadas em determinados locais, para fins de conferir proteção aos recursos hídricos e ao solo.

Com efeito, embora o inciso II do § 2º do artigo 1º tenha se reportado às áreas cobertas ou não por vegetação nativa, é fundamental que tal inciso seja apreciado em cotejo com o próprio *caput* do dispositivo e os artigos 2º e 3º. O aludido *caput* citou, genericamente, “as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem”.

Fica óbvio, portanto, que não há que se falar em dano ambiental, no plantio de cana-de-açúcar, em área onde, em 1965, inexistia floresta ou vegetação natural, mesmo que nos locais enquadráveis nas alíneas do citado artigo 2º, não se devendo olvidar a necessidade de que as nor-

mas infralegais não ultrapassem os parâmetros ali delimitados. Se, hipoteticamente, a usina planta cana-de-açúcar, em determinada área, sem a observância das restrições elencadas nas citadas alíneas, mas o faz, por exemplo, desde 1887, não existe vulneração ao Código Florestal.

Não reputo viável querer imputar à ré, de modo genérico, sem a indicação de fatos precisos, a prática de degradação ambiental, quando, como salientado à fl. 359 e comprovado através da juntada de declarações da UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE e de uma organização não governamental e de publicações sobre trabalhos científicos produzidos com base em material colhido em seus imóveis, tem se destacado entre as empresas do segmento, justamente, pelo respeito ao meio ambiente, em Pernambuco e em Alagoas. Esta postura já foi amplamente divulgada pela mídia, como também demonstrado nos autos.

A conduta proativa da empresa, na questão da responsabilidade ambiental, foi atestada, ainda, pela sua presença no Comitê da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica em Pernambuco e no Conselho Gestor da Reserva Biológica de Salinho/PE.

Quanto à queima da cana-de-açúcar, inexistente a vedação absoluta de tal prática. O *caput* do artigo 27 do Código Florestal proíbe o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação, todavia, o seu parágrafo único ressalva que, “se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução”.

Este, exatamente, é o caso da ré. Saliento, ainda, que a aludida regra foi regulamentada através do Decreto nº 2.661/99, que contemplou, em seu artigo 16, a eliminação gradativa do emprego do fogo, no corte de cana-de-açúcar, em áreas passíveis de mecanização da colheita, contudo, classificou, no seu § 1º, como mecanizáveis, aquelas em que a declividade for inferior a 12% (doze por cento).

Ora, como é público e notório, a Zona da Mata Sul de Pernambuco se caracteriza pela elevada declividade, ao contrário do que prevalece na Zona da Mata Norte, razão

pela qual deve subsistir a queima, imprescindível ao corte manual, para que não haja danos físicos aos trabalhadores rurais que se dedicam a esta atividade.

Tanto isto é verdade que a própria autora autorizou, em várias oportunidades, a queima da cana por parte do réu. Embora a Administração Pública possa, iniludivelmente, rever os seus próprios atos, não se demonstrou, em nenhum momento, a ilegalidade das autorizações em tela. Acrescento que não consta que tenham sido elaborados projetos, neste Estado, de eliminação gradual da queima. Aliás, não se comprovou, sequer, que, em algum dos imóveis explorados pelo réu, a declividade era inferior a 12% (doze por cento).

Finalmente, acerca do licenciamento, não pode ser acatada a postulação. Não tenho dúvida de que o impacto ambiental da atividade desempenhada pelo réu não é nacional, nem regional, motivo pelo qual o licenciamento incumbe à AGÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS HÍDRICOS - CPRH, e não, à autarquia ambiental federal.

A autora somente poderia atuar, no meu sentir, se comprovada, de forma cabal, a omissão da entidade estadual, o que não aconteceu. A concessão do licenciamento foi admitida no relatório da própria fiscalização do demandante (fl. 104). Foi acostada, às fls. 627/628, a Licença de Operação deferida pela citada Agência Estadual, que abrange a fabricação de açúcar e álcool, a geração de energia hidroelétrica e o cultivo de cana-de-açúcar, logo, dizia respeito a atividades industriais e agrícolas.

Como a entidade estadual não foi omissa, desempenhando sua missão institucional, ao conceder o licenciamento, não é possível a atuação supletiva da autarquia federal. Também não vejo como se possa pretender interferir na própria gestão da agência estadual, formulando exigências adicionais ao empreendedor, que não tenham sido apresentadas pelo responsável pelo licenciamento.

Como ambas as entidades integram um sistema, elas devem chegar a um denominador comum e uniformizar os seus posicionamentos sobre a matéria, não sendo plausível confundir as empresas, com entendimentos divergentes acerca dos requisitos para o licenciamento em tela.

Ademais, a Segunda Turma deste Tribunal já decidiu a respeito da matéria tratada nos autos, no julgamento da APELREEX Nº 200883000124745, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Publ.: 31/01/2013, no sentido de que "...a questão da liquidez suscitada é efeito da sentença. No entanto, o que se quer é que tenha havido a configuração da causa, ou seja, vem antes da ocorrência do fato (dano) que ensejou a pretensão. Isso é o que não foi demonstrado pelo IBAMA"; não se podendo "confundir a suposta liquidez da sentença como efeito do pronunciamento judicial, com a causa de pedir deduzida, ônus do qual não se desincumbiu a parte autora, o que fez se concluir que os elementos constantes dos autos se apresentam contrários à sua pretensão"; "...em qualquer momento se especificou o embasamento fático que pudesse amparar os pedidos. Ou seja, formularam-se pedidos, diz-se que houve agressão ao meio ambiente e a determinados direitos, porém não se apontam os fatos que possam levar à conclusão quanto ao direito agredido."; "o próprio reconhecimento do dano ambiental fica prejudicado, já que se trata de empreendimento cujo início de atividade se iniciou há bastante tempo, restando prejudicada a ocorrência de mácula ao ambiente natural, tendo o ordenamento oriundo de 1965 tido vigência posterior ao início das atividades perpetradas na localidade."; no particular, subscrevo, sem ressalvas, as bem-lançadas razões de decidir postas no referido aresto, também adotando-as como razões de decidir, *verbis*:

1. Preliminar de nulidade da sentença.

Primeiro, insta ressaltar que inexistente a nulidade suscitada em relação à sentença recorrida que reconheceu a inépcia da petição inicial em relação a alguns dos pedidos formulados.

Observa-se, na verdade, que o entendimento do julgador se embasa no fundamento de que a menção genérica à recuperação da área supostamente degradada e à compensação ambiental se revelou inconsistente e imprecisa, não se podendo identificar razoavelmente a causa de pedir e o respaldo jurídico da súplica.

Muito embora discorde das consequências processuais aplicadas na sentença recorrida – que no caso foi a extinção do processo sem resolução do mérito por inépcia da

inicial –, já que entendo que tais evidências acarretariam a improcedência do pedido, tal discordância não autoriza o reconhecimento da nulidade da sentença.

O que vale neste momento registrar, para rejeitar a pretensão de nulidade da sentença pela solução jurídica aplicada pelo julgador, é que a sentença não apresenta qualquer vício que acarrete sua nulidade.

Em face disso, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

2. Mérito.

Na verdade, a ausência de precisão por parte do IBA-MA em identificar exatamente quais são todas as terras cultivadas pela empresa envolve questão do mérito propriamente dito como se verá adiante.

Os pedidos que subsidiaram a pretensão deduzida na inicial basicamente se referem à atuação da empresa ré sem licenciamento ambiental, inobservância de APP's, queimada irregular da cana-de-açúcar e poluição dos recursos hídricos, cujas supostas evidências embasaram os diversos pedidos desde o reconhecimento de dano moral coletivo como a recomposição do meio ambiente.

Pois bem, as possíveis causas de pedir dispostas na peça inaugural se voltam a evidenciar a atuação da empresa ré em dissonância com os parâmetros legais autorizadores da atividade que desenvolve a recorrida.

Entretanto, consta nos autos farta documentação, observada às fls. 515/652, através da qual se evidencia que a atuação da empresa agroindustrial se deu com o respaldo em autorização do poder público.

Foram juntadas diversas licenças de operação concedidas pela CPRH - Companhia Pernambucana de Recursos Hídricos concedidas com validade dentre os anos de 2006 a 2009.

E isso se justifica, considerando que a empresa atua no ramo de fabricação e refino de açúcar e produção de álcool, houve determinação da administração ambiental no sentido de que deveria haver a avaliação de eficiência das chaminés e limpeza do esgotamento sanitário a cada 300 dias, atendendo-se aos padrões de lançamento para os

efluentes líquidos estabelecidos na legislação de regência.

Assim, o que se denota das documentações acostadas é que a empresa atuava dentro das exigências legais aplicadas pela Administração, concluindo-se portanto que as pretensões deduzidas contra si pelo IBAMA não encontram amparo no suporte fático verificado nos autos.

E como se não bastasse, em qualquer momento da fundamentação das suas pretensões, o IBAMA informou em que aspecto foram praticados os atos contrários ao meio ambiente, que pudessem embasar a intervenção judicial no caso.

O que se pode concluir é que os documentos que integram a presente demanda impõem a conclusão de que a empresa atuava dentro do controle exercido pela administração estadual competente para tanto, enquanto do outro lado se encontra o IBAMA numa tentativa frustrada de tentar comprovar danos e aspectos que sequer se encontram mencionados.

Prosseguindo na análise das razões recursais, é de se entender que o IBAMA se insurge contra a sentença sob o argumento de que a sentença não precisaria ser líquida, podendo questões referentes à identificação das áreas degradadas e a serem recompostas ser resolvidas na fase de liquidação do julgado.

Entretanto, a questão da liquidez suscitada é efeito da sentença. No entanto, o que se quer é que tenha havido a configuração da causa, ou seja, vem antes da ocorrência do fato (dano) que ensejou a pretensão. Isso é o que não foi demonstrado pelo IBAMA.

Não se pode, portanto, confundir a suposta liquidez da sentença como efeito do pronunciamento judicial, com a causa de pedir deduzida, ônus do qual não se desincumbiu a parte autora, o que se fez concluir que os elementos constantes dos autos se apresentam contrários à sua pretensão.

O que se observa na específica hipótese dos autos, é que não obstante tenha havido a propositura de ação civil pública com o objetivo de proteger e sancionar eventuais

danos ambientais pela atuação de empresa poluidora, em qualquer momento se especificou o embasamento fático que pudesse amparar os pedidos. Ou seja, formularam-se pedidos, diz-se que houve agressão ao meio ambiente e a determinados direitos, porém não se apontam os fatos que possam levar à conclusão quanto ao direito agredido.

Dizer-se que determinada autorização para atuação da empresa que foi criada nos meados 1919 é inexistente, mostra-se desarroazada na medida em que foram acostados aos autos diversos documentos que evidenciam ter o funcionamento da empresa se submetido a autorizações repetitivas pelos órgãos de controle atuantes na economia local.

Ademais, o próprio reconhecimento do dano ambiental fica prejudicado, já que se trata de empreendimento cujo início de atividade se iniciou há bastante tempo, restando prejudicada a ocorrência de mácula ao ambiente natural, tendo o ordenamento oriundo de 1965 tido vigência posterior ao início das atividades perpetradas na localidade.

Ressalte-se que tal conclusão se deflui também e imprescindivelmente da própria deficiência da parte autora em identificar e individualizar as condutas mencionadas, de modo que tal omissão acarreta a rejeição do acolhimento do mérito da pretensão.

Assim, como se pode olvidar o reconhecimento de degradação ambiental sem que haja a indicação de fatos e área específica? Outra resposta não há que seja a impossibilidade de se atribuir qualquer eventual dano à atuação da empresa ré.

Tampouco se pode cogitar o reconhecimento de dano moral coletivo ou o reconhecimento ao direito de obtenção de indenização, a título de compensação, exatamente pela absoluta inexistência de fatos que pudessem ensejar o reconhecimento de atitudes degradadoras que se afirma na inaugural e no recurso apresentados em juízo.

Já em relação ao pedido de licenciamento de acordo com determinado termo de referência, de fato, assim como mencionou o Juiz originário, a agência estadual do meio ambiente vem atuando no seu ofício de fiscalizar a atua-

ção da empresa, concedendo licenciamento e fiscalizando o demandante, mediante a disponibilização de licenças de operação.

A pretensão deduzida pelo IBAMA, no sentido de que o Termo de Referência formulado seja atendido, devendo a Agência Estadual do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos - CPRH ser notificada a fim de se pronunciar sobre o referido documento, trata-se de pedido, no mínimo, desarrazoado, já que traz para uma ação judicial específica a imposição de obrigação administrativa entre dois órgãos que deveriam atuar conjuntamente na proteção ao meio ambiental.

O modelo do termo a ser utilizado no processo administrativo de licenciamento e fiscalização envolve questão que não autoriza a intervenção do Judiciário, exceto que se demonstre ilegalidade sequer aventada nos autos.

Constata-se, portanto, que as causas de pedir apresentadas esbarram na incontestável improcedência, ante a ausência de provas que demonstrem processualmente a existência dos motivos que subsidiaram os pedidos, sendo tais pontos questões de mérito propriamente dito.

Assim, é o caso de se julgarem **improcedentes todos os pedidos** deduzidos pelo IBAMA na presente ação civil pública, adaptando-se o julgado apenas na parte dispositiva em relação aos pedidos em que reconhecidos a inépcia da inicial, por entender que as razões ali apresentadas envolvem o mérito propriamente dito, conduzindo o julgador à infastável conclusão de improcedência dos pleitos formulados.

3. Honorários advocatícios.

A Usina Cruangi, parte ré na ação civil pública, interpôs recurso de apelação contra sentença, insurgindo-se contra a estipulação dos honorários advocatícios sucumbenciais, cujo valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) impugna.

O MM. Juiz de primeiro grau fixou a verba honorária em R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a 3% (três por cento) sobre o valor da causa, que teve o valor atribuído de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por outro lado, a regra do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil visa impedir o aviltamento dos relevantes serviços advocatícios, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, e que prevê a impossibilidade de fixação dos honorários, nas causas em que não haja condenação.

Eis o teor da norma citada:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 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.

A causa não é de menor complexidade. Estamos diante de uma ação coletiva que envolve matérias de razoável relevância jurídica e certa complexidade fática. Portanto, os honorários advocatícios não podem ser reduzidos a um valor ínfimo, sob pena de se desprestigiar demasiadamente o exercício da advocacia. É o que se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

Pequeno que seja o valor da causa, os tribunais não podem aviltar os honorários de advogado, que devem corresponder à justa remuneração do trabalho profissional; nada importa que o vulto da demanda não justifique a despesa. - (STJ - Terceira Turma - AI nº 325.270/SP/AgRg -Rel. Ministra Nancy Andrigli - Julg. de 20.03.2001 - Unânime - DJU de 28.05.2001, pág. 199).

No caso presente, entretanto, a pretensão da apelante quanto à majoração da verba honorária mostra-se devidamente amparada, vez que o valor fixado na sentença vergastada corresponde a uma remuneração inadequada do trabalho profissional.

Considerando as peculiaridades do caso vertente, entendendo ser razoável a fixação da verba honorária em R\$

10.000 (dez mil reais), adequando-se, assim, aos critérios contidos nas alíneas *a*, *b* e *c* dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Isso posto, conheço mas nego provimento à apelação do IBAMA e à remessa oficial e dou provimento à apelação do particular. É como voto.

Esforçada nessas razões, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento às apelações do IBAMA e do Ministério Público e à remessa necessária e dou provimento à apelação da Usina Trapi-che. Prejudicado o exame do agravo regimental de fls. 1190/1191.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.365-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO (CONVOCADO)
Apelantes: EDVALDO JOSÉ URBANO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARIA DE FÁTIMA SILVEIRA PEREIRA E OUTRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE. CONTAGEM ESPECIAL. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PREENCHIDOS. ART. 201, PARÁGRAFO 7º, DA CF/88. HONORÁRIOS. SÚMULA 111 DO STJ.

- Versa a matéria dos presentes autos acerca da possibilidade (ou não) do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais pelo autor nas funções de cobrador de ônibus, aprendiz de tecelagem, ajudante de cilindrista, serrador, ajudante de eletricista e eletri-

cista, nos períodos de 15.06.73 a 25.09.73, de 08.01.74 a 21.01.75, de 23.04.75 a 03.11.75, de 28.11.77 a 11.10.78, de 08.01.79 a 08.01.86, de 01.06.89 a 18.11.90, de 26.02.91 a 31.03.91, de 01.04.91 a 09.11.92, de 03.05.93 a 08.08.94, 08.11.94 a 05.06.96, de 08.09.97 a 28.11.97, de 08.01.02 a 30.07.03, de 01.08.03 a 02.11.05 e de 01.04.08 a 25.08.10, respectivamente, objetivando-se a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (25.08.2010).

- O Juízo de primeiro grau apenas reconheceu como especial o período de contribuição referente às atividades exercidas nos períodos de 23.04.1975 a 03.11.1975; 08.01.1979 a 08.01.1986; 01.06.1989 a 18.11.1990; 26.02.1991 a 31.03.1991; 01.04.1991 a 09.11.1992; 03.05.1993 a 08.08.1994; 08.11.1994 a 28.04.1995; e 01.04.08 a 25.08.10; concluiu que, após a conversão do referido período em comum e somados os demais períodos trabalhados em atividades comuns, o autor teria alcançado, na data do requerimento administrativo, 34 (trinta e quatro) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias, insuficientes para obtenção de aposentadoria que exige do segurado homem trinta e cinco anos de contribuição.

- O tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado e lhe assegurado.

- Na hipótese dos autos, restou demonstrado, através de cópia da CTPS (fls. 32/46), formulários DSS-8030 (fls. 63, 64, 87, 91, 92, 93, 94), PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO - PPP (fl. 95), RELATÓRIO TÉCNICO DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO (fls. 65/86) e

PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS (fls. 103/130), que o autor efetivamente exerceu suas funções de aprendiz de tecelagem, ajudante de cilindrista, serrador, ajudante de eletricista e eletricista, sujeito a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se aos agentes nocivos à saúde e à integridade física, fazendo jus, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada.

- O uso eficaz de EPI (equipamento de proteção individual), por parte do segurado, embora reduza os efeitos do agente agressor à saúde e integridade física, não descaracteriza a periculosidade e/ou insalubridade da atividade desenvolvida. Precedentes desta Corte.

- A profissão de Cobrador de ônibus urbano era tida como insalubre no Decreto nº 53.831/64; dessa forma, impõe-se reconhecer como insalubre por presunção legal, o tempo de serviço prestado pelo autor no período de 15.06.1973 a 25.09.1973 (CTPS fl. 33), na condição de Cobrador, não se cogitando de necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 9.032/95.

- Aplicando-se o fator de conversão ao período trabalhado em condições especiais e somando-o ao tempo de serviço em atividade comum, o apelado, até a data da entrada do requerimento administrativo, já somava mais de 35 anos de contribuição, sendo, portanto, manifestamente legítima a percepção do benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição, a partir de 25.08.2010.

- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas e apelação do autor parcialmente provida, reconhecendo o direito ao enquadramento especial do seu labor também nos períodos de 15.06.1973 a 25.09.1973; 08.01.1974 a 21.01.1975 e 28.11.1977 a 11.10.1978, bem como à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição

integral, a partir do requerimento administrativo.

- Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, observados os limites da Súmula 111 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 29365-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 29 de maio 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 remessa oficial e apelações cíveis interpostas pelo INSS e por EDVALDO JOSÉ URBANO, em face da sentença proferida pelo eminente Juiz Federal da 5ª Vara da SJ/CE que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na peça exordial, o qual consistia na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, apenas para reconhecer, como especiais, as atividades exercidas pelo autor nos períodos de 23.04.1975 a 03.11.1975; 08.01.1979 a 08.01.1986; 01.06.1989 a 18.11.1990; 26.02.1991 a 31.03.1991; 01.04.1991 a 09.11.1992; 03.05.1993 a 08.08.1994; 08.11.1994 a 28.04.1995; e 01.04.08 a 25.08.10, bem como determinar ao INSS que proceda à conversão do tempo de serviço especial em comum, pelo fator 1.4, averbando-se o tempo de serviço após a conversão, nos assentamentos do segurado; não houve condenação em honorários advocatícios em face da sucumbência recíproca.

2. O INSS, em sede de razões recursais, alega que: (a) para concessão de aposentadoria especial exige-se, inexoravelmente, a efetiva exposição ao agente nocivo prejudicial à saúde ou integridade física, o que não restou devidamente demonstrado nos autos; (b) o uso eficaz de EPI reduz o grau de ruído em patamar compatível, sendo indevido o enquadramento como especial; (c) nos PPPs apresentados consta código de GFIP zero, o que significa que não houve reconhecimento de contribuição para custeio de aposentadoria especial.

3. O particular, em suas razões de apelação, postula a reforma parcial da sentença a fim de que também sejam reconhecidos como especiais os períodos de 15.06.1973 a 25.09.1973; 08.01.1974 a 21.01.1975; 28.11.1977 a 11.10.1978; 08.09.1997 a 28.11.1997; 08.01.2002 a 30.07.2003 e de 01.08.2003 a 02.11.2005, concedendo-lhe em seguida a aposentadoria por tempo de contribuição, a contar do requerimento administrativo (25.08.2010), conforme postulado na inicial.

4. Contrarrazões apresentadas.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOAQUIM LUSTOSA FILHO (Relator Convocado):

1. Versa a matéria dos presentes autos acerca da possibilidade (ou não) do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais pelo autor nas funções de *cobrador de ônibus, aprendiz de tecelagem, ajudante de cilindrista, serrador, ajudante de eletricista e eletricista*, nos períodos de 15.06.73 a 25.09.73, de 08.01.74 a 21.01.75, de 23.04.75 a 03.11.75, de 28.11.77 a 11.10.78, de 08.01.79 a 08.01.86, de 01.06.89 a 18.11.90, de 26.02.91 a 31.03.91, de 01.04.91 a 09.11.92, de 03.05.93 a 08.08.94, 08.11.94 a 05.06.96, de 08.09.97 a 28.11.97, de 08.01.02 a 30.07.03, de 01.08.03 a 02.11.05 e de 01.04.08 a 25.08.10, respectivamente, objetivando-se a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (25.08.2010).

2. O douto Juízo de primeiro grau apenas reconheceu como especial o período de contribuição referente às atividades exerci-

das nos períodos de 23.04.1975 a 03.11.1975; 08.01.1979 a 08.01.1986; 01.06.1989 a 18.11.1990; 26.02.1991 a 31.03.1991; 01.04.1991 a 09.11.1992; 03.05.1993 a 08.08.1994; 08.11.1994 a 28.04.1995; e 01.04.08 a 25.08.10; concluiu que, após a conversão do referido período em comum e somados os demais períodos trabalhados em atividades comuns, o autor teria alcançado, na data do requerimento administrativo, 34 (trinta e quatro) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias, insuficientes para obtenção de aposentadoria que exige do segurado homem trinta e cinco anos de contribuição.

3. Inicialmente, apresenta-se indispensável tecer algumas considerações a respeito das condições de trabalho prestado em regime especial para efeito de aposentadoria.

4. A aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei 3.807/60, e *pode ser conceituada como sendo o benefício decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão de lei.*

5. A Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, assim disciplinou a aposentadoria especial:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

6. Por sua vez, o Decreto 611/92, ao regulamentar a Lei 8.213/91, reiterou o disposto nos anexos I e II dos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, possibilitando a aposentação por segurados pertencentes a determinadas categorias, conforme o disposto no seu art. 292, *in verbis*:

Art. 292. Para efeitos de concessão das aposentadorias especiais, serão considerados os anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovados pelo Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

7. O atual regramento legal deste benefício foi basicamente delineado pela Lei 9.032/95, *que excluiu a possibilidade de alguns se aposentarem de modo precoce, sem comprovação da nocividade de sua atividade, somente por pertencerem a determinadas categorias profissionais.*

8. Dessa forma, atualmente, não se admite mais o enquadramento *por atividade* para concessão do benefício, mas, sim, a comprovação efetiva da atividade em condições especiais, em face da Lei 9.032/95, que, ao alterar o dispositivo inculcado no art. 57, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91, passou a exigir como condição *sine qua non* para a concessão da aposentadoria especial, além das anteriormente exigidas, também o tempo de trabalho de maneira permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física, durante o período mínimo de 15, 20 ou 25 anos.

9. No entanto, tais classificações, quanto a atividades e agentes nocivos, são meramente exemplificativas, visto que é a presença do agente danoso no processo produtivo e no meio ambiente de trabalho quem determina o benefício.

10. Partilha do mesmo entendimento da doutrina a jurisprudência dos Tribunais, através de inúmeros acórdãos:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. ATIVIDADE PROFISSIONAL: DECRETOS NºS 53.831/1964 E 83.080/79. ROL EXEMPLIFICATIVO. ENGENHEIRO ELETRÔNICO. EQUIPARAÇÃO A ENGENHEIRO ELETRICISTA. RESOLUÇÃO 218/73 DO CONFEA.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas previstas nos Decretos nºs 53.831/1964 e 83.080/79 é apenas exemplificativo; de tal forma que “a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria” (REsp 666.479/PB, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668).

(TRF 1R., AC 200634000098208, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Conv. CHARLES RENAUD FRAZÃO DE MORAES, DJU 01.02.11, p. 15)

11. Ademais, o *caput* do art. 57 da Lei 8.213/91 não distingue que espécie de segurado é que terá direito à referida aposentadoria, o que importa dizer que pode ser qualquer deles; a condição fundamental é, portanto, a comprovação pelo segurado da efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

12. Portanto, a legislação superveniente não poderia afastar o direito adquirido do trabalhador, deixando-o desamparado, depois de, efetivamente, ter exercido atividades sob condições desfavoráveis à sua integridade física; de maneira que, para a concessão do benefício, neste caso, é necessário o demandante comprovar, tão só, o exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas.

13. Passa-se à análise de todos os períodos em que o autor assegura ter desempenhado atividades em condições especiais.

14. Quanto aos períodos reconhecidos na sentença (23.04.1975 a 03.11.1975; 08.01.1979 a 08.01.1986; 01.06.1989 a 18.11.1990; 26.02.1991 a 31.03.1991; 01.04.1991 a 09.11.1992; 03.05.1993 a 08.08.1994; 08.11.1994 a 28.04.1995; e 01.04.08 a 25.08.10), a compreensão deste relator guarda sintonia com o entendimento empossado pelo Juízo de Primeiro Grau, razão pela qual se transcreve, como razão de decidir, parte da fundamentação da mesma¹:

23.04.1975 a 03.11.1975 (CTPS, fl. 33): nesse ínterim, o autor laborou na empresa SARABOR S.A. - Regenerado e Artefatos de Borracha, onde ocupou o cargo de ajudante de cilindrista. O Formulário de Informações de fl. 64 (DSS-8030) atesta que o mesmo desempenhou suas atividades

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

na “Sala de Misturas” e ficou exposto a ruído de 88,5 decibéis e a temperatura elevada a 30°C. O referido documento informa também que o autor se expôs aos agentes químicos “Enxofre, Óxido de Zinco, Sílica, Negro de Fumo, Aceleradores e Partículas em Suspensão”. O Relatório Técnico de fls. 65-86, subscrito por Engenheiro de Segurança do Trabalho, ratifica tais informações. Nesse passo, referido tempo laboral deve ser enquadrado como especial.

08.01.1979 a 08.01.1986: conforme as anotações da CTPS à fl. 41, o autor laborou na empresa Contonificio José Rufino S.A. e exerceu a função de servente. No DSS-8030 de fl. 63, o empregador informa que o empregado exerceu a função de ajudante de eletricitista, no Setor Industrial, em que desempenha seu labor ajudando em serviços de instalação de motores, manutenção, troca de lâmpadas fluorescentes, contatos com linhas elétricas; sujeito a queimaduras elétricas, etc., de modo habitual e permanente.

De acordo com o item 1.1.8 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64, as atividades desenvolvidas por trabalhadores que operam em locais com eletricidade em condições de perigo de vida (trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos, com risco de acidentes – eletricitistas, cabistas, montadores e outros) é enquadrada como especial. Assim, o labor exercido pelo autor como ajudante de eletricitista antes da edição da Lei nº 9.032/95 deve ser considerado de natureza especial, por simples exercício da atividade profissional. Destarte, a atividade desempenhada pelo autor neste período se enquadra como especial.

01.06.1989 a 18.11.1990: consoante o formulário de informações de fl. 91 (DSS-8030), nesse período, o autor trabalhou na empresa Simus Industrial S.A., na qual exerceu a função de “eletricista industrial”, fazendo manutenção de máquinas alimentadas com 220 a 380 volts.

26.02.91 a 31.03.91: conforme o formulário de informações acostado à fl. 92, o promovido laborou na Sert Industrial de Instalações Ltda. e exerceu o cargo de eletricitista.

01.04.91 a 09.11.92 e 03.05.1993 a 08.08.1994: de acordo com os formulários de informações juntados às fls.

93 e 94, o autor laborou na Iplac do Brasil S.A. - Plásticos Industriais, onde ocupou o cargo de eletricista.

08.11.1994 a 05.06.96: de acordo com o perfil profissiográfico previdenciário de fl. 95, nesse lapso temporal, o autor trabalhou na Imarf Granitos e Mineração S.A. e exerceu o cargo de eletricista de manutenção.

A atividade de eletricista, antes da edição da Lei nº 9.032/95, era considerada de natureza especial, por simples exercício profissional. De acordo com o item 1.1.8 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64, as atividades desenvolvidas por trabalhadores que operam em locais com eletricidade em condições de perigo de vida (trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos, com risco de acidentes – eletricistas, cabistas, montadores e outros) é enquadrada como especial.

Assim, os períodos em que o autor exerceu a atividade de eletricista e que sejam anteriores à edição da Lei nº 9.032, de 28.04.1995, são enquadrados como especiais.

A partir de 29.04.1995, o trabalhador deve comprovar a efetiva exposição ao agente nocivo à saúde (eletricidade) por meio de formulários de informações emitidos pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

01.04.08 a 25.08.10: o perfil profissiográfico previdenciário de fls. 101-102 testifica que o promovente trabalhou na empresa Dmarket Ind. e Comércio de Artefatos Plásticos Ltda.; estava lotado no Setor de Manutenção Elétrica e ocupou o cargo de eletricista. Segundo o formulário de informações, o segurado se expôs a ruído de 86,5 decibéis e a altas temperaturas. O PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais) de fls. 103-130 ratifica as informações prestadas pelo empregador e acrescenta que o trabalhador ficara exposto a riscos de acidentes, como queda e choques elétricos. Destarte, restou sobejamente comprovado que o autor desenvolveu atividade de natureza especial neste período.

15. Passa-se à análise dos demais períodos, os quais foram objeto do recurso de apelação da parte autora, quais sejam,

15.06.1973 a 25.09.1973; 08.01.1974 a 21.01.1975; 08.01.2002 a 30.07.2003 e de 01.08.2003 a 02.11.2005:

16. No período de 15.06.1973 a 25.09.1973 (CTPS fl. 33), o autor laborou na empresa JOSÉ FAUSTINO & CIA. LTDA., na qual exerceu a função de cobrador de transportes coletivos. Sabe-se que a profissão de *cofrador de ônibus urbano* era tida como insalubre no item 2.4.4. do Decreto nº 53.831/64; dessa forma, impõe-se reconhecer como insalubre por presunção legal, o tempo de serviço prestado pelo autor no referido período, na condição de *cofrador*, não se cogitando de necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 9.032/95. Precedentes: TRF-5, APELREEX 28436, Relator. Des. Federal Francisco Cavalcanti, julgado em 12-09-2013.

17. De acordo com as anotações da CTPS, no período de 08.01.1974 a 21.01.1975, o autor laborou na empresa CONTONIFÍCIO JOSÉ RUFINO S.A. e exerceu a função de aprendiz de tecelagem (fl. 41). O formulário de informações de fl. 63 (DSS-8030) atesta que ele ocupou a referida função no setor industrial, área considerada periculosa e insalubre, exposto a agentes nocivos *poeira e calor, sujeito a queimadura elétrica e também manuseio de solvente e inflamável*, de modo habitual e permanente. Verifica-se, ainda, do citado documento, que o recorrente trabalhava exposto a energia elétrica acima de 250 volts. Tal agente encontra-se relacionado no anexo do Decreto 53.831/64, código 1.1.8, devendo esse período também ser considerado de natureza especial.

18. Quanto ao período de 28.11.1977 a 11.10.1978, restou demonstrado, por meio do formulário DSS-8030 (fl. 87), que o demandante efetivamente exerceu suas funções na empresa CIPER - INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA., no setor de madeireira, confeccionando esquadrias de madeira, portas, janelas e outros, sujeito a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se aos agentes nocivos *“pó de madeira, vernizes, e outros produtos usados para confecção dos serviços”*. Ademais, trata-se de enquadramento em decorrência da exposição a tintas, esmaltes e vernizes, conforme consta no código 2.5.6 do Anexo II do Decreto 83.080/79, não havendo necessidade de laudo para comprovação das informações do formulário, posto que a especialidade decorre da presença dos agentes nocivos.

19. Quanto ao uso de EPI - Equipamento de Proteção Individual, por parte do segurado, segundo a multiplicidade de precedentes desta Corte, sua eficácia não descaracteriza a natureza insalubre ou perigosa da atividade exercida, servindo apenas para resguardar a saúde do trabalhador e evitar que venha a sofrer possíveis lesões:

APOSENTADORIA ESPECIAL. ELETROTÉCNICO. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DAS ATIVIDADES. ART. 57 DA LEI Nº 8213/91. PERÍODO SUPERIOR A 25 ANOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

“O uso de equipamento de proteção individual de trabalho (EPI), não retira o caráter nocivo ou agressivo à saúde ou integridade física do segurado, não podendo ser considerado como óbice à concessão da aposentadoria.”

(REOMS 92447, Des. Federal Relator Marcelo Navarro, DJ 27.08.2007, p. 608). (APELREEX 14924, Rel. Des. Federal NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI, Quarta Turma, DJe - 24.03.11 - p. 648)

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/SERVIÇO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. PPP E LAUDO TÉCNICO PERICIAL. ART. 57 DA LEI Nº 8.213/91. CONVERSÃO EM TEMPO DE SERVIÇO COMUM. POSSIBILIDADE. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DE TRABALHO (EPI). APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

(...)

Esta Turma vem entendendo que o uso do EPI (Equipamento de Proteção Individual de Trabalho) serve para garantir a integridade física do segurado, todavia não afasta o caráter nocivo ou agressivo à saúde da atividade insalubre exercida, não podendo ser considerado como óbice ao reconhecimento do tempo de serviço especial.

(AC 515625, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, DJe 02.03.11, p.132)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. DECRETOS NºS 53.831/64 E 83.080/79. SUJEIÇÃO A RUÍDO. POSSIBILIDADE. USO DE EPI. LAUDO EXTEMPORÂ-

NEO. VALIDADE. DIREITO À CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. REQUISITOS CUMPRIDOS ATÉ A VIGÊNCIA DA EC Nº 20/98. RMI. ART. 53, II, DA LEI Nº 8.213/91. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS.

(...)

5. O uso eficaz de EPI (equipamento de proteção individual), por parte do segurado, embora reduza os efeitos do agente agressor à saúde e integridade física, não descaracteriza a periculosidade e/ou insalubridade da atividade desenvolvida.

(AC 445386, Rel. Des. Federal JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, *DJe* 13.01.11, p. 201)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM QUALIFICADA DE TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. PROVA. DEFERIMENTO DA APOSENTADORIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

2. O uso do EPI não descaracteriza a natureza periculosa/insalubre das atividades desenvolvidas.

(AC 486231, Rel. Des. Federal MAXIMILIANO CAVALCANTI, Terceira Turma, *DJe* 19.02.10, p. 346)

20. Desse modo, conclui-se pela especialidade das atividades exercidas pelo autor nos períodos acima elencados, fazendo jus, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada (1,4), razão pela qual modifico em parte a sentença.

21. No que se refere aos períodos de 08.01.02 a 30.07.03 e 01.08.2003 a 02.11.2005, nos quais o apelante laborou na empresa RUBIVAL BARBOSA DE LIMA - ME, o que se observa é que a documentação apresentada (fls. 98/99) não se revelou idônea para comprovar a efetiva exposição a agentes nocivos à saúde e à integridade física, uma vez que não foi juntado o laudo técnico pericial para corroborar as informações contidas nos referidos documentos, conforme exigido pela legislação previdenciária. Nesse passo, o labor exercido nos aludidos períodos não pode ser enquadrado como especial, conforme bem ressaltou o Juízo *a quo*.

22. Assim, aplicando-se o fator de conversão ao período trabalhado em condições especiais e somando-o ao tempo de serviço em atividade comum, o apelado, até a data da entrada do requerimento administrativo, já somava mais de 35 anos de contribuição, sendo, portanto, manifestamente legítima a percepção do benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição, a partir daquela data.

23. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, observados os limites da Súmula 111 do STJ.

24. Diante do expendido, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e dou parcial provimento à apelação do autor, reconhecendo-lhe direito ao enquadramento especial do seu labor também nos períodos de 15.06.1973 a 25.09.1973; 08.01.1974 a 21.01.1975 e 28.11.1977 a 11.10.1978, bem como a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição integral, a partir do requerimento administrativo.

25. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.916-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: RAFAEL SANTANA DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. JOSÉ PAULO FILHO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR REJEITADA. SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ACOMETIDO DE DOENÇA INCAPACITANTE. PROVAS NOS AUTOS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA AS ATIVIDADES LABORATIVAS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E NÃO AUXÍLIO-DOENÇA.

- Tratando-se de matéria previdenciária, deve-se proceder, de forma menos rígida, à análise do pedido. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.367.825-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18/4/2013.

- Honorários advocatícios estipulados em 10% sobre o valor da condenação. Aplicação da Súmula 111 do STJ. Correção monetária segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.

- Apelo e remessa oficial parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, 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, 29 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação interposta contra sentença, que julgou procedente o pedido de RAFAEL SANTANA DA SILVA, que visava a concessão do benefício de auxílio-doença, com conversão em aposentadoria por invalidez.

Alega o INSS, em resumo, que embora apresentando quadro inicial de incapacidade, deixou de apresentar a mesma com o decorrer do tempo, conforme conclusão da perícia médica.

Requer, que seja fixada DIB na data da juntada do laudo pericial em juízo e a redução dos honorários advocatícios em 5% do

valor da condenação, com correção monetária e juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Preliminarmente.

Em relação ao pedido de revogação da tutela antecipada, *in casu*, por se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado, tal tutela contra a Fazenda Pública é admissível, conforme precedentes jurisprudenciais desta Corte. Preliminar rejeitada.

No mérito.

O auxílio-doença é benefício previdenciário que possui características bem definidas. É devido quando o segurado ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos e somente cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho ou pela transformação em aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado e empresário a contar do 16º (décimo sexto) dia do afastamento da atividade, e no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Grifo nosso)

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida a carência exigida, quando for o caso, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.

A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. (Art. 43 do Regulamento da Previdência Social).

A diferença do auxílio-doença em relação à aposentadoria por invalidez repousa no fato de que, para obtenção de auxílio-doença, basta a incapacidade para o trabalho ou atividade habitual do segurado, enquanto para a aposentadoria por invalidez exige-se a incapacidade total, para qualquer atividade que garanta a subsistência.

Em relação ao início de prova material alegado pelo INSS em suas contrarrazões (fl. 28) e pelo autor no seu recurso, razão assiste ao apelante, pois, conforme demonstrado nos autos, o mesmo ao requerer o benefício em 2010 mantinha a condição de segurado.

No caso em tela, restou devidamente comprovado, através de perícia médica (fls. 82/85) e documentos (fls. 07/22) nos autos, que a parte autora está incapacitada definitivamente para a atividade laborativa. Nestes termos, encontra-se a mesma acobertada pelo parágrafo único do art. 59 do Plano de Benefício da Previdência Social.

Desta forma, restou provado que o autor mantinha a condição de segurado ao requerer o benefício no ano de 2010 e, ademais, é importante destacar que a doença incapacitante do autor independente de carência, por constar do Decreto nº 3.048/99 e art. 30, III, e Instrução Normativa INSS 20/2007, art. 67, III, alínea *b*.

Por sua vez, segundo o STJ, o juiz pode conceder ao autor benefício previdenciário diverso do requerido na inicial, desde que preenchidos os requisitos legais atinentes ao benefício concedido.

Isso porque, tratando-se de matéria previdenciária, deve-se proceder, de forma menos rígida, à análise do pedido. Assim, nesse contexto, a decisão proferida não pode ser considerada como *extra petita* ou *ultra petita*.

No caso concreto, a perícia médica judicial realizada às fls.83/85, indica que o recorrido é portador de Discopatia Degenerativa C5 e T1-CID M51, na qual consta a incapacidade total e permanente. Sendo assim, o autor não só faz jus ao benefício de auxílio-doença e sim à sua conversão em aposentadoria por invalidez nos termos da conclusão do laudo pericial, que atesta que há tratamento para o mal que acomete o autor, no entanto, não há no município e será necessário um centro especializado de difícil acesso ao paciente.

Neste mesmo sentido, voto do STJ assim ementado:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.825 - RS (2013/0036415-1)

RELATOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO EDELVINO DALSSASSO

AGRAVADO PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ADVOGADO DALTRO PEDRO D'AGOSTINI

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento *extra* ou *ultra petita* a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* reformou a sentença (fls. 156/163, e-STJ) que concedeu ao autor o restabelecimento de sua aposentadoria rural, na condição de segurado especial. Considerando a implementação de todos os requisitos, foi concedido ao autor o benefício de aposentadoria por idade, nos termos da Lei nº 11.718/2008, a contar do ajuizamento da ação. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

Em relação à nulidade da perícia judicial, o procedimento pericial foi solicitado pelo Juiz *a quo* às fls., e o pagamento foi feito pessoalmente ao perito em razão da perícia realizada em juízo, não tendo sido de maneira nenhuma prejudicada a conclusão do laudo pericial. Não obstante devidamente intimado a se manifestar sobre o laudo pericial, o INSS não arguiu a nulidade oportunamente, mostrando-se silente, assim como no momento de especificação de outras provas.

Quanto ao termo inicial do benefício, no entendimento deste Tribunal, “os efeitos da sentença devem retroagir à data do primeiro requerimento administrativo, de acordo com a regra do art. 49, II, da Lei 8.213/91, posto que seria este o momento no qual o requerente ficaria vinculado à Previdência Social, passando a ter direito ao recebimento do benefício previdenciário se não fosse a recusa indevida da autarquia previdenciária” (TRF 5ª Região, AC - 299244/CE, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha).

Conforme se colhe dos autos, há informação à fl.109, que o benefício foi concedido administrativamente. Assim, é este o período da incapacidade que deve ser considerado para o termo final do benefício, ou seja, como termo inicial a data do requerimento administrativo 12/02/2010 e como termo final, a sua concessão em 2013, com sua conversão em aposentadoria por invalidez.

Em relação aos honorários advocatícios, a jurisprudência deste Tribunal os tem fixado neste caso em 10% sobre o valor da condenação seguindo a sistemática prevista no § 3º do art. 20 do CPC. Razão pela qual não modifico o valor estipulado na sentença.

Nas ações previdenciárias, os honorários devem ser fixados considerando apenas as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Quanto aos juros de mora, em razão do julgamento no STF das ADI's nºs 4537/DF e 4425/DF, deixo de aplicar aos juros de mora o índice da caderneta de poupança e volto a aplicar o índice de 1% ao mês em face de sua natureza alimentar, a partir da citação, conforme o disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87.

Por essas razões, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial, apenas, para estipular os honorários advocatícios

em 10% sobre o valor da condenação, com aplicação da Súmula 111 do STJ, e fixar os juros de mora de acordo com o índice de 1% ao mês com correção monetária segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.985-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: UNIÃO
Apelados: JURANDIR BEZERRA E OUTROS E MARCOS ANTÔNIO MOREIRA
Cur. Esp: PLÍNIO MOREIRA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ROBERTO FARIA DE SOUZA CAVALCANTI E OUTRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. MILITANTE DO PARTIDO COMUNISTA. PRISÕES POR MOTIVAÇÃO POLÍTICA EM DIVERSOS PERÍODOS DE EXCEÇÃO. REGIME MILITAR. PRISÃO E TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO DOS HERDEIROS À REPARAÇÃO ECONÔMICA INSTITUÍDA PELA LEI 10.559/2002. DEVIDA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA CONDIÇÃO DE SUCESSORES E DE OFENDIDOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Ação onde se discute a existência de direito de filho e netos de anistiado político à reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/2002 e à indenização por danos morais decorrentes de prisão, tortura e perseguição durante vários períodos.

dos de exceção da história brasileira, até o Regime Militar de 1964.

- Alegação de que GREGÓRIO LOURENÇO BEZERRA, militante histórico do Partido Comunista Brasileiro: a) foi preso pela primeira vez, em 1917, no governo Venceslau Brás; b) durante o Estado Novo, em 1937, foi condenado a 27 (vinte e sete) anos e meio de prisão, sendo anistiado em 1945; c) eleito Deputado Federal pelo PCB de Pernambuco, foi preso logo após o início do seu mandato, em 1946, sendo absolvido pela Justiça Militar em 1948; d) foi preso em setembro de 1957, acusado de atividades comunistas; e) no dia seguinte à deflagração do movimento militar de 1964, foi preso, torturado e arrastado por um carro pelas ruas do Recife; f) condenado, em 1964, a 19 anos de reclusão; g) em 13.04.1964 (Ato Institucional nº 4) teve seus direitos políticos cassados por 10 anos; h) trocado pelo embaixador Charles B. Elbrick, em 1969, sendo banido do Território Nacional pelo Ato Complementar nº 64, morando, sucessivamente no México, em Havana e em Moscou; i) conseguindo retornar ao Brasil em 1979, veio a falecer, logo em seguida, em 20.11.1983, em São Paulo.

- As pretensões indenizatórias decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar são imprescritíveis, conforme entendimento assente do STJ e deste Tribunal. Precedentes (EREsp 845228/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010; 00089422520104058300, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 11/04/2013; AC 200983000133337, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 02/08/2012; APELREEX 0014872242 0104058300, Desembargador Federal Marco Bru-

no Miranda Clementino, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 19/01/2012). Ressalva do entendimento pessoal do relator, no sentido de que a imprescritibilidade é apenas da pretensão de assegurar o exercício do direito da personalidade ou de fazer cessar sua violação.

- Hipótese em que o Ministério da Justiça reconheceu ao Sr. Gregório Bezerra, pai e avô dos postulantes, a condição de anistiado político post mortem, indeferindo, no entanto, o pagamento de reparação econômica a seus filhos, sob o fundamento de configurar, como pressuposto para o reportado pagamento, a comprovação da dependência econômica.

- Por força do disposto no art. 13 da Lei 10.559/2002, no caso de anistiado falecido, o direito à reparação econômica não se transmite, por sucessão, aos seus herdeiros, sendo transmissível apenas aos seus dependentes, observados os critérios fixados nos regimes jurídicos dos servidores civis e militares da União.

- O direito à reparação econômica decorrente da declaração de Anistiado Político não se confunde com o direito à reparação de danos decorrentes da responsabilidade civil por ato ilícito, pelo que deve estar em conformidade com os limites estabelecidos na lei que a instituiu (Lei nº 10.559/2002), não sendo o caso de se aplicar o comando do art. 943 do Código Civil.

- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em recente julgado (MS 201101522396. ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe DATA: 01/08/2012), no sentido de considerar que, no caso de anistia política concedida post mortem, as parcelas retroativas concernentes à reparação econômica não chegam a integrar seu patrimônio jurídico, não sendo transferíveis aos seus herdeiros e sucessores legais, mas apenas àqueles conside-

rados dependentes econômicos nos termos da Lei de Anistia.

- Em que pese tenham demonstrado serem filho e netos de anistiado político perseguido durante o Regime Militar, mas já falecido quando da declaração desta condição pela Administração Pública, os autores não lograram comprovar a dependência econômica em relação ao mesmo, pelo que não há como ser acolhida a pretensão, ao menos quanto ao pedido de concessão da reparação econômica, em parcela única, prevista na Lei nº 10.559/2002.

- Nos termos do art. 16 da Lei de Anistia, os direitos nela expressos não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, restando vedada apenas a cumulação da reparação econômica por ela instituída com outros pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, qual seja, a perseguição política durante o Regime Militar. Diante da ausência de direito dos autores à reparação econômica instituída pela Lei de Anistia, inexistente, em princípio, qualquer óbice à busca, por meio da presente ação, na condição de herdeiros de perseguido político, da devida reparação pelos danos morais sofridos, com fundamento nas regras do Código Civil (arts. 186 e 927) e da Constituição (art. 37, § 6º, CF/88).

- Entendimento pessoal do relator no sentido de que o direito à indenização por danos morais, quando a ação não é intentada em vida pelo ofendido, não se transmite aos sucessores. Tal conclusão decorre da própria natureza da indenização por danos morais: enquanto que no dano material busca-se a reposição em dinheiro do valor equivalente ao prejuízo experimentado pela vítima, recompondo-se o seu patrimônio, no dano moral, ao contrário, não há uma indenização propriamente dita (no sentido de eliminação

completa do prejuízo suportado, vale dizer, de ressarcimento do patrimônio lesado). Nos danos extrapatrimoniais, portanto, não há se falar em indenização (ressarcimento), e sim numa compensação (ou reparação satisfativa), fornecendo-se certa quantidade de dinheiro, suficiente para proporcionar na vítima um certo sentimento de satisfação, amenizando o sofrimento experimentado. A transmissão do próprio direito à indenização é incompatível com a natureza da reparação compensatória ou satisfativa.

- Entretanto, é pacífico o entendimento do STJ no sentido da legitimidade dos autores para pleitear indenização por danos morais tanto na condição de vítimas, como na de herdeiros do anistiado falecido, conforme jurisprudência consolidada do STJ (AERESP 200900760521, FELIX FISCHER, STJ - CORTE ESPECIAL, DJe DATA: 10/02/2011).

- Incontestáveis os danos morais sofridos por Gregório Lourenço Bezerra em decorrência da perseguição política, dos longos períodos em que foi mantido no cárcere (totalizando 24 anos) e dos atos de tortura a que foi submetido durante a vigência de vários regimes de exceção. Danos experimentados também por seus filhos Jurandir Bezerra (ainda vivo, com 84 anos de idade) e Jandira Bezerra, falecida em 2004 e mãe dos cinco outros postulantes, igualmente submetidos a violento abalo psicológico e moral, sobretudo pelo estigma social e pela privação da convivência familiar com o pai e avô. O suplício e a tortura de Gregório Bezerra, sobretudo em 1964, ocorreu à vista de todos, sendo humilhado em praça pública e arrastado por veículo pelas ruas da cidade do Recife.

- As provas documentais apresentadas pelos autores são suficientes à comprovação de todos os fatos alegados na petição inicial.

- Uma vez constatado que os atos praticados por agentes do governo causaram danos morais a cidadão brasileiro, em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, há de ser reconhecida a responsabilidade civil da União, consoante legislação infraconstitucional e à luz do art. 37, § 6º, da CF/1988.

- Em se tratando de dano moral, a indenização deve ser apta a compensar os prejuízos morais advindos à parte autora. Deve-se proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento imotivado, produzindo em contrapartida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo erro. Deve o magistrado atentar para as condições das partes, inclusive para o potencial econômico-social do lesante, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas, analisar todos os aspectos do processo, como forma de transformá-los – caso configurado o dano moral – em um quantum monetário. Para tal fixação, serão observados os fatos e todas as suas circunstâncias. Em suma, o montante da indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado ao autor lesado. Por outro lado, não pode se mostrar excessivo diante dos danos efetivamente sofridos, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito.

- Em face da gravidade dos atos de tortura a que foi submetido Gregório Lourenço Bezerra, dado o sofrimento, humilhação e abalo psicológico sofrido por ele e por seus filhos e netos durante os longos anos de prisão (24 anos da sua vida passados no cárcere) e consequentes privações morais e materiais, mantém-se o quantum indenizatório fixado na sentença recorrida (R\$

1.000.000,00 – um milhão de reais), vencido, apenas nesta parte, o relator, que diminuía a indenização para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em face dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em casos onde os atos de tortura culminaram com a morte do perseguido (REsp 797.989/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 15/05/2008; AGRESP 200901918869, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJe DATA: 26/11/2010).

- Mantido o critério adotado na sentença quanto à partilha do valor da indenização, nos seguintes termos: 50% (cinquenta por cento) para o autor Jurandir Bezerra e a outra metade para os cinco netos, filhos de Jandira Bezerra, a ser rateada entre eles em partes iguais.

- Apelação e remessa necessária parcialmente providas para, reformando parcialmente a sentença recorrida, julgar improcedente apenas o pedido de condenação da União ao pagamento, em favor dos autores, da reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/2002.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa necessária, para excluir da condenação a reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/2002 e, por maioria, vencido parcialmente o Relator, manter o valor da indenização por danos morais em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), 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, 3 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação e remessa necessária em face da sentença que julgou procedentes os pedidos para condenar a União Federal a pagar aos autores indenização por danos morais e materiais decorrentes de prisão, tortura e perseguição de GREGÓRIO LOURENÇO BEZERRA, militante histórico do Partido Comunista Brasileiro, já anistiado.

A inicial funda-se nos argumentos de que Gregório Bezerra: a) foi preso pela primeira vez, em 1917, no governo Venceslau Brás; b) durante o Estado Novo, em 1937, foi condenado a 27 (vinte e sete) anos e meio de prisão, sendo anistiado em 1945; c) eleito Deputado Federal pelo PCB de Pernambuco, foi preso logo após o início do seu mandato, em 1946, sendo absolvido pela Justiça Militar em 1948; d) foi preso em setembro de 1957, acusado de atividades comunistas; e) no dia seguinte à deflagração do movimento militar de 1964, foi preso, torturado e arrastado por um carro pelas ruas do Recife; f) condenado, em 1964, a 19 anos de reclusão; g) em 13.04.1964 (Ato Institucional nº 4) teve seus direitos políticos cassados por 10 anos; h) trocado pelo embaixador Charles B. Elbrick, em 1969, sendo banido do Território Nacional pelo Ato Complementar nº 64, morando, sucessivamente no México, em Havana e em Moscou; i) conseguindo retornar ao Brasil em 1979, veio a falecer, logo em seguida, em 20.11.1983, em São Paulo.

A indenização por danos morais foi fixada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), quantia a ser atualizada e dividida entre os postulantes, sendo R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para o filho JURANDIR BEZERRA (atualmente com 84 anos de idade) e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) rateado entre os cinco irmãos, filhos de JANDIRA BEZERRA, falecida em 2004, enquanto que a reparação econômica foi fixada em cota única, prevista no § 1º do art. 3º da Lei nº 10.559/2002, no valor máximo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), estabelecido no § 2º de seu art. 4º.

Em suas razões de recurso, suscita a União preliminar de ilegitimidade ativa dos autores e prejudicial de prescrição do fundo de direito, sustentando, quanto ao mérito, a inexistência de direito

à indenização por danos morais, em face da disposição contida no art. 16 da Lei nº 10.559/2002, nos termos da qual a reparação econômica prevista na referida lei já abrange danos materiais e morais, não sendo possível a cumulação, como objetiva o autor. Insurge-se, ainda, contra o valor arbitrado a título de indenização e de honorários advocatícios, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso para que seja julgada totalmente improcedente a ação.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1249/1280.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da questão apresentada cinge-se à análise acerca da existência de direito à reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/2002 e à indenização por danos morais sofridos por filho e netos de Gregório Bezerra, líder comunista pernambucano, decorrentes de prisão, tortura e perseguição ocorridos durante vários períodos de exceção da história brasileira, até o Regime Militar de 1964.

1) PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

No que tange à preliminar de prescrição, não há dúvidas de que são imprescritíveis as pretensões de assegurar o exercício de direito da personalidade ou de fazer cessar sua violação.

Entretanto, o pedido de reparação econômica, em razão dos danos (materiais, morais ou estéticos) decorrentes daquelas violações está submetido aos prazos prescricionais previstos em lei.

Nas hipóteses de danos cometidos durante a vigência de regimes ditatoriais, em face das próprias circunstâncias, é razoável que não corra o prazo prescricional, aplicando-se o princípio *contra non valentem agere non currit praescriptio*, mas, evidentemente, somente enquanto não retornem as garantias democráticas.

No caso concreto, contudo, a ação de indenização somente foi ajuizada em outubro de 2009, quando o pai e avô dos promoventes havia retornado ao país desde 1979 e já vigorava o novo

sistema constitucional desde 1988, contemplando expressamente a possibilidade de reparação de danos não patrimoniais.

Embora a pretensão relativa à reparação econômica, prevista no art. 4º, § 2º, da Lei nº 10.559/2002, não esteja prescrita, tendo em vista que o direito somente foi negado pela Administração em 2007 (*actio nata*), não tenho dúvidas de que a pretensão de reparação pelo dano moral está fulminada pela prescrição.

A tese de que a reparação por danos psicológicos decorrentes de tortura são imprescritíveis, porque haveria violação de direitos fundamentais, com todas as vênias, não deveria prevalecer. Isso porque toda pretensão de indenização por danos morais (e não só aquela decorrente de tortura) é advinda de uma violação a direito personalíssimo ou fundamental (vida, nome, liberdade, imagem, privacidade, integridade física). A exemplo, a pretensão de indenização por morte, que decorre do direito mais fundamental de todos (a própria vida), fenece no exíguo prazo de 3 (três) anos (ou cinco, se o dano for cometido por agente do Poder Público).

Entretanto, não tenho como me afastar do entendimento assente do STJ e deste Tribunal no sentido de considerar que as pretensões indenizatórias decorrentes de atos de tortura ocorridos durante período de exceção são imprescritíveis, conforme se depreende das ementas de julgados a seguir transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. SÚMULA 168/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009.

2. A Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, com fun-

damento constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Com efeito, tendo a jurisprudência se firmado no sentido do acórdão embargado, incide à hipótese dos autos a Súmula 168 desta Corte: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Embargos de divergência não conhecidos.

(EResp 845228/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, *DJe* 16/09/2010)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. PRISÃO E DEMISSÃO OCORRIDAS DURANTE O REGIME DE EXCEÇÃO MILITAR. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DE INTERESSE. DIREITO À REPARAÇÃO MATERIAL NEGADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

1. (...)

2. Prescrição de fundo de direito rejeitada, eis que o STJ pacificou o entendimento de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura prisão e demissão, por motivos políticos, durante o regime militar.

3. (...)

8. Apelação do autor provida e apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

(APELREEX 00089422520104058300, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 11/04/2013 - Página: 137.)

ADMINISTRATIVO. REGIME MILITAR. ANISTIADO POLÍTICO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO OFENDIDO. REPARAÇÃO ECONÔMICA OBTIDA NA VIA ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO PELO MESMO FATO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.559/02.

1. (...).

3. As ações de reparação civil por danos materiais e morais oriundos do regime militar são marcadas pela imprescritibilidade, pois os atos ali praticados atentaram contra a dignidade da pessoa humana (STJ, 1ª Seção, ERES 845228, *DJe* 16/09/2010).

4. Não se verifica ofensa ao princípio da isonomia. Reparação concedida em observância aos ditames da lei.

5. Não houve inversão de autoridade no julgamento dos requerimentos de anistia, visto que tudo correu de acordo com o procedimento previsto na lei de regência.

6. Hipótese em que se postula indenização por danos materiais e morais com base no mesmo fato ensejador da reparação pecuniária na via administrativa. Impossibilidade de cumulação (art. 16 da Lei 10.559/02). Precedente desta Turma.

7. Apelação improvida.

(AC 200983000133337, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Terceira Turma, *DJe* - Data: 02/08/2012 - Página: 471.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. PRISÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO RECONHECIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA (COMISSÃO DE ANISTIA). REPARAÇÃO ECONÔMICA. PAGAMENTO EFETUADO. LEI Nº 10.559/2002. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ART. 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC.

1. Nas ações propostas com objetivo de reconhecimento de danos morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas, não deve ser aplicado o lustro prescricional do Decreto 20.910/1932. À vista da natureza da causa, envolvendo violação a direitos fundamentais, notadamente o direito à integridade física, deve ser reconhecida a imprescritibilidade da pretensão ou, pelo menos, deve ser aplicada a prescrição mais ampla possível. Precedentes. Prejudicial de prescrição quinquenal rejeitada.

2. (...)

7. Prejudiciais de mérito rejeitadas. Remessa oficial e apelação da União improvidas. Apelação da parte autora parcialmente provida, apenas para majorar os honorários advocatícios.

(APELREEX 00148722420104058300, Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, TRF5 - Quarta Turma, *DJe* - Data: 19/01/2012 - Página: 483.)

Assim, ressaltando o meu entendimento, rejeito a prejudicial de prescrição.

2) MÉRITO

2.1 DA REPARAÇÃO ECONÔMICA (LEI 10.559/2002)

Passando-se à análise do mérito, depreende-se dos autos que o Ministério da Justiça reconheceu ao Sr. Gregório Bezerra, pai e avô dos postulantes, a condição de anistiado político *post mortem*, indeferindo, no entanto, o pagamento de reparação econômica aos seus dois filhos, sob o fundamento de configurar, como pressuposto para o reportado pagamento, a comprovação da dependência econômica.

De fato, por força do disposto no art. 13 da Lei 10.559/2002, no caso de anistiado falecido, o direito à reparação econômica não se transmite, por sucessão, aos seus herdeiros, sendo transmissível apenas aos seus dependentes, observados os critérios fixados nos regimes jurídicos dos servidores civis e militares da União.

Destaco que o direito à reparação econômica decorrente da declaração de anistiado político não se confunde com o direito à reparação de danos decorrentes da responsabilidade civil por ato ilícito, pelo que deve estar em conformidade com os limites estabelecidos na lei que a instituiu (Lei nº 10.559/2002), não sendo o caso de se aplicar o comando do art. 943¹ do Código Civil.

Nesse mesmo sentido, o entendimento firmado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado (MS 201101522396. ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, *DJe* DATA: 01/08/2012), ao considerar que, no caso de anistia política concedida *post mortem*, as parcelas retroativas concernentes à reparação econômica não chegam a integrar seu patrimônio jurídico, não sendo transferíveis aos seus herdeiros e sucessores legais, mas apenas àqueles considerados dependentes econômicos nos termos da Lei de Anistia.

A título de esclarecimento, hipótese diversa é a que se observa quando a anistia é concedida a perseguido político ainda em

¹ “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

vida e este vem a falecer antes da percepção de parcela retroativa, devida, por exemplo, entre a data do julgamento da anistia e a data do efetivo pagamento. Neste caso, com a morte do anistiado, os valores devidos a título de reparação econômica, a que fazem jus apenas o titular do direito ou seus dependentes nos termos da Lei nº 10.559/2002, passam a integrar o patrimônio jurídico do *de cuius*, este sim transmissível aos seus sucessores, independentemente de ostentarem a condição de dependente econômico.

No caso, em que pese tenham demonstrado serem filhos e netos de anistiado político perseguido durante o Regime Militar, mas já falecido quando da declaração desta condição pela Administração Pública, os autores não lograram comprovar a dependência econômica em relação ao mesmo, pelo que não há como ser acolhida a pretensão, ao menos quanto ao pedido de concessão da reparação econômica, em parcela única, prevista na Lei nº 10.559/2002.

Sendo assim, no que se refere àquele aspecto da demanda, há de ser provida a apelação da União.

2.2 DOS DANOS MORAIS

Passando-se à análise do pleito de indenização por danos morais, convém observar que, nos termos do art. 16 da Lei de Anistia, os direitos nela expressos não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, restando vedada apenas a cumulação da reparação econômica por ela instituída com outros pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, qual seja a perseguição política durante o Regime Militar.

Sendo assim, em face da ausência de direito dos autores à reparação econômica instituída pela Lei de Anistia, inexistente, em princípio, qualquer óbice à busca, por meio da presente ação, na condição de herdeiros de perseguido político, da devida reparação pelos danos morais sofridos, com fundamento nas regras do Código Civil (arts. 186 e 927) e da Constituição/88 (art. 37, § 6º)².

² É verdade que a doutrina majoritária sustenta que, sob a égide do Código Civil de 1916 e nos sistemas constitucionais anteriores a 1988 não era possível a indenização por danos exclusivamente morais, exceto quando legislação

2.2.1 Da transmissão do direito à reparação por danos morais

Feita essa consideração inicial, verifica-se que a sentença recorrida condenou a União a pagar aos autores indenização pelos danos morais sofridos por Gregório Lourenço Bezerra durante várias fases de exceção da história brasileira do século XX, na condição de herdeiros, bem como indenização pelos danos suportados pelos próprios postulantes, na condição de filho e netos do anistiado, sob o fundamento de que também foram submetidos a violentos sofrimentos psicomorais.

É certo o direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, que, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, o meu entendimento pessoal é no sentido de que inexistente legitimidade ativa *ad causam*, dado o caráter personalíssimo da ofensa moral.

O dano moral se configura quando a conduta lesiva causa prejuízos à imagem, ao nome ou à integridade psíquica do ofendido, ou seja, quando caracterizada ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo, não sendo possível sua transmissão a terceiros, ainda que herdeiros.

Tal conclusão decorre da própria natureza da indenização por danos morais: enquanto que no dano material busca-se a reposição em dinheiro do valor equivalente ao prejuízo experimentado pela vítima, recompondo-se o seu patrimônio, no dano moral, ao contrário, não há uma indenização propriamente dita (no sentido de eliminação completa do prejuízo suportado, vale dizer, de ressarcimento do patrimônio lesado).

específica contemplasse tal possibilidade, a exemplo da reparação por acidentes causados nas linhas férreas (Decreto nº 2.681/1912). Como, no caso em julgamento, os fatos ocorreram antes de 1988, em tese, os danos morais sofridos à época não seriam indenizáveis. Entretanto, conforme precedentes do STJ já transcritos, aquela Corte vem admitindo a indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes de tortura durante o Regime Militar.

Nos danos extrapatrimoniais, portanto, não há se falar em indenização (ressarcimento), e sim numa compensação (ou reparação satisfativa)³, fornecendo-se uma certa quantidade de dinheiro, suficiente para proporcionar na vítima um certo sentimento de satisfação, amenizando o sofrimento experimentado.

Ora, se a vítima é falecida, não há como ser compensada pelo sofrimento que padeceu em vida. É bom ressaltar que nas hipóteses de indenização por ofensa à imagem dos mortos, a vítima do dano são os seus sucessores, e não o defunto.

A meu ver, a transmissão do próprio direito à indenização é incompatível com a natureza da reparação compensatória ou satisfativa.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, instância última para interpretar a matéria, firmou entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* dos herdeiros para ajuizar ação indenizatória por danos morais sofridos pelo *de cuius*, sob o argumento de que embora a ofensa moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização, de cunho eminentemente patrimonial, transmite-se com o falecimento do titular do direito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA Nº 168/STJ.

A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius*.

³ À falta de previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, dos *punitive damages*, o conteúdo de punição ao lesante deve ser avaliado por ocasião da quantificação dos danos morais, não integrando a natureza em si da reparação.

Incidência da Súmula nº 168/STJ. Agravo regimental desprovido.

(AERESP 200900760521, FELIX FISCHER, STJ - CORTE ESPECIAL, DJe DATA: 10/02/2011. DTPB:.)

Diante disso, ressalvado o entendimento contrário deste relator, não tenho como deixar de acompanhar a jurisprudência consolidada do STJ, reconhecendo a legitimidade dos postulantes para pleitear indenização por danos morais tanto na condição de vítimas, como na de sucessores do anistiado falecido.

2.2.2 Dos danos morais sofridos

São incontestáveis os danos morais sofridos por Gregório Lourenço Bezerra em decorrência da perseguição política e atos de tortura a que foi submetido durante a vigência de vários regimes de exceção, sendo seus filhos Jurandir Bezerra (ainda vivo) e Jandira Bezerra (falecida em 2004 e mãe dos cinco outros postulantes) igualmente submetidos a violento abalo psicológico e moral.

Com o fim de melhor caracterizar o martírio de Gregório Lourenço à época, passo a transcrever trechos do parecer do Ministério Público Federal:

(...) é fato notório a perseguição política sofrida por Gregório Lourenço Bezerra, reconhecidamente um símbolo na luta contra a repressão político-social que assolou o país no século passado, com atuação marcante na defesa dos direitos trabalhistas. Sobre ele, importante colacionar as considerações formuladas no voto do Conselheiro Rodrigo Gonçalves dos Santos, da 1ª Câmara da Comissão de Anistia (fl. 6):

É incontestável a perseguição política sofrida pelo militante comunista Gregório Bezerra ao longo das décadas, mais precisamente desde 1917, quando tinha apenas 17 anos. As provas, nos autos, demonstram uma história de vida memorável, dedicada à luta incansável por melhorias de ordem social, econômica e política do povo brasileiro, de luta pela construção de um país justo e igualitário.

Também é de conhecimento popular a humilhante situação em que foi colocado quando preso pelo regime de exceção que se instaurou em 1964, ocasião na qual foi arrastado,

com uma corda amarrada em seu pescoço, pela Praça de Casa Forte, em Recife/PE.

Essas situações, por afrontarem intensamente a dignidade humana, já seriam suficientes para ensejar a reparação pelo dano moral sofrido por Gregório Lourenço Bezerra, sem exigir-se sequer prova das aludidas violações. Não obstante, os autores trouxeram aos autos farta documentação comprobatória (noticiários veiculados à época, biografias de diversos sítios eletrônicos, etc.) das agressões físicas e psicológicas perpetradas contra Gregório Lourenço Bezerra.

Ademais, por motivos políticos, o militante foi privado de sua liberdade por mais de vinte anos, vividos no cárcere, com contínuas práticas de torturas às quais eram submetidos os presos políticos, comuns naquele obscuro período. Tais circunstâncias, igualmente, podem ser inferidas dos documentos acostados, além de ser de conhecimento geral da sociedade.

Merece ainda transcrição o seguinte trecho da sentença recorrida:

(...)

2.3.1) Colho em obra do escritor pernambucano Paulo Cavalcanti, os trechos que seguem relativos a fatos ocorridos em abril de 1964, envolvendo **Gregório Lourenço Bezerra**, logo após o golpe militar que afastou João Goulart da Presidência da República, bem como alguns Governadores dos respectivos cargos, como o Governador de Pernambuco Miguel Arraes, *verbis*:

Na véspera da minha prisão, as estações de TV focaram a imagem de Gregório Bezerra, detido num quartel federal, seminu, com o corpo visivelmente marcado de torturas, jogado ao chão como um traste, entre sentinelas fortemente armados de fuzil e baioneta.⁴

(...)

⁴ CAVALCANTI, Paulo. *O caso eu conto como o Caso Foi: fatos do meu tempo; memórias políticas*. Volume II. 2ª Edição, revista e ampliada. - Recife, 2008, p. 387.

O sangue corria pelo corpo do prisioneiro, quase tapando-lhe a visão, enquanto um grupo de soldados o espancavam a coice de fuzil e pontapés.⁵

E nessa obra narra esse autor pernambucano que o tenente-coronel Darcy Villocq Viana tirou da prisão o médico Fernando Luiz Coimbra de Castro, que era filho de um General, mas estava preso porque fora Secretário de Saúde do Governo de Pelópidas Silveira⁶, e com impropérios e a esbofetear esse médico o obrigou a limpar o sangue do rosto de **Gregório Bezerra**; sem material, o Dr. Fernando Luiz tirou sua própria camisa e limpou o corpo ensanguentado de Gregório e, enquanto isso,

o major tentou introduzir no ânus de Gregório um cano de ferro. Despido, somente de cueca, Gregório foi novamente atacado por coices de fuzil e pontapés dos soldados, a mando do Comandante da Companhia. Trocada a cueca por um calção, conduziram-no para o lado de fora do quartel, com as plantas dos pés queimadas de solução de bateria de automóvel.

(...)

Já na rua, Villocq mandou amarrar umas cordas no pescoço de Gregório.

Quando o fazia gritou para o preso, diante do numeroso grupo de curiosos que se aglomeravam no local:

- Grite, seu sacana: Eu sou um traidor da Pátria. E ele próprio, Villocq, fez reboar a expressão: - Eu sou um traidor da Pátria!!

(...)

Amarraram Gregório e, quase em passeata, uma multidão atrás, levaram-no em direção à Praça da Casa Forte, um pouco adiante do quartel. Aos ônibus e automóveis que passavam, Villocq anunciava:

⁵ *Idibdem*, pp. 404-405.

⁶ Famoso prefeito do Recife, que revolucionou a infraestrutura da cidade, igualmente afastado do poder.

- Venham ver o enforcamento do comunista Gregório Bezerra!

Três cordas saíram do pescoço do prisioneiro, puxadas nas extremidades, uma para a direita, outra para a esquerda e a última para trás, por soldados.

Gregório mal poderia se pôr em pé. Caminhava aos tombos. Quando caía, os coices de fuzil faziam-no erguer-se, num mecanismo de defesa. O macabro desfile passou diante da residência de Villocq, sua esposa a tudo assistindo, perplexa. Em seguida, começou a chorar compulsivamente.

(...)

Isso foi só o começo do martírio de **Gregório Lourenço Bezerra**, narrado pelo referido escritor pernambucano, que, nesses particulares, nunca foi contestado pelos acusados de tantas atrocidades. Depois de anos preso, onde foi submetido a outras torturas, narradas nessa mesma obra e nas Memórias do próprio Gregório, publicadas em livro que se encontra nos autos, igualmente nunca desmentidas pelos representantes dos órgãos de repressão militar da época da ditadura militar, até sua libertação em troca do Embaixador norte-americano, Sr. Charles B. Elbrick, que foi sequestrado, conforme é de conhecimento de todos e encontra-se bem narrado na petição inicial e em voto da r. decisão administrativa da comissão de anistia, que instruiu referida peça.

2.3.2) - Estamos diante de sucessão de indenização de danos morais, que foram incontestavelmente sofridos por **Gregório Lourenço Bezerra**, mas esses danos também foram sofridos pelos próprios ora autores, filhos e netos de **Gregório**, pois os lamentáveis fatos narrados na petição inicial, devidamente comprovados nos autos com inúmeros documentos e pelo escritor pernambucano Paulo Cavalcanti na obra acima invocada, por si sós, geraram, não só a Gregório Bezerra, mas também aos próprios autores, direito à indenização por danos morais, porque estes também foram submetidos a violentos sofrimentos psicomorais, vendo o pai e avô, ao vivo, via televisão, sendo brutalmente espancado, quase que esquartejado, tal qual um Cristo em tempos atuais.

E depois vieram novas torturas sofridas por **Gregório** nas fétidas masmorras dos cárceres e quartéis brasileiros, as

perseguições, as ameaças, as humilhações, que se prolongaram anos a fio, passando por seu exílio, tudo isso causando danos morais não só a **Gregório**, mas também aos seus filhos e netos, ora autores, quer porque tinham conhecimento, através de terceiros, desses sofrimentos do ente querido, quer pela ausência deste, que lhes causava não só a privação do contato familiar, como também todo tipo de privação material.

De fato, da análise detida dos autos, verifica-se que as provas documentais acostadas pelos autores são suficientes à comprovação de todos os fatos alegados na petição inicial, relatados no parecer do MPF e acima transcritos.

Ressalte-se que, além da humilhação e da tortura, Gregório Bezerra passou 24 anos de sua vida na prisão, em razão das suas atividades ligadas ao Partido Comunista.

Sendo assim, uma vez constatado que os atos praticados por agentes do governo causaram danos morais em cidadão brasileiro, em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, há de ser reconhecida a responsabilidade civil da União, consoante legislação infraconstitucional e à luz do art. 37, § 6º, da CF/1988.

No mesmo sentido, estão demonstrados os danos psíquicos suportados pelos filhos e netos de Gregório Lourenço Bezerra. Em relação a Jurandir Bezerra, durante parte de sua vida esteve privado do convívio com o pai. Os netos, filhos de Jandira Bezerra, também sofreram o estigma e a privação da convivência com o avô, que somente retornou do exílio em 1979. Acrescente-se que a tortura e o suplício de Gregório Bezerra, sobretudo em 1964, ocorreu à vista de todos, sendo humilhado em praça pública e arrastado por veículo pelas ruas da cidade do Recife.

Devida, assim, a reparação dos danos morais sofridos.

2.2.3 Do valor da indenização

Passando-se à análise do *quantum* indenizatório, em se tratando de dano moral, em que os critérios não estão previstos legalmente, a única forma de se fixar a indenização é o arbitramento pelo julgador.

Assim, o bom senso e a razoabilidade são imprescindíveis na busca da composição do dano. A indenização deve ser apta a compensar os prejuízos morais advindos à parte autora. Deve-se proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento imotivado, produzindo em contrapartida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo erro.

Deve o magistrado atentar para as condições das partes, inclusive para o potencial econômico-social do lesante, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas, analisar todos os aspectos do processo, como forma de transformá-los – caso configurado o dano moral – em um *quantum* monetário.

Para tal fixação, serão observados os fatos e todas as suas circunstâncias.

Em suma, o montante da indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado ao autor lesado. Por outro lado, não pode se mostrar excessivo diante dos danos efetivamente sofridos, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito.

No caso, o julgador de primeiro grau, considerando os danos morais sofridos pelo perseguido político e por seus filhos Jurandir Bezerra Moreira e Jandira Bezerra Moreira, fixou a indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sendo 50% (cinquenta por cento) para o autor Jurandir Bezerra e a outra metade para os cinco netos, filhos de Jandira Bezerra, sucessores legítimos desta e arrolados como autores na petição inicial, a ser rateada entre eles em partes iguais.

Em que pese inegável a gravidade dos atos de tortura a que foi submetido Gregório Lourenço Bezerra, dado o sofrimento, humilhação e abalo psicológico sofrido por ele e por seus filhos e netos durante os longos anos de prisão e consequentes privações morais e materiais, tenho por excessivo o *quantum* indenizatório fixado na sentença recorrida, estando em flagrante dissonância com o que vem sendo concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em casos onde os atos de tortura culminaram com a mor-

te do perseguido, como se depreende dos precedentes a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II; 515, § 3º; 165, 333 E 458, II, TODOS DO CPC, BEM COMO DOS ARTS. 93, IX, E 5º, LV, DA CF. “CAUSA MADURA” PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACÓRDÃO QUE ENCAMPA, *IPSIS LITERIS*, O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE, NO CASO. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. DISCUSSÃO SOBRE PRESCRIÇÃO DE PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. TORTURA DE CIDADÃO BRASILEIRO DE ASCENDÊNCIA ALEMÃ POR “POLICIAIS DA FARDA AMARELA” DURANTE A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, EM 1942. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS, PRISÕES, TORTURA, LOUCURA E SUICÍDIO DO CIDADÃO, EM DECORRÊNCIA DE TAIATOS. RECURSO ESPECIAL ADESIVO DOS PARTICULARES. PRETENSÃO DE VALORAÇÃO DO ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS ACIMA DO ARBITRADO NA SEGUNDA INSTÂNCIA (R\$ 500.000,00).

1. (...)

10. Pretensão para a compensação por danos morais em razão de acontecimentos que maculam tão vastamente os direitos da personalidade, como a tortura e a morte, é imprescritível.

11. (...)

15. Acórdão recorrido que, diante de tão graves violações dos direitos da personalidade do marido da autora e da própria autora e filhos, fixou os danos morais em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

16. Análise de mais de dez casos recentes da jurisprudência do STJ com resultado morte, todos com valores inferiores a quinhentos mil reais, com condenações entre trezentos e quinhentos salários mínimos.

17. Razoabilidade do valor arbitrado no caso dos autos, bem acima dos precedentes do STJ, tendo em vista as gravíssimas e reiteradas violações dos direitos da personalidade do Sr. Antônio Kliemann, esposa e filhos.

18. Recurso especial da União parcialmente provido, para reconhecer a prescrição da parcela referente aos danos materiais.

19. Recurso especial adesivo dos particulares improvido. (REsp 797.989/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 15/05/2008)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRISÃO E TORTURAA INTEGRANTE DO PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO. DANOS CONFIGURADOS. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE EXCEÇÃO. ARTIGOS DE LEI APONTADOS COMO VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELO ACÓRDÃO A QUO. SÚMULA 211/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES.

1. O STJ pacificou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195.

2. Os artigos 4º e 16 da Lei nº 10.559/2002 não foram prequestionados no Tribunal de origem, apesar de a parte ter opostos aclaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. No pertinente ao *quantum* indenizatório fixado pela instância *a quo*, o Superior Tribunal de Justiça consolidou

orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. O Tribunal de origem, ao considerar as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, entendeu por bem fixar o montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de danos morais e materiais.

5. Desse modo, considerando que a quantia fixada pelo Tribunal *a quo* a título de indenização por dano moral e material não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, forçoso concluir que a pretensão esbarra na vedação contida na Súmula 7 do STJ, por demandar a análise do conjunto fático-probatório dos autos.

6. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 200901918869, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJe DATA: 26/11/2010. DTPB:.)

Sendo assim, considerando as especificidades do caso apresentado, há de ser reduzida a indenização por danos morais para o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor proporcional à repercussão do evento danoso e em harmonia com o que vem sendo concedido pelo STJ em casos semelhantes.

Por outro lado, há de ser mantido o critério adotado na sentença quanto à partilha do valor da indenização, nos seguintes termos: 50% (cinquenta por cento) para o autor Jurandir Bezerra e a outra metade para os cinco netos, filhos de Jandira Bezerra, sucessores legítimos desta e arrolados como autores na petição inicial, a ser rateada entre eles em partes iguais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa necessária e à apelação da parte ré, para, reformando a sentença recorrida: a) julgar improcedente o pedido de condenação da União ao pagamento, em favor dos autores, da reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/2002; b) reduzir a indenização por danos morais, fixando-a no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.654-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: ARTUR GRANT DE OLIVEIRA NETO
Apelados: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E
DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBA-
MA, UNIÃO, MUNICÍPIO DE NATAL (RN) E ESTADO
DO RIO GRANDE DO NORTE
Repte.: PROCURADORIA DO IBAMA
Advs./Procs.: DRS. NILSON NELBER SIQUEIRA CHAVES, MARI-
SE COSTA DE SOUZA DUARTE E JOSÉ MARCE-
LO FERREIRA COSTA

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATI-
VO. AÇÃO POPULAR. ALEGADA NULIDADE EM
CONTRATO DE PERMUTA DE TERRENO DA
UNIÃO COM O MUNICÍPIO RESPONSÁVEL POR
CONSTRUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. ALEGADA
INVALIDADE DE LICENÇA AMBIENTAL ANTE A
FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL
MUNICIPAL. IRREGULARIDADES NÃO CONFI-
GURADAS.***

- Apelação contra sentença que, em sede de ação popular, julgou improcedentes os pedidos de nulidade de licença de instalação de obra pública – ponte sobre o estuário do Rio Potengi – e julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de nulidade do contrato de permuta de parcela de Próprio Nacional realizado entre a SPU e o Município de Natal, por ausência superveniente de interesse de agir, haja vista que tal avença restou revogada.

- O Contrato de Permuta objeto da lide (firmado em 28/06/1999) encontra-se devidamente representado, com participação dos órgãos competentes, inclusive representando a União no ato o Chefe Substituto da Fazenda Nacional no Rio Grande do Norte (§ 2º do art. 23 da Lei nº 9.636/98), lastreado, ainda, em expressa autorização

legislativa (cláusula sétima), em conformidade com art. 17 da Lei nº 8.666/93.

- Não há, portanto, qualquer ilegalidade/irregularidade no contrato em tela, registrando-se que já foram devidamente concluídas a obra já citada.

- O critério para a repartição de competências para o licenciamento ambiental é o da preponderância do interesse, cabendo ao IBAMA realizar o licenciamento quando o impacto ambiental for de relevância nacional ou regional.

- A obra em tela está totalmente em área do Município de Natal, não havendo demonstração de que suas instalações comprometem qualquer área de mangue ou de outros Municípios da região do estuário do Rio Potengi, conforme demonstrado nas respostas aos quesitos I e IV do Parecer Técnico nº 235/2005-AT, expedido pela Assessoria Técnica do Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente (IDEMA).

- Parecer do Ministério Público que opina pela manutenção da sentença de improcedência.

- Apelação improvida

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de ação popular proposta por Artur Grant de Oliveira Neto contra a União, o Estado do Rio Grande do Norte, o Município

de Natal, o IBAMA e o Consórcio Queiroz Galvão/Construbase, objetivando que sejam declaradas (i) a nulidade do ato administrativo, concretizado na Licença de Instalação nº 194/2004 - SEMURB, expedida pelo Município de Natal/RN e a (ii) nulidade do ato administrativo, concretizado no Contrato de Permuta de Parcela de Próprio Nacional por Obras de Construções e Benfeitorias em Terreno de União, que entre si fazem a União e o Município de Natal e do Protocolo de Intenções; (iii) a cominação de pena de multa diária aos réus, em caso de descumprimento de decisão proferida; (iv) a remessa da peça introdutória e dos documentos ao Ministério Público Federal, ante a possibilidade de conduta delituosa e a (v) condenação da ré ao ônus da sucumbência.

Liminar indeferida às fls. 444/447, sob o fundamento de que *“Em uma análise perfunctória da questão, não vislumbro a plausibilidade do direito invocado na inicial. (...) não existe a priori, vício de competência do licenciamento ambiental outorgado pelo IDEMA, devendo ser acolhida a ilegitimidade do IBAMA para afigurar no polo passivo desta actio. (...) Também não constato, neste primeiro exame, irregularidade quanto à cessão de terreno de marinha ou ilegalidade no Contrato de Permuta de Parcela de Próprio Nacional por Obras de Construções de Benfeitorias de Terreno da União Federal”*.

O MM. juiz de primeiro grau, julgou improcedentes os pedidos de nulidade de licença de instalação de obra pública – ponte sobre o estuário do Rio Potengi – e julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de nulidade do contrato de permuta de parcela do Próprio Nacional realizado entre a SPU e o Município de Natal, por ausência superveniente de interesse de agir, haja vista que tal avença restou revogada.

Irresignado, apelou o autor pugnando pela reforma do julgado recorrido, alegando, em síntese, que (i) o pedido da ação popular diz respeito à declaração de nulidade, não a sua revogação, (ii) que os motivos em torno da ilegalidade e lesividade que ensejaram a causa de pedir permaneceram; (iii) que o próprio ato da União de rescindir o Contrato de Permuta, após a propositura do processo judicial, deve ser interpretado como reconhecimento jurídico do pedido e (iv) que é da competência do IBAMA empreendimento situado em terreno de marinha.

Contrarrazões apresentadas às fls. 664/668, 671/672 e 674/678.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 691/692, opinado pelo improvimento do recurso, tendo em vista a consolidação da situação fática, eis que a Ponte NATAL-REDINHA já está devidamente concluída há vários anos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

I - Da nulidade/revogação do “Contrato de Permuta de Parcela de Próprio Nacional por Obras de Construções e Benfeitorias”, efetuado entre a União e o Município de Natal (28/06/1999).

Da leitura da sentença de fls. 630/638, depreende-se que *“Quanto ao pleito de nulidade do contrato de permuta de parcela de próprio nacional por obras de construções e benfeitorias em terreno de União Federal, formulado entre esta e o Município de Natal, resta caracterizada, como já ressaltado na decisão de fls. 574/577, a perda de objeto, pois tal avença já foi rescindida, de forma que restou completamente esvaziada a pretendida declaração de nulidade, por absoluta impossibilidade de se anular negócio que não mais existe, o que enseja a extinção do processo, sem resolução do mérito, por falta superveniente de interesse processual, nos termos do art. 267, VI, do CPC e, conseqüentemente, a exclusão da União do polo passivo da demanda”*.

O apelante ressalta, em sua peça recursal, que requer a anulação do ato administrativo, que se diferencia da revogação por recompor a legalidade violada, produzindo efeitos *ex tunc*.

De fato, a revogação é o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público, suprimindo os atos e seus efeitos, respeitando, contudo, os que já transcorreram. Desse modo, o ato revogado tem eficácia *ex nunc*. Já os atos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos (anuláveis/nulos), operando, via de regra, *ex tunc*.

Aduz o autor que o contrato de permuta em debate deixou de observar o art. 17 da Lei nº 8.666/93, que exige, entre outros, a demonstração de interesse público e autorização legislativa. Contudo, conforme se verifica do Parecer Técnico do Departamento de Controle de Impacto Ambiental - DCA (fls. 168/177) e da Licença de Instalação da Secretaria Especial de Meio Ambiente e Urbanismo (Município de Natal – fls. 183/184), o contrato administrativo em questão foi regularmente licitado e licenciado ambientalmente.

Além do mais, a ponte em questão, conforme ressaltado pela Construtora Queiroz Galvão S.A. às fls. 302/314, *“faz parte de sistema metropolitano de transporte interligando o litoral norte ao litoral sul, numa extensão territorial de 158 (cento e cinquenta e oito) Km, promovendo a demanda turística para o litoral, que se faz por intermédio da Ponte de Igapó, sabidamente com a sua capacidade saturada”*. Assim, é fato notório que a implantação da ponte foi responsável por um conseqüente crescimento econômico da região.

Por outro lado, o art. 23 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, prevê que:

Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência.

§ 1º A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade.

§ 2º A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação. (G.n.)

Em que pese a parte recorrente sustentar que a alienação de bens públicos dependem da autorização do Presidente da República, observa-se no parágrafo segundo do dispositivo acima transcrito que a competência para autorizar a alienação pode ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida, ainda, sua subdelegação.

Com efeito, o Contrato de Permuta, objeto da lide, encontra-se devidamente representado, com participação dos órgãos competentes, inclusive representando a União no ato o Chefe Substituto da Fazenda Nacional no Rio Grande do Norte, o que se coaduna com a norma legal trasladada, lastreado, ainda, em expressa autorização legislativa (cláusula sétima), em conformidade com art. 17 da Lei nº 8.666/93.

Não há, portanto, qualquer ilegalidade/irregularidade no Contrato em tela, registrando-se que já foram devidamente concluídas a obra já citada.

Ademais, o distrato e o novo contrato de permuta, os quais não são objetos da demanda, não estão eivados de qualquer vício, eis que, como no contrato anterior, encontram-se devidamente representados, com participação dos órgãos competentes.

II - Da competência para o licenciamento da obra - “Ponte Forte-Redinha”.

De início, para analisar a competência para concessão do licenciamento da obra em debate – Ponte Forte-Redinha –, vejamos o que estabelece o parágrafo único do art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/97:

Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. **Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.** (Negrito acrescido)

O critério para a repartição de competências para o licenciamento ambiental é o da preponderância do interesse, cabendo ao IBAMA realizar o licenciamento quando o impacto ambiental for de relevância nacional ou regional.

Convém destacar a possibilidade do IBAMA, nos termos do art. 23, VI, da CF/88, fiscalizar, no exercício do poder de polícia ambiental, as obras no intuito de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que deve ser feito, entretanto, nos limites estabelecidos pela legislação que rege a matéria. Desse modo, conforme o explanado acima, tal atribuição ou legitimidade da aludida autarquia federal deverá ser delimitada pela gradação do interesse que envolve o impacto ambiental.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Corte Regional:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. IBAMA. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. FISCALIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE EMBARGO/INTERDIÇÃO. ÓRGÃO ESTADUAL. TERMO DE COMPROMISSO DE REGULIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Apelação do IBAMA em face da sentença que julgou procedente o pedido para determinar a nulidade do Auto de Infração nº 721954 e do Termo de Embargo/Interdição nº 635054.

2. Pode haver competência do IBAMA para conceder licenças e fiscalizar atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente, mesmo em áreas eminentemente a cargo de órgãos ambientais estaduais, em caso de omissão ou insuficiência do órgão original. Ainda assim, sua atuação não tem o condão de suprimir ou sobrepujar a competência do órgão estadual.

3. A atuação da Administração Pública deve sempre estar em consonância com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Sendo assim, a imposição de sanções deve, portanto, levar em consideração o conjunto fático que envolve a situação, de maneira a equilibrar a resposta estatal à gravidade do ilícito cometido.

4. O apelado encontra-se regularizado perante o órgão ambiental estadual, o IDEMA/RN, já que junto a este celebrou termo de acordo para regularização de sua operação. Não se coaduna com a proporcionalidade, além de ferir a segurança jurídica, a atitude do IBAMA de multar e embargar o empreendimento.

5. Apelação improvida.

(TRF - 5ª Região, AC 558106/RN, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Terceira Turma, DJe 02/07/2013.)
(grifos acrescidos)

Com efeito, a antiga redação do *caput* do art. 10 da Lei nº 6.938/81, vigente à época dos fatos em apreço e alterada pela Lei Complementar nº 140/2011, somente previa, excetuado o caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional (§ 4º), a competência supletiva do IBAMA no tocante ao licenciamento de atividades capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Eis a disciplina legal:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente -SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis -IBAMA, **em caráter supletivo**, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Grifei)

Por outro lado, o § 2º do mencionado artigo afirmava que nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA o licenciamento ambiental dependeria de homologação do IBAMA. Por sua vez, a Resolução nº 237/97 do CONAMA, ao regulamentar o disposto no art. 10 da Lei nº 6.938/81, estabelece, em seu art. 4º, o seguinte:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

- I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.
- II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;
- III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;
- IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer

de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;
V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

Sobre o tema, trago à baila lições de Édis Milaré, *verbis*:

Nos termos do ordenamento vigente, a competência supletiva ocorre em duas hipóteses: (i) não observância de prazos legais para a emissão da licença (art. 14, § 3º, da LC 140/2011 c/c art. 16 da Res. CONAMA 237/1997), e (ii) inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente (art. 15 da LC 140/2011) (...).

Como se vê, dentre as hipóteses de competência supletiva, não está previsto o caso de atuação irregular ou viciada dos outros órgãos federativos competentes.

Ao que nos parece, nenhum órgão de qualquer ente federativo pode se arvorar em corregedor de seus congêneres, posto que tal não é função sua. Assim, os vícios porventura existentes devem ser sanados pelo próprio órgão do qual emanou. Qualquer interferência de outro órgão significaria atuação *contra legem*, afrontando o princípio da legalidade que rege toda atividade administrativa. Afinal, “se um pudesse declarar a nulidade do ato praticado pelo outro, este então poderia declarar a nulidade do ato praticado pelo primeiro e que declarou a nulidade do seu, dando início a uma espiral sem fim e com consequências catastróficas – tudo com fundamento na preservação do meio ambiente.”

Deveras, o exercício da competência decorre da lei e não do juízo sobre a qualidade do trabalho que está sendo realizado por determinado órgão do SISNAMA. Se há irregularidades no processo de licenciamento, elas devem ser sanadas e eventual responsabilidade dos agentes públicos devidamente apurada. **Competência supletiva não significa competência corretiva.** (g.n.)

(MILARÉ, Édis. Direito Ambiental. 8ª ed. rev. atual e reformulada. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 650/651.)

Assim, considerando as questões acima expostas, não vislumbro interesse nacional ou regional no empreendimento em co-

mento apto a justificar a competência do IBAMA para o licenciamento ambiental. Frise-se, ainda, que não restou configurada a presença de qualquer das hipóteses previstas no art. 4º da referida resolução.

Com efeito, a obra em tela está totalmente em área do Município de Natal, não havendo demonstração de que suas instalações comprometem qualquer área de mangue ou de outros Municípios da região do estuário do Rio Potengi, conforme demonstrado nas respostas aos quesitos I e IV, do Parecer Técnico nº 235/2005-AT, expedido pela Assessoria Técnica do Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente (IDEMA) (fls. 296/297). Vejamos:

(...) Portanto, no local da ponte não se constata ecossistema de vegetação de mangue, conforme pode ser observado nas fotografias e nos mapas de cobertura vegetal e nos mapas de uso e ocupação, além dos mapas de geomorfologia que não integrantes dos dois estudos de Impactos Ambientais e respectivos relatórios ambientais, elaborados para o mesmo objeto referente ao Projeto Básico da Ponte, assim como para a mesma área relativa ao Estuário Potengi.

QUESITO IV A construção da Ponte Forte-Redinha afeta o meio ambiente dos Municípios circunvizinhos ao Município de Natal? (...)

Não. Os impactos negativos são locais de pouca expressão, conforme podem ser constatados no local de construção, ou no EIA/RIMA, no item de Avaliação e Identificação dos Impactos.

(...) Diante dos fatos, a resposta é negativa, tendo em vista que os impactos adversos são locais e insignificantes, além dos procedimentos do Processo Administrativo do licenciamento pela Secretaria Especial de Meio Ambiente e Urbanismo - SEMURB, terem sido discutidos e acatados pelo IDEMA. (G.n.)

Destaque-se, por oportuno, que o próprio IBAMA, em sua contestação, sustenta que “a competência dos integrantes do SISNAMA para realizar o licenciamento ambiental tem como fundamento a extensão do impacto ambiental e a dominialidade do bem afetado. (...) O licenciamento ambiental dá-se em razão da abrangên-

cia do impacto ao meio ambiente e não em virtude da titularidade do bem atingido”.

Dessa forma, conclui-se que somente é cabível a atuação do IBAMA quando houver significativo impacto regional ou nacional, conforme a redação do art. 10 da Lei nº 6.938/81, o que não se afigura na hipótese dos autos, cujo impacto é eminentemente local e de pouca expressão, sendo, portanto, plenamente válida a licença ambiental concedida pela SEMURB.

Por fim, cumpre destacar que o Ministério Público opina pela manutenção da sentença de improcedência.

Ante todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 527.994-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: BANCO DO BRASIL S.A.
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ INÁCIO ROSA BARREIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTAS PÚBLICAS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS DO BANCO DO BRASIL S.A. EM TODO O PAÍS. SIGILO DE DADOS E DOCUMENTOS. AFASTAMENTO. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE OBTENÇÃO DE DADOS E DOCUMENTOS POR MERA REQUISIÇÃO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PEDIDO GENÉRICO, SEM QUALQUER RELAÇÃO COM INVESTIGAÇÃO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CURSO. COLISÃO COM A GARANTIA

CONSTITUCIONAL E DEMAIS NORMAS DO SISTEMA JURÍDICO. EXTRAPOLAÇÃO DOS PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a Ação Civil Pública nº 0000590-93.2010.4.05.8101 com o intuito de impor ao Banco do Brasil S.A. a obrigação de fornecer dados e documentos relativos à movimentação de contas por entidades integrantes da Administração Pública federal, estadual e municipal, em todo o país, afastando-se as Leis nºs 9.494/97 e 4.347/85, quando requisitadas pelo Ministério Público Federal, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário.

- Argumenta-se que a interpretação sistêmica do ordenamento positivo, especialmente os arts. 37 e 129 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 75/93, art. 8º, inc. IV, inspirada pelo princípio da publicidade e a teoria dos poderes implícitos, sobrepor-se-ia à garantia do sigilo bancário das contas públicas de modo a lhe permitir cumprir fielmente a missão institucional de promover investigações quanto a eventuais desvios ilícitos de conduta e ajuizar as respectivas ações de responsabilidade.

- A garantia do sigilo, nos termos postos pela LC nº 105/2001, aplica-se a todas as contas públicas geridas pelo Banco do Brasil S.A.. Essa exegese decorre da análise conjunta dos seguintes dispositivos: a) segundo o art. 1º, § 1º, inciso I, os bancos de qualquer espécie são considerados instituições financeiras e conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Por outro lado, o art. 5º, § 1º, elenca 15 tipos de operações financeiras, tanto realizáveis por entidades privadas, como públicas, em sentido amplo; b) as exceções ao sigilo estão expressamente estabelecidas nos §§ 3º e 4º do art.

1º, além do art. 5º, § 3º, e objetivam, precipuamente, a proteção do sistema financeiro nacional e combate à prática de ilícitos penais e administrativos, sem qualquer discrimen quanto à qualificação do crédito/débito ou titular do montante.

- Examinando-se pormenorizadamente toda a Lei Complementar nº 105/2001, conclui-se inexistir exceção de sigilo em razão da natureza jurídica do titular da conta ou mesmo da origem/destinação de seus valores. A garantia do sigilo, portanto, alcança todas as contas, inclusive as públicas. Afinal, aqui se impõe a interpretação restritiva das exceções, reverenciando-se a estatutura desse direito fundamental inserido no art. 5º da CF/88.

- Este Colegiado, recentemente, se pronunciou, em duas oportunidades, pela legalidade de o MPF requerer diretamente informações para a instrução de ações civis públicas de improbidade administrativa, sem a autorização prévia do Poder Judiciário. Trata-se da Apelação Cível nº 541.785/RN, da relatoria do Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt, julgada em 14 de novembro de 2013, e ao Agravo de Instrumento nº 136.527/PE, do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, apreciado em 27 de março de 2014. Tais precedentes não autorizam a acolhida desta apelação, no entanto.

- Do julgado mais recente, relevante destacar uma de suas premissas fundamentais e lição irretocável para o deslinde do tema sob análise, brilhantemente sintetizada neste item da ementa: “7. O pedido ministerial [quebra de sigilo] não é genérico, foi formulado em atenção a procedimento investigativo em curso, através da via judicial e foi deduzido de modo circunstanciado, fundamentado e consentâneo com os princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, atendendo às exigências constitucionais e às

inscritas na Lei Complementar nº 105/2001 (ex vi, especialmente, parágrafo 4º do art. 1º e do art. 3º). Ademais, o requerente justificou a urgência de sua postulação, pela proximidade do termo final do prazo prescricional para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa”.

- O caso concreto destoa frontalmente com essa exegese, pois a pretensão aduzida nesta ação civil pública é indubiosamente genérica, sem qualquer liame com indícios de irregularidades na realidade fática, e, conseqüentemente, sem uma fundamentação específica. Com efeito, o MPF não ventilou um único fato concreto na exordial, verbi gratia, um inquérito ou ação civil em andamento. Isso está refletido nos pedidos da ACP. Transcreve-se para espancar quaisquer dúvidas: a) “(...), seja determinada à parte requerida [Banco do Brasil S.A.] o cumprimento de obrigação de fazer consistente no fornecimento dos dados (cadastrais e de movimentação), incluindo-se os documentos (extratos, cheques, ordens bancárias, docs., teds etc.) relativos a contas movimentadas por entidades integrantes da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, sempre que requisitados pelo Ministério Público Federal, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00, por cada requisição); b) a extensão do decisum a todo o território nacional, sem limitação à circunscrição territorial ou à subseção judiciária (art. 16 da Lei 7.347/85), pelas razões expostas;”.

- Tais pedidos colidem com inúmeras normas do ordenamento jurídico, inclusive aquelas que regem a seara discricionária da atuação do Parquet, todas elas a exigir que a quebra de sigilo tenha por pré-requisito uma investigação ou procedimento administrativo específico. Pontuam-se as mais importantes numa gradação descendente

te de força cogente das leis.

- No ápice do direito positivo nacional, a Carta da República, em seu art. 129, autoriza ao Ministério Público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”. Logicamente, a interpretação desse dispositivo, segundo os princípios basilares do Estado de Direito, pressupõe a instauração primeiro de um procedimento administrativo e a requisição de dados a posteriori, com a devida fundamentação para fins de controle da legalidade do ato, inclusive segundo a teoria dos motivos determinantes, sem prejuízo de um possível exame jurisdicional subsequente (CF, art. 5º, XXXV).

- Em alinhamento harmonioso com tal diretriz, a Lei Complementar 75/93 dispõe em seu art. 7º que incumbe ao Ministério Público, sempre que necessário, ao exercício de suas funções institucionais: a) instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; b) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas e requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar.

- Finalmente, em conformidade com a Lei Complementar nº 105/2001, o Banco Central do Brasil e a CVM - Comissão de Valores Imobiliários têm o dever-poder de comunicar às autoridades competentes quaisquer indícios concretos de ilicitude. Saliento o art. 2º, § 1º. O fornecimento de dados e documentos, todavia, conforme os artigos 3º, 4º e 6º, pressupõe, igualmente, a existência de processo judicial ou administrativo, procedimento fiscal em curso ou requerimento de comissão parlamentar de inquérito devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

- Fica claro, portanto, a imprescindibilidade de, ao menos, um procedimento investigatório de conduta ilícita.

- Nessa moldura, o Ministério Público Federal almeja exercer na prática, fora do quadro legal posto, um papel fiscalizador que já está atribuído a outras instituições, a saber, aos Tribunais de Contas, ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários. Desnecessário, aliás, porquanto o art. 9º da Lei Complementar 105/2001 atribui a estes dois últimos órgãos estatais especializados a obrigação de, “se verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes”, provocarem o Ministério Público.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, fls. 107/116, na Ação Civil Pública nº 0000590-93.2010.4.05.8101 contra sentença de improcedência total da pretensão em *decisum* da lavra do MM. Juiz Federal Francisco Luís Rios Alves, da 15ª Vara Federal do Ceará, fls. 84/104.

O pleito consiste em impor ao Banco do Brasil S.A. a obrigação de fornecer dados e documentos relativos à movimentação

de contas por entidades integrantes da Administração Pública federal, estadual e municipal, em todo o país, afastando-se as Leis nºs 9.494/97 e 4.347/85, quando requisitadas pelo Ministério Público Federal, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário.

Irresignado, o *Parquet* argumenta que a interpretação sistêmica do ordenamento positivo, especialmente os arts. 37 e 129 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 75/93, art. 8º, inc. IV, inspirada pelo princípio da publicidade e a teoria dos poderes implícitos, sobrepor-se-ia à garantia do sigilo bancário das contas públicas de modo a lhe permitir cumprir fielmente a missão institucional de promover investigações quanto a eventuais desvios ilícitos de conduta e ajuizar as respectivas ações de responsabilidade.

Em sede de contrarrazões, fls. 123/136, o Banco do Brasil S.A. defende inexistir amparo legal a permitir ao Ministério Público requisitar-lhe diretamente dados protegidos pelo sigilo. Ao seu sentir, o MPF deve requerer ao ente público titular da conta bancária a expedição de ofício a autorizar expressamente o banco a fornecê-los ou, então, apresentar uma autorização judicial, conforme o art. 3º da Lei Complementar nº 105/2001.

O Ministério Público Federal de segundo grau opinou pelo provimento da apelação, fls. 140/149. Sustenta o representante do *Parquet*, em apertada síntese, inicialmente, que as contas públicas não gozam efetivamente da proteção de sigilo. Alternativamente, ainda que se entenda o contrário, haveria uma antinomia entre a LC nº 105/2001, de um lado, e o disposto no art. 8º, inciso VIII, c/c parágrafo 2º da LC 75/93, a ampliar os poderes investigatórios do MP. Essa colisão de normas deveria ser solucionada, hermeneuticamente, pelo princípio da especialidade e o de que toda interpretação deve buscar o máximo de eficácia das leis. Arremata: “Repise-se, no âmbito da Administração Pública, a publicidade é a regra, e o sigilo, a exceção”. Por fim, salienta que o Banco do Brasil S.A. é uma instituição de âmbito nacional e as informações valiosas que detém para instruir possíveis inquéritos e ações civis autorizariam uma tutela jurisdicional sem os limites territoriais estabelecidos pelas Leis nºs 9.494/97 e 4.347/85.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Como premissa maior do meu entendimento na matéria, tenho que a garantia do sigilo, nos termos postos pela LC nº 105/2001, aplica-se a todas as contas públicas geridas pelo Banco do Brasil S.A. Essa exegese decorre da análise conjunta dos seguintes dispositivos: a) segundo o art. 1º, § 1º, inciso I, os bancos de qualquer espécie são considerados instituições financeiras e conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Por outro lado, o art. 5º, § 1º, elenca 15 tipos de operações financeiras, tanto realizáveis por entidades privadas, como públicas, em sentido amplo; b) as exceções ao sigilo estão expressamente estabelecidas nos §§ 3º e 4º do art. 1º, além do art. 5º, § 3º, e objetivam, precipuamente, a proteção do sistema financeiro nacional e combate à prática de ilícitos penais e administrativos, sem qualquer discrimen quanto à qualificação do crédito/débito ou titular do montante.

Realmente, examinando-se pormenorizadamente toda a Lei Complementar nº 105/2001, conclui-se inexistir exceção de sigilo em razão da natureza jurídica do titular da conta ou mesmo da origem/destinação de seus valores. A garantia do sigilo, portanto, alcança todas as contas, inclusive as públicas. Afinal, aqui se impõe a interpretação restritiva das exceções, reverenciando-se a estatura desse direito fundamental inserido no art. 5º da CF/88.

De outro giro, não vislumbro antinomia entre essa norma e a LC nº 75/93.

Este Colegiado, recentemente, se pronunciou, em duas oportunidades, pela legalidade de o MPF requerer diretamente informações para a instrução de ações civis públicas de improbidade administrativa, sem a autorização prévia do Poder Judiciário. Refiro-me à Apelação Cível nº 541.785/RN, da relatoria do Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt, julgada em 14 de novembro de 2013, e ao Agravo de Instrumento nº 136.527/PE, do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, apreciado em 27 de março de 2014. Tais precedentes não autorizam a acolhida desta apelação, no entanto.

Do julgado mais recente, relevante destacar uma de suas premissas fundamentais e lição irretocável para o deslinde do tema sob análise. O ilustre relator sintetizou-a, brilhantemente, neste item da ementa: “7. O pedido ministerial [quebra de sigilo] não é genérico, foi formulado em atenção a procedimento investigativo em curso, através da via judicial e foi deduzido de modo circunstanciado, fundamentado e consentâneo com os princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, atendendo às exigências constitucionais e às inscritas na Lei Complementar nº 105/2001 (*ex vi*, especialmente, parágrafo 4º do art. 1º, e do art. 3º). Ademais, o requerente justificou a urgência de sua postulação, pela proximidade do termo final do prazo prescricional para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa”.

Pois bem, o caso concreto destoa frontalmente com essa exegese, pois a pretensão aduzida nesta ação civil pública é indubiosamente genérica, sem qualquer liame com indícios de irregularidades na realidade fática, e, conseqüentemente, sem uma fundamentação específica. Com efeito, o MPF não ventilou um único fato concreto na exordial, *verbi gratia*, um inquérito ou ação civil em andamento. Isso está refletido nos pedidos da ACP. Transcrevo-os para espancar quaisquer dúvidas, fls. 09/10: a) “..., seja determinada à parte requerida [Banco do Brasil S.A.] o cumprimento de obrigação de fazer consistente no fornecimento dos dados (cadastrais e de movimentação), incluindo-se os documentos (extratos, cheques, ordens bancárias, docs., teds etc.) relativos a contas movimentadas por entidades integrantes da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, sempre que requisitados pelo Ministério Público Federal, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00, por cada requisição); b) a extensão do *decisum* a todo o território nacional, sem limitação à circunscrição territorial ou à subseção judiciária (art. 16 da Lei 7.347/85), pelas razões expostas;”.

Ora, tais pedidos, sim, colidem com inúmeras normas do ordenamento jurídico, inclusive aquelas que regem a seara discricionária da atuação do *Parquet*, todas elas a exigir que a quebra de sigilo tenha por pré-requisito uma investigação ou procedimento administrativo específico. Pontuarei as mais importantes numa gradação descendente de força cogente das leis.

No ápice do direito positivo nacional, a Carta da República, em seu art. 129, autoriza ao Ministério Público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”. Logicamente, a interpretação desse dispositivo, segundo os princípios basilares do Estado de Direito, pressupõe a instauração primeiro de um procedimento administrativo e a requisição de dados *a posteriori*, com a devida fundamentação para fins de controle da legalidade do ato, inclusive segundo a teoria dos motivos determinantes, sem prejuízo de um possível exame jurisdicional subsequente (CF, art. 5º, XXXV).

Em alinhamento harmonioso com tal diretriz, a Lei Complementar 75/93 dispõe em seu art. 7º que incumbe ao Ministério Público, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: a) instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; b) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas e requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar.

Finalmente, em conformidade com a Lei Complementar nº 105/2001, o Banco do Central do Brasil e a CVM - Comissão de Valores Mobiliários têm o dever-poder de comunicar às autoridades competentes quaisquer indícios concretos de ilicitude. Saliento o art. 2º, § 1º.

O fornecimento de dados e documentos, todavia, conforme os artigos 3º, 4º e 6º da LC supracitada, pressupõe, igualmente, a existência de processo judicial ou administrativo, procedimento fiscal em curso ou requerimento de comissão parlamentar de inquérito devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

Fica claro, portanto, a imprescindibilidade de, ao menos, um procedimento investigatório de conduta ilícita.

Na realidade, parece-me evidente, o Ministério Público Federal almeja exercer na prática, fora do esquadro legal posto, um papel fiscalizador que já está atribuído a outras instituições, a saber, aos Tribunais de Contas, ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários. Desnecessário, aliás, ao meu sen-

tir, porquanto o art. 9º da Lei Complementar 105/2001 atribui a estes dois últimos órgãos estatais especializados a obrigação de, “se verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes”, provocarem o Ministério Público.

Sem mais delongas, sirvo-me deste precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região como fecho deste voto:

PROCESSUAL CIVIL. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. REQUERIMENTO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PEDIDO GENÉRICO.

1. Para a quebra do sigilo bancário pretendido, deve o Ministério Público Federal indicar os fatos, a razão do pedido, e, ainda, os destinatários da investigação.

2. Agravo improvido.

(AG 200301000393757, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 - QUARTA TURMA, DJ DATA: 25/02/2005. PÁGINA: 19.)

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 544.709-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: TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NÃO CUMULATIVOS. FRETE INTERCOMPANY. OPERAÇÃO DE VENDA NÃO CARACTERIZADA (ART. 3º, IX, L10.833). ENQUADRAMENTO COMO INSUMO (ART. 3º, II, L10.833). IMPOSSIBILIDADE.

- O frete intercompany, referente à alocação dos produtos acabados das indústrias para os centros de distribuição da empresa, configura sim-

ples transferência interna, não estando diretamente relacionado às operações de venda. Com efeito, apenas enseja o aproveitamento dos créditos de PIS/COFINS, nos termos do art. 3º, IX, da Lei nº 10.833/2003, o transporte de bens diretamente ao consumidor final. Precedentes desta Turma.

- Em que pese, em uma perspectiva econômica, a distribuição dos produtos das fábricas para as filiais ser etapa do iter percorrido pela mercadoria até chegar à sua destinação final, a “operação de venda”, enquanto negócio jurídico, é relação estabelecida estritamente entre os sujeitos fornecedor e adquirente. Deste modo, as etapas anteriores à destinação do produto ao consumidor final, ainda âmbito da empresa (fornecedora), não podem ser consideradas operações de venda.

- Na linha do que defende a doutrina mais moderna, o conceito de “insumo”, no campo tributário, não é uniforme para todas as exações. Assim, os conceitos encontrados no IPI não são, de fato, suficientes para abarcar todos os custos que podem gerar créditos de PIS/COFINS. Enquanto na legislação de regência daquele imposto, há referência tão só às despesas referentes à industrialização dos bens (matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem etc.) aqui, as receitas submetidas às contribuições não são unicamente decorrentes da venda de produtos industrializados.

- Se o conceito de insumo do IPI é demasiado restritivo, não é o caso de ir-se ao outro extremo, estendendo-o de tal modo a incorporar “todo e qualquer custo ou despesa necessário à atividade de empresa”, nos termos da legislação do IRPJ, como o quer o apelante. A não cumulatividade deve estar adstrita à materialidade do tributo – para PIS/COFINS, receita; para IR, lucro

líquido. Logo, também imprestável, o conceito de despesa operacional do RIR/99, de modo a equiparar PIS/COFINS a IR.

- Nesse contexto, de intermédio, primeiramente, há que se ter, por parâmetro, as próprias regras legais das contribuições em tela. Assim, o art. 3º, II, da Lei nº 10.833/2003 dispõe que a pessoa jurídica poderá descontar os créditos calculados em relação a “bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes”.

- Portanto, o conceito legal de insumo, para efeito de crédito de PIS/COFINS, abrange os dispêndios indispensáveis à produção de bens ou à prestação de serviços geradores de renda. Noutros termos, todos os itens diretamente relacionados com a produção do contribuinte e que afetem o montante das receitas tributáveis pelas contribuições constituem crédito utilizáveis na apuração destas.

- Por seu turno, Marco Aurélio Greco preconiza o critério da essencialidade ou relevância para análise do conceito de insumo, a ser entendido sob uma perspectiva dinâmica. Devem, assim, ser rechaçados como tal os gastos realizados por mera conveniência do contribuinte.

- Na hipótese dos autos, a apelante é empresa que se dedica às atividades de industrialização e comercialização de farinha de trigo, massas, biscoitos, margarinas e cremes vegetais. A ser assim, não é de entender-se o frete entre estabelecimentos, para distribuição dos produtos acabados às filiais, como inerente ou essencial à atividade econômica ou ao processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte. Tal custo é posterior ao processo de fabricação dos bens destinados à venda, não consistindo, pois, em insumo direto.

- Assim, seja como for, quer se entendendo insumo como o gasto relacionado diretamente ao processo produtivo, quer como aquele essencial a este, o frete intercompany não pode ser compreendido como tanto. É que ele corresponde a dispêndio elegível a título de mera conveniência da pessoa jurídica (não alcançando “perante o fator de produção o nível de uma utilidade ou necessidade”), visando à melhor distribuição dos bens fabricados ao adquirente final.
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação cível interposta pela parte autora contra a sentença de fls. 257-262, que, com base no art. 269, I, do CPC, denegou o mandado de segurança, cuja pretensão consistia em ser assegurado o direito ao aproveitamento de PIS e COFINS decorrentes de aquisições/despesas com fretes realizados entre diversos estabelecimentos do impetrante.

Entendeu o Juízo sentenciante que o frete entre os estabelecimentos de uma empresa não caracteriza “operação de venda” e, assim, não enseja o aproveitamento do crédito respectivo. Também, consoante decidido, o frete *intercompany* insere-se no conceito de insumo, por não integrar o ciclo de produção.

Em suas razões recursais, a apelante, requerendo a reforma da sentença, sustenta, primeiramente, que não merece ser acolhido o conceito restritivo adotado pelo Fisco relativo à “operação de venda” (art. 3º, IX, da Lei nº 10.833/2003). Deve este abarcar – aduz a recorrente –, para efeito de creditamento de PIS/COFINS sobre despesas com frete, não apenas a entrega da mercadoria vendida no endereço do adquirente, mas também a transferência do bem da unidade fabril para a filial.

Em seguida, a apelante alega que o frete *intercompany* configura insumo da operação de comercialização de sua produção para os fins do art. 3º, II, da Lei nº 10.833/2003. Nesse sentido, aduz que a acepção técnica da palavra “insumo” utilizada para efeitos da incidência de IPI não pode ser transplantada, sem a devida adequação, para interpretar a legislação da COFINS e do PIS.

Ainda, assevera que “*o aplicador da Lei não pode empreender interpretação que finde por tratar desigualmente as operações de venda praticadas pela indústria e comércio e aquelas praticadas pelos estabelecimentos exclusivamente comerciais, sob pena de violação ao princípio da isonomia tributária*”. No mais, defende que o entendimento do Fisco fere a capacidade contributiva, a razoabilidade, a proporcionalidade e a livre concorrência.

Contrarrazões às fls. 310-330.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O cerne da controvérsia devolvida a esta instância consiste em saber se o frete entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica configura despesa dedutível do valor devido a título de PIS/COFINS, quer por integrar a “operação de venda”, quer por configurar “insumo”, nos termos do art. 3º, II e IX, da Lei nº 10.833/2003.

Primeiramente, entendo que o frete *intercompany*, referente à alocação dos produtos acabados das indústrias para os centros de distribuição da empresa, configura simples transferência interna, não estando diretamente relacionado às operações de venda.

Com efeito, apenas enseja o aproveitamento dos créditos de PIS/COFINS, nos termos do art. 3º, IX, da Lei nº 10.833/2003, abaixo transcrito, o transporte de bens diretamente ao consumidor final.

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

(...)

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

(...)

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

Nesse sentido, em que pese, em uma perspectiva econômica, a distribuição dos produtos das fábricas para as filiais ser etapa do *iter* percorrido pela mercadoria até chegar à sua destinação final, a “operação de venda”, enquanto negócio jurídico, é relação estabelecida estritamente entre os sujeitos fornecedor e adquirente. Deste modo, as etapas anteriores à destinação do produto ao consumidor final, ainda âmbito da empresa (fornecedora), não são consideradas operações de venda.

Confiram-se os seguintes precedentes desta Turma:

MEDIDA CAUTELAR. TRIBUTÁRIO. FRETE *INTERCOMPANY*. TRANSFERÊNCIA DE PRODUTOS ACABADOS DA FÁBRICA PARA OS CENTROS DE DISTRIBUIÇÃO. OPERAÇÃO DE VENDA NÃO CARACTERIZADA. DIREITO DE CRÉDITO APENAS LEGÍTIMO NO CASO DE TRANSPORTE DE INSUMOS E MERCADORIAS DIRETAMENTE AOS CONSUMIDORES FINAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA CAUTELAR.

1. Trata-se de Medida Cautelar objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso V, do CTN.

2. Não está caracterizada a eventual possibilidade jurídica de aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS sobre o

frete *intercompany*, referente à transferência dos produtos acabados da fábrica para os centros de distribuição da empresa.

3. O frete devido em razão do transporte de um produto acabado entre o estabelecimento industrial de uma empresa e seus centros de distribuição, por não caracterizar uma operação de venda, não enseja o aproveitamento do crédito respectivo.

4. O direito de crédito do PIS e COFINS sobre os custos de frete somente é legítimo no caso de transporte de insumos e mercadorias diretamente aos consumidores finais, não alcançando os estabelecimentos distribuidores da mesma pessoa jurídica produtora.

5. Medida cautelar julgada improcedente.

(MC 3060/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 02/02/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 09/02/2012)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. FRETE *INTERCOMPANY*. TRANSFERÊNCIA DE PRODUTOS ACABADOS DA FÁBRICA PARA OS CENTROS DE DISTRIBUIÇÃO. OPERAÇÃO DE VENDA NÃO CARACTERIZADA. DIREITO DE CRÉDITO APENAS LEGÍTIMO NO CASO DE TRANSPORTE DE INSUMOS E MERCADORIAS DIRETAMENTE AOS CONSUMIDORES FINAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo interno interposto em face da decisão que denegou o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

2. Não está caracterizada a eventual possibilidade jurídica de aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS sobre o frete *intercompany*, referente à transferência dos produtos acabados da fábrica para os centros de distribuição da empresa.

3. O frete devido em razão do transporte de um produto acabado entre o estabelecimento industrial de uma empresa e seus centros de distribuição, por não caracterizar uma operação de venda, não enseja o aproveitamento do crédito respectivo.

4. O direito de crédito do PIS e COFINS sobre os custos de frete somente é legítimo no caso de transporte de insumos e mercadorias diretamente aos consumidores finais,

não alcançando os estabelecimentos distribuidores da mesma pessoa jurídica produtora.

5. Agravo improvido.

(AGTMC13060/02/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 10/11/2011, PUBLICAÇÃO: *DJe* 18/11/2011)

Já em relação à abrangência do conceito de insumo utilizado no art. 3º, II, da Lei nº 10.833/2003, sustenta a apelante não se poder transpor o conceito de insumo de IPI para as contribuições PIS/COFINS, em razão de os parâmetros para a não cumulatividade de tais tributos serem diversos. Nessa linha, assevera ser insumo, para a espécie, todos os custos necessários à formação do faturamento da empresa, no que estaria incluído o frete entre estabelecimentos.

Pois bem. Na linha do que defende a doutrina mais moderna, o conceito de “insumo”, no campo tributário, não é uniforme para todas as exações. Assim, os conceitos encontrados no IPI não são, de fato, suficientes para abarcar todos os custos que podem gerar créditos de PIS/COFINS. Com efeito. Enquanto na legislação de regência daquele imposto, há referência tão só às despesas referentes à industrialização dos bens (matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e bens que sofram alterações em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação), aqui, as receitas submetidas às contribuições não são unicamente decorrentes da venda de produtos industrializados.

Por oportuno, tenha-se em consideração que, embora a técnica da não cumulatividade seja comum a tais tributos, como os pressupostos de fato são diferentes em cada caso – para o IPI, o produto industrializado; para as contribuições, a receita/faturamento –, o conceito de insumo, para fins de creditamento, também refletirá tais particularidades.¹

¹ Nesse sentido, Marco Aurélio Greco: “No caso, estamos perante contribuições cujo pressuposto de fato é a receita ou o faturamento, portanto, sua não cumulatividade deve ser vista como técnica voltada a viabilizar a determinação do montante a recolher em função deles (receita/faturamento). Enquanto o

Se o conceito de insumo do IPI é demasiado restritivo, não é o caso de ir-se ao outro extremo, elasticendo-o de tal modo a incorporar “*tudo e qualquer custo ou despesa necessário à atividade de empresa*”, nos termos da legislação do IRPJ, como o quer o apelante. Deveras, insumo, despesa ou custo não são expressões equivalentes, sendo opção legislativa utilizar o primeiro em detrimento dos últimos, na legislação do PIS/COFINS (nesse sentido, v. TRF 3ª R., AMS 320043, j. 31/05/2012). Ademais, como visto no caso do IPI, a não cumulatividade deve estar adstrita à materialidade do tributo – para PIS/COFINS, receita; para IR, lucro líquido –, pois o pressuposto de fato do tributo é que condiciona os mecanismos legais referentes a ela. Logo, também imprestável, o conceito de despesa operacional do RIR/99, de modo a equiparar PIS/COFINS a IR.²

Nesse contexto, de intermédio, primeiramente, há que se ter, por parâmetro, as próprias regras legais das contribuições em tela. Assim, o art. 3º, II, da Lei nº 10.833/2003 dispõe que a pessoa jurídica poderá descontar os créditos calculados em relação a “***bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes***”.

processo formativo de um produto aponta no sentido de eventos a ele relativos, o processo formativo da receita ou do faturamento aponta na direção de todos os elementos físicos ou funcionais) relevantes para sua obtenção. Vale dizer, por mais de uma razão, o universo de elementos captáveis pela não cumulatividade de PIS/COFINS é mais amplo que o do IPI.” (Conceito de insumo à luz da legislação de PIS/COFINS. *In*: Revista Fórum de Direito Tributário - RFD, Belo Horizonte, nº 34, jul./ago. 2008, p. 34.)

² Este, aliás, vem sendo o entendimento atual adotado pelo CARF. Veja-se: “Destarte, entendo que o termo ‘insumo’ utilizado pelo legislador na apuração de créditos a serem descontados da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins denota uma abrangência maior do que MP, PI e ME relacionados ao IPI. Por outro lado, tal abrangência não é tão elástica como no caso do IRPJ, a ponto de abarcar todos os custos de produção e as despesas necessárias à atividade da empresa. Sua justa medida caracteriza-se como elemento diretamente responsável pela produção dos bens ou produtos destinados à venda, ainda que este elemento não entre em contato direto com os bens produzidos, atendidas as demais exigências legais.” (Acórdão nº 3301-00.654)

Portanto, o conceito legal de insumo, para efeito de crédito de PIS/COFINS, abrange os dispêndios indispensáveis à produção de bens ou à prestação de serviços geradores de renda. Noutros termos, todos os itens diretamente relacionados com a produção do contribuinte e que afetem o montante das receitas tributáveis pelas contribuições constituem crédito utilizáveis na apuração destas³. Deste modo, o preenchimento de tal conceito somente pode ser feito caso a caso, de acordo com as particularidades de cada contribuinte, não sendo possível enumerar taxativamente todos os eventos capazes de gerar crédito⁴.

Nessa linha, confira-se o seguinte precedente do TRF 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. LEIS 10.637/02 E 10.833/03. EC Nº 20/98. FUNDAMENTO DE VALIDADE. MP'S Nº 66/02 E 135/03. NÃO CUMULATIVIDADE. LEGITIMIDADE DA SISTEMÁTICA. RESTRIÇÃO AOS CRÉDITOS. OPÇÃO DO LEGISLADOR.

(...)

11. Somente os créditos previstos no rol do art. 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 são passíveis de serem descontados para a apuração das bases de cálculo do PIS e da Cofins. Se o legislador ordinário houve por bem restringir o benefício a certos créditos, não cabe ao Poder Judiciário aumentá-lo ou limitá-lo sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

12. Cinge-se a discussão à abrangência do conceito de insumo utilizado no inciso II do art. 3º em análise.

13. É certo, por um lado, que não se pode adotar, como fazem as Instruções Normativas nº 247/2002 (PIS) e nº 404/2004 (COFINS), o conceito restritivo da legislação do IPI. O conceito de insumo para efeito de crédito de PIS/COFINS é distinto daquele contido no IPI, como tem reiteradamente decidido a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CARF), de que é exemplo o Processo 11065.191271/2006-47 - 3ª

³ Cf. Acórdão nº 9303-01.740 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado em 09/11/2011.

⁴ Também neste sentido, o Acórdão nº 9303-01.740 da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Turma - 23 a 25 de agosto/2010). Por outro lado, também não é o caso de se elastecer o conceito de insumo a ponto de entendê-lo como todo e qualquer custo ou despesa necessária à atividade da empresa, nos termos da legislação do IRPJ, como já decidiu a 2ª Câmara da 2ª Turma do CARF no Processo nº 11020.001952/2006-22. Ressalte-se que a legislação do PIS e da COFINS usou a expressão “insumo”, e não “despesa” ou “custo” dedutível, como refere a legislação do Imposto de Renda, não se podendo aplicar, por analogia, os conceitos desta última (CTN, art. 108).

14. Somente pode ser considerado como insumo aquilo que é diretamente utilizado no processo de fabricação dos produtos destinados à venda ou na prestação dos serviços, e que deve ser avaliado caso a caso, não abrangendo custos ou despesas de fases anteriores nem de fases posteriores. Incluem-se nesta última hipótese os custos e despesas com propaganda, publicidade, marketing, promoções, comissões, pesquisas de mercado, relacionados à comercialização dos produtos. Por mais relevante que sejam tais custos ou despesas para o êxito da comercialização dos produtos pela apelante, não podem ser considerados insumos da atividade comercial por ela desenvolvida.

15. Precedente desta Corte.

16. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0005469-26.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 31/05/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/06/2012)

Por seu turno, Marco Aurélio Greco preconiza o critério da essencialidade ou relevância para análise do conceito de insumo, a ser entendido sob uma perspectiva dinâmica. Nessa linha, devem ser rechaçados como tal os gastos realizados por mera conveniência do contribuinte. Confira-se o seguinte excerto:

De fato, serão as circunstâncias de cada atividade, de cada empreendimento e, mais, até mesmo de cada produto a ser vendido que determinarão a dimensão temporal dentro da qual reconhecer os bens e serviços utilizados como respectivos insumos. (...)

Cumpra, pois, afastar a ideia preconcebida de que só é insumo aquilo direta e imediatamente utilizado no momen-

to final da obtenção do bem ou produto a ser vendido, como se não existisse o empreendimento nem a atividade econômica como um todo, desempenhada pelo contribuinte. (...)

O critério a ser aplicado, portanto, apóia-se na inerência do bem ou serviço à atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte (por decisão sua e/ou por delineamento legal) e o grau de relevância que apresenta para ela. Se o bem adquirido integra o desempenho da atividade, ainda que em fase anterior à obtenção do produto final a ser vendido, e assume a importância de algo necessário à sua existência ou útil para que possua determinada qualidade, então o bem estará sendo utilizado como insumo daquela atividade (de produção, fabricação), pois desde o momento de sua aquisição já se encontra em andamento a atividade econômica que – vista global e unitariamente – desembocará num produto final a ser vendido.⁵

Ora, na hipótese dos autos, a apelante é empresa que se dedica às atividades de industrialização e comercialização de farinha de trigo, massas, biscoitos, margarinas e cremes vegetais (fls. 49-52). A ser assim, não entendo o frete entre estabelecimentos, para distribuição dos produtos acabados às filiais, como inerente ou essencial à atividade econômica ou ao processo produtivo desenvolvido pelo contribuinte. Tal custo é posterior ao processo de fabricação dos bens destinados à venda, não consistindo, pois, em insumo direto.

Assim, seja como for, quer se entendendo insumo como o gasto relacionado diretamente ao processo produtivo, quer como aquele essencial a este, o frete *intercompany* não pode ser compreendido como tanto. É que ele corresponde a dispêndio elegível a título de mera conveniência da pessoa jurídica (não alcançando “*perante o fator de produção o nível de uma utilidade ou necessidade*”⁶), visando à melhor distribuição dos bens fabricados ao adquirente final.

⁵ Conceito de insumo à luz da legislação de PIS/COFINS. In: Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, nº 34, jul./ago. 2008, p. 6.

⁶ Marco Aurélio Greco. *Apud*: PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.

Por fim, correta, ainda, a conclusão do Juízo *a quo*, ao sentenciar que “a sistemática de produção, armazenagem e distribuição das mercadorias produzidas pela requerente é de sua própria responsabilidade, não havendo que se cogitar de ofensa aos princípios da isonomia, razoabilidade ou livre concorrência se aquela é diferente da metodologia adotada pelas demais empresas do ramo e gera mais ônus tributários à impetrante”. (Fl. 262)

Com base nos fundamentos acima, nego provimento à apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 554.446-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: UNIÃO, SEVERINO RAMOS FAGUNDES DA SILVA, ESTADO DE PERNAMBUCO E MUNICÍPIO DE CAMARAGIBE (PE)
Apelados: OS MESMOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. RENATA DOS SANTOS DINIZ E OUTROS E BRUNO BORGES LAURINDO E OUTROS

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DA DEMORA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELA REDE PÚBLICA. PACIENTE QUE VEIO A ÓBITO, NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELOS ENTES PÚBLICOS. APELAÇÕES INTERPOSTAS POR SEVERINO RAMOS FAGUNDES DA SILVA, REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, PELA UNIÃO, PELO ESTADO DE PERNAMBUCO, E PELO MUNICÍPIO DE CAMARAGIBE, EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA, CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE

O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL, PARA CONDENAR OS DEMANDADOS, SOLIDARIAMENTE, AO PAGAMENTO DE VINTE E CINCO MIL REAIS, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELO AUTOR.

- O genitor do ora autor foi acometido com câncer no sistema nervoso central, tendo sido tal enfermidade diagnosticada. Após tal diagnóstico, foi submetido à tratamento cirúrgico em outubro de 2010 e, em continuidade ao seu tratamento, foi-lhe indicado o uso do medicamento quimioterápico Temozolamida; droga esta recomendada, diante da capacidade de gerar uma melhora em tempo de sobrevida e progressão da doença dos pacientes que a utilizam.

- Em dezembro de 2010, a Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco informou que não poderia fornecer o medicamento requerido, porque o tratamento de pessoas com câncer seria de responsabilidade dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) e das Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON).

- Diante da negativa de fornecimento, o Sr. Isaías Fagundes da Silva ingressou com ação ordinária de fornecimento de medicamento com pedido de tutela antecipada, em 20 de janeiro de 2011, fls. 28-39. Em vista do indeferimento do pedido, obteve liminar substitutiva com a interposição do AGTR 113778, deferida por esta relatoria, em 14 fevereiro de 2011, fls. 87-88, em que foi determinado que fosse estabelecido prazo de dez dias para o cumprimento da medida.

- A medida liminar foi publicada no dia 04 de março de 2011, culminando com intimação dos entes públicos demandados em 24 de fevereiro de 2011 (termos de juntada dos mandados, fls. 90-93), sendo que o termo final do prazo de cumprimento veio a ocorrer em 07 de março de 2011,

ou seja, depois do falecimento do pai do demandante, em 01 de março de 2011, fl. 15.

- Traçando esse cotejo cronológico, chega-se à conclusão de que não houve qualquer descumprimento de ordem judicial, eis que o falecimento do pai do demandante ocorreu quando ainda em curso o prazo para o cumprimento da ordem judicial, ou seja, dentro do prazo de dez dias estipulado para o cumprimento.

- Além disso, não aproveita ao demandante, o fato de ter recebido a medicação pleiteada em 01 de junho de 2011, fl. 197, meses após a morte de seu genitor, na razoável argumentação trazida pelos entes públicos, de que o medicamento Temozolamida, não consta da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS, fls. 45-47, eis que o Estado, em sua atividade normal, não se porta como particular, porém, sujeito a rígidas e inflexíveis normas que regem os procedimentos de compras, também aplicados aos medicamentos, o que justifica a demora ocorrida neste excepcionalíssimo caso.

- Não se demonstra de forma cabal, a perfeita eficácia ou a utilidade do tratamento com a referida droga, ou seja, não se sabia da real probabilidade de cura do paciente se fosse submetido ao tratamento, mesmo porque, tudo indica um avançado estágio de propagação da doença, assim, o exíguo tempo transcorrido entre o diagnóstico e o óbito, cerca de cinco meses.

- O panorama traçado aponta para a inexistência denexo causal entre o evento morte, razão de pedir dos danos morais, e qualquer conduta ilícita do Estado, que se comportou estritamente dentro dos parâmetros normais exigidos pelas normas da Administração Pública.

- Malgrado a tese, veiculada pela douta julgadora, da aplicação do princípio da perda de uma chance – utilizado em indenizações decorrentes

de erro médico –, a exigir que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, esta, entretanto, não se aplica ao caso concreto, pois sequer foi demonstrada a responsabilidade civil.

- Resta ainda, a questão da subjetividade ativa da ação, na medida em que não se esmiúça, claramente, qual o dano moral sofrido pelo filho, não havendo, em definitivo, justa causa plausível para a deflagração da demanda, eis incomprovado o nexo do evento reputado danoso, com qualquer conduta comissiva ou omissiva do Estado, nem qualquer demonstração de prejuízo na esfera moral do postulante. Aliás, sequer se sabe sobre a existência de outros filhos ou familiares atingidos pela suposta e nunca comprovada ofensa imaterial, a ser quantificada em pretium doloris, fenecendo o pleito, inclusive pela ausência da condição da ação de legitimidade da parte.

- Reformada a sentença em desfavor do particular, resta prejudicada a apelação que discutia honorários advocatícios a serem suportados pelos entes públicos.

- Apelações da União, do Estado de Pernambuco, e do Município de Camaragibe providas, apelação do particular prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações da União, do Estado de Pernambuco, e do Município de Camaragibe e julgar prejudicada a apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 27 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações interpostas por Severino Ramos Fagundes da Silva, representado pela Defensoria Pública da União, pela União, pelo Estado de Pernambuco, e pelo Município de Camaragibe, em sede de ação ordinária, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar os demandados, solidariamente, ao pagamento de vinte e cinco mil reais, a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor.

Dos autos, se extrai, fls. 313-314: (...) *Em sua petição inicial de fls. 03/11, acompanhada dos documentos de fls. 12/98, o autor aduziu, em síntese: a) ser filho de Isaías Fagundes da Silva, que foi acometido de câncer no sistema nervoso central, com diagnóstico feito em setembro de 2010; b) ter procurado atendimento médico na rede pública, quando foi submetido a tratamento cirúrgico em outubro de 2010, indicando-se para a continuidade do seu tratamento o medicamento “Temozolamida”, autorizada pelo Ministério da Saúde, capaz de gerar melhora e sobrevida; c) ser tal medicação de custo elevado, razão pela qual a requereu na rede pública (Estado de Pernambuco), ante a inexistência de condições econômicas para a sua aquisição, tendo sido recusada sob o fundamento de competir aos “Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON” e “Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON” sendo de valor muito elevado para ser adquirida pela rede pública; d) ter o seu genitor ingressado com ação judicial visando à obtenção da referida medicação (Processo nº 0001037-32.2011.4.05.8300) que teve a tutela antecipada indeferida, decisão essa reformada em grau de agravo; e) antes que a medicação tenha sido efetivamente fornecida, seu genitor veio a falecer; f) terem incorrido os réus em conduta ilícita, decorrente da negativa em fornecer a medicação necessária, razão pela qual faz jus à indenização por danos morais.*

A sentença recorrida entendeu ocorrente a responsabilidade subjetiva por ato omissivo, que, reclama, além dos requisitos previstos para a responsabilidade objetiva, a comprovação do dolo ou culpa do agente público na conduta omissiva que deu causa ao resultado danoso.

Com efeito, reconhecendo, para o caso concreto, razoável probabilidade de que a oportunidade, de que foi privada a vítima, pudesse influir no resultado final, aplicando a teoria, oriunda do Direito Francês, da perda de uma chance – *perte d'une chance*.

A União, fls. 344-376, sustenta, em síntese, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, para figurar em ação de fornecimento gratuito de medicamento e, no mérito, a inexistência de nexo causal entre a conduta dos agentes públicos e a morte do genitor do demandante, que a distribuição de medicamentos deve ser realizada de acordo com a política pública definida para tanto, e, por fim, que o acolhimento da pretensão implica em judicialização do direito à saúde.

O demandante alega, fls. 381-389, que a União também deveria ter sido condenada ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública, eis que referidas verbas destinam-se ao aparelhamento do órgão defensorio e pleno exercício das suas funções institucionais.

O Estado de Pernambuco, fls. 395-414, aduz, inicialmente, a não aplicação da teoria da perda de uma chance, considerando que a medicina, não sendo ciência exata, não se pode tratar a matéria com provável cura de enfermidade, vislumbrando-se, apenas, mera possibilidade, que o simples fato de ser filho do falecido, não caracteriza por si só, a existência de dano moral, que o óbito ocorreu antes do término do prazo determinado pela justiça para a entrega do medicamento, a inexistência de responsabilidade civil, a inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao presente caso, que não restou comprovado o dano moral e que o valor da condenação se afigura excessiva.

O Município de Camaragibe, fls. 417-430, alega que não se encontram presentes os requisitos ensejadores da responsabilização do ente municipal por danos morais, que o óbito do paciente ocorreu antes do decurso do prazo determinado para o fornecimento do medicamento, não tendo sido praticado qualquer ato ilícito.

Foram apresentadas contrarrazões pelo demandante, fls. 437-444, e pela União, fls. 451-453.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelações interpostas por Severino Ramos Fagundes da Silva, pela União, pelo Estado de Pernambuco, e pelo Município de Camaragibe, em sede de ação ordinária, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar os demandados ao pagamento de vinte e cinco mil reais, a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor.

Da própria inicial colho a seguinte descrição dos fatos: *O Sr. Isaías Fagundes da Silva, genitor do ora autor, foi acometido com câncer no sistema nervoso central, tendo sido tal enfermidade diagnosticada. Após tal diagnóstico, ele foi submetido a tratamento cirúrgico em outubro de 2010 e, em continuidade ao seu tratamento, foi-lhe indicado o uso do medicamento quimioterápico Temozolamida; droga esta recomendada para os casos como o do Sr. Isaías, pois tem a capacidade de gerar uma melhora em tempo de sobrevida e progressão da doença dos pacientes que a utilizam, fl. 3v.*

Mais adiante, afirma que, em dezembro de 2010, a Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco informou que não poderia fornecer o medicamento requerido, porque o tratamento de pessoas com câncer seria de responsabilidade dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) e das Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON).

Diante da negativa de fornecimento, o Sr. Isaías Fagundes da Silva ingressou com ação ordinária de fornecimento de medicamento com pedido de tutela antecipada, em 20 de janeiro de 2011, fls. 28-39. Em vista do indeferimento do pedido, obteve liminar substitutiva com a interposição do AGTR 113778, deferida por esta relatoria, em 14 fevereiro de 2011, fls. 87-88, em que foi determinado que fosse estabelecido prazo de dez dias para o cumprimento da medida.

A medida liminar foi publicada no dia 04 de março de 2011, culminando com intimação dos entes públicos demandados em 24 de fevereiro de 2011 (termos de juntada dos mandados, fls. 90-93), sendo que o termo final do prazo de cumprimento veio a ocor-

rer em 7 de março de 2011, ou seja, depois do falecimento do pai do demandante, em 1º de março de 2011, fl. 15.

Traçando esse cotejo cronológico, chega-se à conclusão de que não houve qualquer descumprimento de ordem judicial, eis que o falecimento do pai do demandante, ocorreu quando ainda em curso o prazo para o cumprimento da ordem judicial, ou seja, dentro do prazo de dez dias estipulado para o cumprimento.

Além disso, não aproveita ao demandante, o fato de ter recebido a medicação pleiteada em 1º de junho de 2011, fl. 197, meses após a morte de sue genitor, na razoável argumentação trazida pelos entes públicos, de que o medicamento Temozolamida não consta da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS, fls. 45-47, eis que o Estado, em sua atividade normal, não se porta como particular, porém, sujeito a rígidas e inflexíveis normas que regem os procedimentos de compras, também aplicados aos medicamentos, o que justifica a demora ocorrida neste excepcionalíssimo caso.

Prosseguindo, não se demonstra de forma cabal, a perfeita eficácia ou a utilidade do tratamento com a referida droga, ou seja, não se sabia da real probabilidade de cura do paciente se fosse submetido ao tratamento, mesmo porque, tudo indica um avançado estágio de propagação da doença, assim, o exíguo tempo transcorrido entre o diagnóstico e o óbito, cerca de cinco meses.

O panorama traçado aponta para a inexistência de nexo causal entre o evento morte, razão de pedir dos danos morais, e qualquer conduta ilícita do Estado, que se comportou estritamente dentro dos parâmetros normais exigidos pelas normas da Administração Pública.

Malgrado a tese, veiculada pela douta julgadora, da aplicação do princípio da perda de uma chance – utilizado em indenizações decorrentes de erro médico –, a exigir que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, esta, entretanto, não se aplica ao caso concreto, pois sequer foi demonstrada a responsabilidade civil.

Resta ainda, a questão da subjetividade ativa da ação, na medida em que não se esmiúça, claramente, qual o dano moral

sofrido pelo filho, não havendo, em definitivo, justa causa plausível para a deflagração da demanda, eis incomprovado o nexo do evento reputado danoso, com qualquer conduta comissiva ou omissiva do Estado, nem qualquer demonstração de prejuízo na esfera moral do postulante. Aliás, sequer se sabe sobre a existência de outros filhos ou familiares atingidos pela suposta e nunca comprovada ofensa imaterial, a ser quantificada em *pretium doloris*, fenecendo o pleito, inclusive pela ausência da condição da ação legitimidade da parte.

Reformada a sentença em desfavor do particular, resta prejudicada a apelação que discutia honorários advocatícios a serem suportados pelos entes públicos.

Por este entender, dou provimento à apelação da União, do Estado de Pernambuco, e do Município de Camaragibe e julgo prejudicado o recurso do particular.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 564.921-PB

Relator

p/ Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Apelante: MUNICÍPIO DE SOUSA (PB)

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO

Adv./Proc.: DRA. RENATA ARISTÓTELES PEREIRA (APTE.)

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP. ATUAÇÃO NA ÁREA DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. IMPROCEDÊNCIA. - A descrição do objeto de termo de parceria, consistente na operacionalização do programa Farmácia Popular, não se afasta do âmbito demarcado pelo art. 3º, IV, da Lei 9.790/99, qual seja o da promoção gratuita da saúde.

- A moldagem do Plano Diretor do Aparelho de Estado, por parte dos autores (Executivo e Legislativo), permite a prestação de ações e serviços de saúde como atividade privada de interesse público, situação ocorrente com o termo de parceria firmado entre ente político e OSCIP, cujo concerto constitucional, obtido pela chancela do Supremo Tribunal Federal quanto à Lei 9.637/98 em sede cautelar na ADI 1.923-5-DF (rel. Min. Eros Grau), igualmente se afigura extensível, com algumas adaptações, à Lei 9.790/99.

- Na situação vivenciada nos autos, o termo de parceria impugnado não retrata que o Município de Sousa (PB) tenha abdicado da gestão do serviço, pois, além da estipulação de programa de trabalho, com as respectivas metas (Apenso 1, fl. 36), restou a cargo do parceiro público o dever de acompanhar, supervisionar e fiscalizar a execução do ajuste (Apenso 1, ver fl. 38), sem esquecer a existência de previsão no sentido de competir ao parceiro de direito privado a observância, no transcurso de suas atividades, das orientações emanadas do parceiro público (Apenso 1, fl. 37).

- A exemplo do deliberado cautelarmente na ADI 1.923-5-DF, a respeito da possibilidade de celebração de contrato de gestão com base na previsão de qualificação constante da Lei 9.637/98 (arts. 1º e 5º), tem-se como razoável a conclusão da constitucionalidade da Lei 9.790/99 (art. 1º e 9º), ao prever a qualificação de entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público como pressuposto para a celebração de termo de parceria, tendo em vista a inegável semelhança de tais diplomas quanto a esse aspecto. A compreensão é sufragada por parcela da doutrina, à consideração de que o termo de parceria se assemelharia à figura do convênio, por-

tanto, não se situaria dentro do raio de incidência do art. 2º da Lei 8.666/93.

- Apelação e remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente. Ausência de condenação em honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para: a) condenar o Município de Sousa a ressarcir a prestação dos serviços públicos de saúde à população que tenham sido objeto de repasse à INTERSET e outras organizações da sociedade civil de interesse público, em prazo de 30 dias, a fim de assegurar a continuidade dos serviços, cessando, ao final do prazo, os repasses de recursos financeiros do SUS a essas entidades, mediante comprovação ao Juízo, sendo que diante da excepcionalidade poderá haver concursos públicos necessários aos provimentos das vagas em prazo a ser fixado; b) anular todo e qualquer termo de parceria que tenha sido firmado pelo Município de Sousa com a INTERSET tendo por objeto a prestação de serviços públicos que, antes do respectivo contrato ou ajuste, fossem prestados diretamente pelo Município; c) proibir o repasse de qualquer montante oriundo do SUS à INTERSET caso o projeto da Lei nº 12./2006 seja aprovado. Para

o descumprimento, determinou a incidência de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Sustenta o Município, em suma, em seu recurso, que agiu dentro da legalidade e que a opção de contratação temporária em questão visou o melhor atendimento da política de saúde. Defende ser possível a contratação de OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para desempenho de serviços de saúde. Alega que a contratação de agentes de saúde para atuar no Programa Saúde da Família vem trazendo uma grande dificuldade para a maioria dos municípios. Por se tratar de um programa do Governo Federal, a realização de concurso público para admissão de médicos, enfermeiros e demais agentes traz insegurança em função do término do programa, pois não se tem garantia de que seja permanente.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Após o voto do relator, Desembargador Ivan Lira, o qual proveu em parte apelação do Município e a remessa oficial, considerada como interposta, unicamente para reduzir, para o montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a multa por descumprimento à obrigação de fazer fixada na sentença, pedi vista dos autos.

Como visto, trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra ente municipal e a INTERSET. Ao julgar o feito, o juiz monocrático acolheu o pedido, invalidando termo de parceria firmado entre os réus e, de conseguinte, seguiu-se determinação, para o fim da comuna reassumir a prestação dos serviços de saúde.

Com o devido respeito, manifesto divergência. A demanda se

apoia em três fundamentos. O primeiro deles diz respeito à suposta aplicação errônea da Lei 9.770/99. Isso porque o art. 3º, IV, do referido diploma legal, ao enumerar os objetivos das organizações da sociedade civil de interesse público, elencou o da promoção gratuita da saúde, enquanto o termo de parceria, que se encontra no Apenso I (fl. 28), descreve o seu objeto como o “Operacionalizar o Programa Farmácia Popular”, a ser desenvolvido por vínculo cooperativo entre as partes.

Tal objeto, a meu sentir, não destoa do âmbito do que se pode visualizar como ação estatal de saúde, mas, antes, como atuação indispensável à concretização de uma política de saúde. Para o êxito desta, muitas vezes o fornecimento de medicamentos é uma peça chave.

Igualmente, a alegação de que os profissionais que prestam serviços em nome da litisconsorte passiva estariam percebendo remuneração quitada pelo erário municipal e, simultaneamente, do ente de direito privado, poderá, em tese, consistir-se em irregularidade, a ser apurada na forma devida. Em nenhum momento, essa circunstância – pelo menos da forma como deduzida – não é capaz de invalidar, por completo, o termo de parceria.

Outro argumento sustentado consiste na circunstância de que a Administração Pública não poderia transferir a gestão dos serviços de saúde à iniciativa privada, uma vez esta somente atuar em dita área em caráter complementar.

Mais uma vez divirjo e, para tanto, invoco o cenário que permeou a Administração Pública Federal a partir do Plano Diretor da Reforma de Estado. Elaborado durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, define os setores do Estado, dentro dos quais se insere o dos serviços não exclusivos. Neste estão os serviços de educação e de saúde.

E assim o é porque o art. 197 da Lei Maior, em sua segunda parte, enfatiza que a execução das ações e serviços de saúde deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Analisando esse aspecto, Maria Sylvia Zanella di Pietro (Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares). *In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito*

administrativo – obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 434-435. FIGUEIREDO NETO, Diogo de (Coord.) afirma que, no que diz respeito especialmente às ações de educação e de saúde, estas podem ser prestadas sob variadas formas, quais sejam como atividade privada, como serviço público e ainda como atividade privada de interesse público.

No que concerne à última das modalidades, expõe:

c) como atividade privada de interesse público, prestada por particulares, porém com variadas formas de fomento pelo poder público; aqui é que entra o chamado terceiro setor, expressão que, na linguagem da reforma do Estado, abrange entidades da sociedade civil que prestam atividades de interesse público sem fins lucrativos; elas não se enquadram no Estado, que é o primeiro setor, nem se identificam como mercado, que é o segundo setor. Elas ficam a meio caminho entre o público e o privado.

Daí se vê que a tese sustentada pelo recorrido perde – e muito – em substância.

Em reforço, não se pode desconhecer que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a compatibilidade vertical da Lei 9.637/98 por ocasião da Medida Cautelar na ADI 1.923-5-DF (julg. por maioria, em 01/08/2007, relator para acórdão, Min. Eros Graus, e publ. no *DJe* de 09/08/2007), teve como lastro o voto-vista do Min. Gilmar Mendes – que, pela senda do convencimento, ensejou retração de anterior pronunciamento, igualmente substancioso, do Min. Eros Grau – no qual se assentou a possibilidade do Estado, diante do contexto de sua reforma, transferir às organizações sociais, ente integrante do chamado Terceiro Setor, a execução de ações e serviços de saúde, o que se aplica, com as adaptações devidas, às organizações da sociedade civil de interesse público.

A pujança dos argumentos de dito voto – cuja transcrição aqui é omitida – fala por si.

Volvendo-se ao caso concreto, mais precisamente ao termo de parceria impugnado, não vislumbro que tenha a comuna paraibana abdicado da gestão do serviço. Além da estipulação de programa de trabalho, com as respectivas metas (apenso 1, fl. 36),

restou a cargo do parceiro público o dever de acompanhar, supervisionar e fiscalizar a execução do ajuste (apenso 1, ver fl. 38).

Isso sem esquecer previsão no sentido de competir ao parceiro de direito privado a observância, no transcurso de suas atividades, das orientações emanadas do parceiro público (apenso 1, fl. 37).

É patente, pois, que a Administração não renunciou à sua tarefa de controle.

Por último, é questionada a ausência de prévio procedimento licitatório para a eleição do parceiro público.

Ora, se o Pretório Excelso, quando do exame cautelar da ADI 1.923- 5-DF, compreendeu pela possibilidade, com base na previsão de qualificação constante da Lei 9.637/98 (arts. 1º e 5º), como pressuposto para a celebração de contrato de gestão, da mesma forma é possível, num primeiro súbito de olhos, aportar-se no remate da constitucionalidade da Lei 9.790/99 (arts. 1º e 9º), ao prever a qualificação de entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público como pressuposto para a celebração de termo de parceria.

É razoável essa conclusão, pois, no particular, os diplomas adotam sistemática semelhante.

De outro lado, a doutrina parece não acolher a versão do recorrido. Dentre os autores, Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Parcerias na Administração Pública, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219*) acentua que o termo de parceria, ao contrário do contrato de gestão, não possui natureza contratual, assemelhando-se muito mais com os convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para fins de fomento, de modo que, nessa condição, conforme mencionou a autora em momento anterior (loc. cit., p. 195), não há que incidir o art. 2º da Lei 8.666/93. Nem, por igual, a norma-marco do art. 37, XXI, da Constituição.

O entendimento vem confirmado por Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 39*), igualmente ao argumento de se cuidar de convênio.

Não há aqui nenhuma manifestação de preferência pessoal por aderir a nenhum modelo de gestão da atividade administrativa. Apenas o registro de que os atores políticos (Executivo e Legislativo), no uso de suas atribuições legitimadas pelo voto, moldaram o chamado Terceiro Setor e assim o fizeram mediante legislação que passou pelo exame de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conforme se pode ver da *ratio decidendi* que se extrai da ADI 1.923-5-DF (Medida Cautelar).

Diante disso, constitui decisão política do gestor a de executar as ações e serviços de saúde diretamente ou mediante contrato de gestão ou termo de parceria.

Da mesma forma – é preciso que se frise – que a adoção da transferência da prestação de ditos serviços às entidades do Terceiro Setor, em nenhum instante, preordena-se a imunizar a prática do cometimento de atos ilícitos, afastando a sua responsabilidade civil, administrativa e criminal.

Se o conjunto do ordenamento não é bastante a esse respeito, incisivos se mostram os arts. 8º, 12 e 13 da Lei 9.790/99.

Com essas considerações, e com as vênias de estilo, voto pelo provimento da apelação e da remessa oficial, julgando improcedente o pedido.

Sem honorários. Custas, na forma da lei.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 564.995-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelantes: RITA DE CÁSSIA FERREIRA E OUTROS, CAIXA
ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CAIXA SEGURA-
DORA S/A
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE MELO JÚNIOR E
OUTROS, SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO E
OUTROS E EDUARDO JOSÉ DE SOUSA L. FOR-
NELLOS E OUTROS

***EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPON-
SABILIDADE CIVIL. MÚTUO HABITACIONAL.
SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH.
PRÉDIO COM RISCO DE DESMORONAMENTO.
VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO EVIDENCIADOS EM
LAUDO JUDICIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDE-
RAL - CEF. AGENTE FINANCEIRO. RESPONSÁ-
BILIDADE SOLIDÁRIA COM A CAIXA SEGURA-
DORA S/A, PELA SOLIDEZ DO IMÓVEL. COBER-
TURA SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. INOCOR-
RÊNCIA. RECUPERAÇÃO DO PRÉDIO SINIS-
TRADO. MULTA DECENDIAL. MAJORAÇÃO DA
VERBA HONORÁRIA.***

***- Os autores/apelantes são proprietários de uni-
dades habitacionais no Bloco 34 do Conjunto
Habitacional Marcos Freire, caracterizado como
“prédio caixão”, situado em Jaboatão dos Gua-
rarapes/PE, construído com financiamento do
Sistema Financeiro da Habitação - SFH, e pre-
tendem a responsabilização civil da Caixa Segura-
dora S/A e da Caixa Econômica Federal, esta
última como agente financeiro, pelos danos ma-
teriais suportados em virtude de vícios de cons-
trução, encontrando-se o Edifício com ameaça
de desmoronamento.***

- O colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos autos do Resp 1.091.363/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, analisou a questão do interesse de intervenção da Caixa Econômica Federal nos processos que envolvem seguro de mútuo habitacional, pacificando o entendimento segundo o qual estaria configurado o interesse da instituição financeira quando se tratar de apólices públicas (ramo 66) e o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais-FCVS, situação em que se enquadra a hipótese dos autos. Legitimidade passiva ad causam da Caixa configurada.

- Legitimidade da Caixa Seguradora S/A para figurar no polo passivo da lide, decorrente do fato da mesma ser a responsável pela cobertura securitária do empreendimento.

- Quadra salientar que a própria Seguradora, após o ajuizamento da presente ação, deu início a obra de reforço estrutural do prédio, reconhecendo, portanto, a cobertura securitária, consoante relatado na petição de fls. 822/824, tendo a obra sido paralisada por ordem do MM. Juiz de Direito, para evitar a destruição da prova da causa do sinistro e para se estabelecer a forma de recuperação do prédio.

- No caso, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE, decidiu pela responsabilidade solidária entre a Seguradora e a CEF, como agente financeiro, pelos vícios de construção do imóvel, razão pela qual determinou a remessa dos presentes autos para a Justiça Federal, tendo em vista que a ação tinha sido inicialmente ajuizada na Justiça Estadual.

- Este Tribunal, por sua vez, no julgamento do AGTR nº 119.873-PE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (convocado), em 19-4-2012, ao ana-

lisar a preliminar em foco, decidiu: “Agravo provido para determinar que a Seguradora e a CEF arquem, solidariamente, com os custos de aluguel no valor expresso nos contratos de locação apresentados pelos agravantes até a quantia de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais), consoante requerido na petição inicial da Ação de Indenização Securitária – fls. 93/136, até o julgamento final da referida ação”.

- No tocante ao prazo prescricional para as ações de indenização por danos de vícios de construção, nos contratos envolvendo mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, é de 20 anos, na vigência do Código Civil de 1916, e de 10 anos, na vigência do Código Civil atual, respeitada a regra de transição prevista no art. 2028 do Código Civil de 2002.

- No presente caso, aplica-se o prazo de 20 anos previsto no Código Civil de 1916, tendo em vista que os autores tomaram ciência dos vícios do imóvel em 2002, ainda na vigência do antigo Código Civil (o novo só entrou em vigor em 11-1-2003), quando foi deflagrado o início do prazo prescricional (actio nata), por ocasião da expedição do Termo de Interdição Administrativa do prédio pelo Poder Público Municipal, em 24-5-2002, e a ação foi ajuizada em 12-7-2002, de modo que não há que se falar em consumação do lapso prescricional.

- Alegação de competência absoluta do Juizado Especial Federal para processar e julgar o feito, em razão do valor atribuído à causa ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, que não prospera.

- No caso em tela, o valor atribuído à causa – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – não guarda qualquer relação com o conteúdo econômico da demanda – que gira em torno de valores expressivos, certamente muito superiores ao limite de 60 (ses-

senta) salários mínimos estabelecidos na Lei nº 10.259/01, já que se pede na inicial uma indenização para fazer face à recuperação estrutural do imóvel, se possível, ou, se não, o pagamento de indenização para a demolição, o desentulho do local e a posterior reconstrução integral dos apartamentos.

- Preliminar de nulidade da sentença, que conteria condenação em objeto diverso do demandado (extra petita), na parte relativa à recuperação/reabilitação do prédio pelas rés, que se rejeita.

- Embora o pedido dos autores tenha consistido na condenação das rés na obrigação de pagar o valor necessário à reposição do bem sinistrado, o objetivo final, que era o conserto integral da coisa, foi plenamente atendido com o dispositivo sentencial, que condenou as rés na obrigação de fazer/recuperar o imóvel, por sua conta e risco, consoante expressa previsão na apólice securitária (cláusula 12ª), como uma das formas de reparação do dano (a outra forma era a indenização, prevista na cláusula 11ª); não há que se falar, assim, em sentença extra petita.

- Em relação à preliminar de ilegitimidade dos autores portadores dos “contratos de gaveta”, para requererem a cobertura securitária, rejeita-se, tendo em vista que os mesmos são sucessores legítimos dos mutuários originais, sub-rogados em todos os termos da relação jurídica de financiamento imobiliário, nos termos da jurisprudência do STJ (REsp 890.579-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU de 17-4-2008).

- Quanto à alegação da CEF de que haveria indevido litisconsórcio ativo multitudinário, não prospera, tendo em vista que a própria empresa pública federal reconheceu, à fl. 2829, que todos os contratos em questão possuem apólices públicas vinculadas ao SFH (ramo 66), e cobertura

pelo FCVS, o que caracteriza, no mínimo, a afinidade de questões por um ponto comum de fato (art. 46, IV, do CPC). Por outro lado, os autores são todos proprietários de unidades habitacionais no mesmo bloco do “edifício caixaão”, daí ser patente a comunhão de direitos a legitimar o litisconsórcio ativo facultativo, nos termos do art. 46 do CPC.

- E, ao contrário do alegado pela CEF, não há litisconsórcio passivo necessário com a Construtora responsável pela obra, mas sim litisconsórcio facultativo, uma vez que, demonstrada a existência de vício de construção, suficiente para a responsabilização também da Construtora pelos danos materiais causados aos substituídos, legítimo se revela o direito dos ora réus ao ajuizamento de ação regressiva autônoma contra a referida empresa.

- No tocante à ocorrência de vícios de construção no imóvel sob foco, ficou plenamente caracterizada nos autos, mediante a realização de Perícia Técnica Judicial, além de Termo de Interdição Administrativa.

- Concluiu o Experto Judicial, à fl. 1898, que o Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire foi edificado de forma equivocada, em desacordo com as normas em vigor, com paredes com espessura menor que a recomendada, os tijolos cerâmicos fora dos padrões recomendados, a disposição dos tijolos em posição não recomendada, falta de revestimento de proteção da base em alvenaria dobrada, as cintas de amarração em desacordo com falhas de execução na concretagem, de modo que “fez-se presente, desde o início, a ocorrência de vícios de construção”.

- Quanto à qualidade dos materiais utilizados na composição do embasamento do bloco, destacou o Experto que o material empregado na construção é de má qualidade e “a concepção de exe-

cução do embasamento não está de acordo com as normas técnicas da ABNT” – fl. 1923 – item 11.0.

- Nesses casos, a apólice securitária prevê duas alternativas de reparação dos danos físicos constatados: uma é indenização, que será igual ao valor necessário à reposição do bem sinistrado (cláusula 11ª); a outra é a reposição do imóvel destruído ou danificado, a cargo da seguradora, em atendimento ao dever de indenizar o segurado, obrigando-se a providenciar, por sua conta e risco, restituindo-o a estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro (cláusula 12ª).

- Quadra destacar que a Perícia Judicial foi conclusiva no sentido da possibilidade de recuperação do prédio (fls. 1889/2037).

- Considerando-se que não há nenhum impedimento técnico para a restauração do prédio, e que há viabilidade econômica para tanto, e ainda que a ação foi proposta para assegurar o direito à moradia, constitucionalmente garantido, a reparação a ser reconhecida aos autores deverá se dar por meio da recuperação das unidades habitacionais sinistradas, com a restauração integral do bloco habitacional objeto desta lide, em razão da indivisibilidade do objeto, a cargo das rés, solidariamente, ao invés de pagamento de indenização em espécie.

- Tal solução também foi vislumbrada pelo magistrado monocrático, nas bem lançadas razões da sentença (fls. 3410/3411): “Tendo em mente a conclusão pericial no sentido da possibilidade de recuperação do “edifício caixão”, bem como o fim a que se destina a ação que deu causa à presente relação processual, proposta em defesa do direito à moradia, “não esquecendo do fim visado da justa solução da demanda, afastando a hipótese de enriquecimento sem causa de qualquer das partes, concluo que a reparação a ser

reconhecida aos substituídos processuais deverá se dar por meio da recuperação das unidades habitacionais sinistradas e, é claro, com a recuperação integral do bloco habitacional objeto desta lide. Para tanto, deverá o polo passivo promover a integral recuperação do bloco como um todo, sanando todas as suas falhas, a serem indicadas em laudo técnico emitido por empresa executora idônea por ele contratada, registrada no CREA, com corpo técnico com experiência comprovada nesta atividade, e responsabilizando-se pela estabilidade do edifício.” (sem os destaques no original).

- O cumprimento da obrigação de fazer deverá ser iniciado no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias a contar do trânsito em julgado da ação, nos termos determinados na sentença, e o prazo final deverá ser definido no cronograma da obra a ser apresentado no laudo técnico emitido pela empresa executora contratada.

- Para o cumprimento da obrigação de fazer, em havendo solidariedade entre as rés, decidida nestes autos pelo STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE), não há que se distinguir as responsabilidades pelo ramo das apólices, em virtude da multiplicidade das situações jurídicas dos autores no tocante à forma de aquisição das unidades habitacionais, merecendo reforma a sentença neste aspecto.

- Quanto à multa decendial, é devida ao mutuário, em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916) (AgRg no AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, DJe 4/11/13).

- A referida multa, expressamente prevista na Cláusula 17.3 das Condições Especiais da apólice securitária (RD n° 18/77), tem caráter coercitivo, de sorte a compelir as seguradoras a cumprirem, em tempo razoável, as suas obrigações contratuais, do contrário sujeitam-se ao pagamento da multa decendial de 2% – para cada dez dias de atraso no cumprimento da obrigação – não podendo, contudo, seu valor ultrapassar o da indenização propriamente dita, atualizada monetariamente e acrescida dos juros legais, nos termos do art. 412 do CC, e desde que inadimplente a partir do 60º dia, contados do recebimento do aviso de sinistro.

- No tocante ao argumento de que a multa decendial deixou de ser prevista nas apólices do SH/SFH sucessivamente aprovadas a partir de 1995, razão pela qual ela deveria ser afastada no caso concreto, não merece prosperar, tendo em vista que a apólice habitacional que rege os contratos dos autores é a RD n° 18/77, acostada à inicial, que vigia nas datas dos financiamentos dos imóveis (que remontam a 1988); portanto, é a aplicável ao caso, e que prevê a multa decendial, não podendo as apólices posteriores retroagirem para prejudicar os autores. Multa decendial devida a todos os autores, e não apenas aos que comunicaram efetivamente a existência do sinistro e solicitado o pagamento do seguro. Reforma da sentença neste ponto.

- Quanto ao pedido dos autores de majoração dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados na sentença em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, merece prosperar.

- Os honorários devem ser fixados em patamar razoável: nem em valor irrisório, pois seria aviltante, atentando contra o exercício da advoca-

cia; nem em montante excessivo, pois, assim, constituiria ônus excessivo para a parte contrária.

- Assim, considerando a complexidade da causa, como também o longo tempo de tramitação da mesma, que já dura mais de uma década, e ainda a quantidade de advogados envolvidos (20 advogados), o montante de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) é aviltante da profissão. Desse modo, eleva-se a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da reforma/obra aprovada na liquidação de sentença, por ser mais condizente com as normas das alíneas a, b, e c do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

- Em relação à tutela antecipada deferida na 1ª Instância, confirmada por este Tribunal, deve ser mantida, de modo que as parcelas relativas aos financiamentos, ainda ativos, têm que ser honradas pela parte ré, enquanto durar o período de afastamento compulsório dos autores de seus imóveis, mantido também o dever de guarda e vigilância do prédio, por parte das rés. Sobre os valores devidos a título de aluguéis, deverá haver a incidência de correção monetária.

- Apelação dos autores provida, em parte, para declarar a responsabilidade solidária das rés para o cumprimento da obrigação de fazer, sem distinção pelo ramo das apólices, para reconhecer ser a multa decendial devida a todos os autores, e para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da reforma/obra aprovada na liquidação de sentença; apelação da Caixa Seguradora S/A provida, em parte, para determinar que o montante apurado a título de multa decendial não ultrapasse o valor da obrigação principal; apelação da CEF improvida. Manutenção da sentença nos demais pontos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, às apelações dos autores e da Caixa Seguradora S/A e negar provimento à apelação da CEF, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 8 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações desafiadas pelos autores, pela CEF - Caixa Econômica Federal e pela Caixa Seguradora S/A em face da sentença de fls. 3392/3417, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa e da Caixa Seguradora S/A e, no mérito, julgou procedentes, em parte, os pedidos inaugurais.

Foram acolhidos embargos de declaração para sanar, em parte, omissões presentes na sentença (fls. 3678/3687).

Os autores apelaram, requerendo: a) a reforma da sentença, para declarar que os devedores solidários respondam, cada um, pela integralidade do débito; b) a nulidade da sentença, no tocante à determinação relativa ao conserto do edifício, eis que proferida *extra petita*, sendo determinada a indenização em espécie, com base no projeto de recuperação apresentado nos autos pelos autores; c) acaso mantida a obrigação de fazer determinada na sentença, que a recuperação estrutural do Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire siga o projeto escolhido pelo Perito Judicial (Projeto RKS), bem como seja estabelecido o prazo de início e fim da obra, e ainda, multa pelo não cumprimento no prazo; d) a reforma da sentença, para a aplicação da multa decendial; e) a majoração dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) do provento econômico obtido pelos apelantes.

A Caixa Seguradora S/A apelou, arguindo as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, prescrição, e nulidade da sentença, por ser *extra petita*; no mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos, sob o argumento de não haver previsão contratual para o pagamento de indenização securitária para os sinistros provenientes de vícios de construção e nem para o pagamento de multa decendial.

Pedi, ainda:

- a) acaso mantida a multa decendial, que fosse reduzida para 1% (um por cento) sobre o total da condenação, não ultrapassando 10% (dez por cento), ou, eventualmente, que fosse limitada ao valor principal, determinado o termo inicial da sua incidência;
- b) fosse revogada a tutela antecipada ou determinada a compensação, ao final do processo, dos valores pagos a título de aluguel e guarda e vigilância;
- c) fossem abatidos da indenização, os valores decorrentes dos materiais de uso e desgaste natural pelo uso da coisa, limitando o valor à cota-parte de cada autor;
- d) a inversão dos ônus sucumbenciais;
- e) acaso mantida a condenação, que o valor destinado à recuperação do imóvel não ultrapasse o limite do capital segurado, sob pena de enriquecimento ilícito.

A Caixa apelou, sustentando a competência absoluta do Juizado Especial Federal para julgar o feito, em razão do valor atribuído à causa ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Aduziu, ainda, as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, ilegitimidade da parte autora para requerer a cobertura securitária (contrato de gaveta), o indevido litisconsórcio multitudinário, o litisconsórcio passivo necessário com a construtora, e a prescrição anual, nos termos do art. 206, § 1º, II, do Código Civil.

No mérito, sustentou não existir contrato firmado com a Caixa, sendo a COHAB/PE e seus sucessores os responsáveis pelo financiamento. Argumentou que, dos 29 contratos, apenas 10 encontram-se vinculados ao Ramo 66 (ramo público) e que os auto-

res não comprovaram a existência de contrato habitacional com apólice pública e cobertura pelo FCVS. Defendeu a ausência dos requisitos para o reconhecimento da responsabilidade civil, a inaplicabilidade da multa decendial, bem como do Código de Defesa do Consumidor. Asseverou não haver previsão contratual a amparar o pedido de pagamento das prestações mensais, aluguéis, guarda de móveis e/ou mudança, o que configuraria ofensa ao princípio da boa-fé contratual.

Contrarrrazões apresentadas pela Caixa Seguradora S/A ao apelo da Caixa e ao apelo dos autores, às fls. 4005/4037 e fls. 4038/4077, respectivamente; pediu-se o improvimento dos recursos.

Contrarrrazões apresentadas pelos autores à apelação da Caixa Seguradora S/A às fls. 4082/4155; pediu-se que a indenização seja paga em pecúnia, em concordância com a apelante e, em relação aos demais pedidos, o improvimento do recurso.

Contrarrrazões apresentadas pelos autores ao apelo da CEF - Caixa Econômica Federal às fls. 4186/4274; pediu-se, em relação à alegação de competência do Juizado Especial, o seu não conhecimento, por ser matéria estranha aos autos e, quanto aos demais pedidos, o seu improvimento.

Sem contrarrrazões da Caixa.

É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Os autores/apelantes são proprietários de unidades habitacionais no Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire, caracterizado como “prédio caixão”, situado na rua Forte Cinco Pontas, Marcos Freire, Jaboatão dos Guararapes/PE, adquiridas através do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, e pretendem a responsabilização civil da Caixa Seguradora S/A e da Caixa Econômica Federal, esta última como agente financeiro, pelos danos materiais suportados em virtude de vícios de construção, encontrando-se o edifício com ameaça de desmoronamento.

O colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos autos do REsp 1.091.363/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, analisou a questão do interesse de intervenção da Caixa Econômica Federal nos processos que envolvem seguro de mútuo habitacional, pacificando o entendimento segundo o qual estaria configurado o interesse da instituição financeira quando se tratar de apólices públicas (ramo 66) e o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais-FCVS, situação em que se enquadraria a hipótese dos autos.

Conforme informado pela própria Caixa à fl. 2829, todos os contratos em questão possuem apólices públicas vinculadas ao SFH (ramo 66), e cobertura pelo FCVS - Fundo das Compensações das Variações Salariais.

Expressamente no voto, o Relator do recurso representativo de controvérsia ressaltou o entendimento da Corte de Justiça no sentido de que o agente financeiro é **responsável solidário** pela solidez do imóvel (vícios de construção).

A CEF, portanto, detém **legitimidade passiva *ad causam*** para responder, em ação ajuizada pelo mutuário do SFH, vinculado ao FCVS, pelos problemas estruturais de edificação cuja aquisição financiou, especialmente por atuar como “agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda” (STJ, 4ª Turma, REsp 1102539/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. para Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 09/08/2011, DJe 06/02/2012).

Quanto à Caixa Seguradora S/A, a sua legitimidade para figurar no polo passivo do feito é patente, tendo em vista que a presente lide tem por fundamento relação jurídica contratual securitária, sendo a referida seguradora a responsável pela cobertura securitária do empreendimento.

Inclusive, quadra salientar que a própria seguradora, após o ajuizamento da presente ação, deu início à obra de reforço estrutural do prédio, reconhecendo, portanto, a cobertura securitária, consoante relatado na petição de fls. 822/824, tendo a obra sido paralisada por ordem do MM Juiz de Direito, para evitar a destruição da prova da causa do sinistro e para se estabelecer a forma de recuperação do prédio.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE, decidiu pela responsabilidade solidária entre a seguradora e a Caixa, como agente financeiro, pelos vícios de construção do imóvel, razão pela qual determinou a remessa dos presentes autos para a Justiça Federal, tendo em vista que a ação tinha sido inicialmente ajuizada na Justiça Estadual.

Este Tribunal, por sua vez, no julgamento do AGTR nº 119873-PE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (convocado), em 19-4-2012, ao analisar a preliminar em foco, decidiu: ***“Agravo provido para determinar que a Seguradora e a CEF arquem, solidariamente, com os custos de aluguel no valor expresso nos contratos de locação apresentados pelos agravantes até a quantia de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais), consoante requerido na petição inicial da ação de indenização securitária – fls. 93/136, até o julgamento final da referida ação”***.

No tocante ao prazo prescricional para as ações de indenização por danos de vícios de construção, nos contratos envolvendo mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, é de 20 anos, na vigência do Código Civil de 1916, e de 10 anos, na vigência do Código Civil atual, respeitada a regra de transição prevista no art. 2028 do Código Civil de 2002.

No presente caso, aplica-se o prazo de 20 anos previsto no Código Civil de 1916, tendo em vista que os autores tomaram ciência dos vícios do imóvel em 2002, ainda na vigência do antigo Código Civil (o novo só entrou em vigor em 11-1-2003), quando foi deflagrado o início do prazo prescricional (*actio nata*), tendo sido expedido Termo de Interdição Administrativa do prédio pelo Poder Público Municipal, em 24/5/2002, e a ação foi ajuizada em 12-7-2002, de modo que não há que se falar em consumação do lapso prescricional.

Em relação à alegação de competência absoluta do Juizado Especial Federal para julgar o feito, em razão do valor atribuído à causa ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, penso não merecer prosperar.

No caso em tela, o valor atribuído à causa – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – não guarda qualquer relação com o conteúdo econômico da demanda que gira em torno de valores expressivos, certamente muito superiores ao limite de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecidos na Lei nº 10.259/01, já que se pede na inicial uma indenização para fazer face à recuperação estrutural do prédio, se possível, ou, se não, o pagamento de indenização para a demolição, o desentulho do local e a posterior reconstrução integral dos apartamentos.

No que diz respeito à preliminar de nulidade da sentença, por que conteria condenação em objeto diverso do demandado (*extra petita*), na parte relativa à recuperação/reabilitação do prédio pelas rés, não prospera.

Eis o pedido inaugural: “6) Comprovada pela perícia a possibilidade técnica e a viabilidade econômica da recuperação estrutural do prédio, **a condenação da ré ao pagamento aos autores, na proporção das suas quotas-partes, do valor necessário ao conserto integral da coisa** conforme as exigências das normas oficiais da ABNT para o caso e os preceitos da boa técnica”.

Eis o dispositivo sentencial atacado: “condeno a Caixa Seguradora S/A e a Caixa Econômica Federal, nos seguintes termos: A) **promoverem a recuperação/reabilitação do Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire, mediante execução de projeto de recuperação e reforço específico, necessário às referidas edificações, por meio de empresa idônea, com seu corpo técnico composto de profissionais habilitados e com experiência comprovada nesta atividade, devendo, inclusive, manter o projeto arquitetônico fiel à forma original do condomínio,** incumbindo-lhe ainda advertir os autores, devidamente comprovado, de que não poderão promover qualquer alteração no projeto arquitetônico das unidades habitacionais”.

Penso que, embora o pedido dos autores tenha consistido na condenação das rés na obrigação de pagar o valor necessário à reposição do bem sinistrado, o objetivo final, que era o conserto integral da coisa, foi plenamente atendido com o dispositivo sentencial, que condenou as rés na obrigação de fazer/recuperar o imóvel, por sua conta e risco, consoante expressa previsão na

apólice securitária (cláusula 12^a – Condições particulares para os Riscos de Danos Físicos), como uma das formas de reparação do dano; não há que se falar, assim, em sentença *extra petita*.

Em relação à preliminar de ilegitimidade dos autores portadores dos “contratos de gaveta”, para requererem a cobertura securitária, rejeito-a, tendo em vista que os mesmos são sucessores legítimos dos mutuários originais, sub-rogados em todos os termos da relação jurídica de financiamento imobiliário, nos termos da jurisprudência do STJ (REsp 890579-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU de 17-4-2008).

Quanto à alegação da Caixa, de que haveria indevido litisconsórcio ativo multitudinário, vez que não há relação jurídica que justifique a formação do litisconsórcio ativo, já que a situação jurídica dos apelados é distinta, tendo em vista que, em alguns casos, sequer há contrato de financiamento, não prospera.

Ora, a própria Caixa reconheceu, à fl. 2829, que **todos os contratos em questão** possuem apólices públicas vinculadas ao SFH (ramo 66), e cobertura pelo FCVS - Fundo das Compensações das Variações Salariais, o que caracteriza, no mínimo, a afinidade de questões por um ponto comum de fato (art. 46, IV, do CPC).

Por outro lado, os autores são todos proprietários de unidades habitacionais no mesmo bloco do “edifício caixaão”, daí ser patente a comunhão de direitos a legitimar o litisconsórcio ativo facultativo, nos termos do art. 46 do CPC.

E, ao contrário do alegado pela Caixa, não há litisconsórcio passivo necessário com a construtora responsável pela obra, mas sim litisconsórcio facultativo, uma vez que, demonstrada a existência de vício de construção, suficiente para a responsabilização também da construtora pelos danos materiais causados aos substituídos, legítimo se revela o direito dos ora réus ao ajuizamento de ação regressiva autônoma contra a referida empresa.

Vou ao mérito.

No tocante à ocorrência de vícios de construção no imóvel sob foco, tenho que ficou plenamente caracterizada nos autos, vez que o edifício foi interditado pelo Poder Público Municipal, através do Termo de Interdição Administrativa nº 01/2002, de 24 de

maio de 2002, e do Ofício nº 057/2002, da Comissão de Defesa Civil, de 28 de maio de 2002, além do Laudo Pericial Judicial (fls. 1889/2037).

A edificação em análise foi erguida com emprego da técnica de alvenaria autoportante, conhecida, regionalmente, como 'edifício caixão', que é o modelo construtivo do Conjunto Residencial Marcos Freire.

Concluiu o experto judicial, à fl. 1898, que **o Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire foi edificado de forma equivocada, em desacordo com as normas em vigor, com paredes com espessura menor que a recomendada, os tijolos cerâmicos fora dos padrões recomendados, a disposição dos tijolos em posição não recomendada, falta de revestimento de proteção da base em alvenaria dobrada, as cintas de amarração em desacordo, com falhas de execução na concretagem, de modo que fez-se presente, desde o início, a ocorrência de vícios de construção**, das quais evidenciamos abaixo as mais significativas:

8.1 - Alvenarias de embasamento construídas em tijolos cerâmicos sem revestimento na parte externa e parcialmente na parte interna; falta de impermeabilização, associada à presença de blocos cerâmicos com a resistência à compressão reduzida, devido ao processo ineficiente de cozimento, somado ao contato permanente com a umidade natural do solo, favorecendo a deterioração dos mesmos (ver esquema da fundação/embasamento constante nos anexos);

8.2 - Processo de infiltração e oxidação da ferragem em pontos das lajes de fundo das caixas d'água superiores, componentes da estrutura dos módulos das escadas, decorrente da falha na moldagem das peças, em desacordo com a NBR 1/78, o que vem a acarretar uma diminuição progressiva na seção resistente das mesmas;

8.3 - A estrutura do prédio tipo "caixão", concebida em alvenaria portante, com vícios de construção, a exemplo do uso das alvenarias da superestrutura, compostas de elementos cerâmicos assentados com

os seus furos dispostos na direção horizontal (alve-
naria de vedação – peso próprio e pequenas cargas
de ocupação), em desacordo com norma NBR - 7171,
da Associação Brasileira de Normas Técnicas;

**8.4 - Ausências de contravergas e cinta de amarra-
ção interna e externa no respaldo das paredes lajes
e contravergas;**

**8.5 - Ineficiência na fiscalização da obra por parte do
agente financeiro;**

**8.6 - Estas falhas acima citadas vêm a comprometer
a estabilidade do Bloco 34 do Conjunto Residencial
Marcos Freire, considerado no momento, por força de
Lei, impróprio para se habitar;’ (fl. 1896).**

Indagou, ainda, a parte autora, quanto à existência de erro de projeto, erro de execução e erro de implementação, ao que respondeu o perito judicial, dizendo haver “**erro no tipo de tijolo cerâmico utilizado e de como o mesmo foi assentado. Há erro na execução dos pilares e vigas do corpo da escada etc. Entendo ter havido erro quanto a aspectos e execução e, caso a construção tenha seguido a risco o projeto executivo, também houve erro de projeto**” – fl. 1905, item 46.0.

Quanto à qualidade dos materiais utilizados na composição do embasamento do bloco, **destacou o experto que o material empregado na construção é de má qualidade e “a concepção de execução do embasamento não está de acordo com as normas técnicas da ABNT”** – fl. 1923, item 11.0.

Desse modo, ficou cabalmente comprovado nos autos que os danos que atingiram o prédio foram causados por falhas na construção, de sorte que as Cláusulas 11ª e 12ª da apólice securitária - Condições particulares para os Riscos de Danos Físicos, prevêem duas alternativas de reparação dos danos físicos constatados, *verbis*:

Cláusula 11ª - Indenização - Será igual ao valor necessário à reposição do bem sinistrado.

Cláusula 12ª - Reposição

12.1 - A seguradora, em atendimento ao dever de indenizar o segurado, obriga-se a providenciar, por sua

conta e risco, a reposição do imóvel destruído ou danificado, restituindo-o a estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro.

12.2 - No caso de comprovada impossibilidade ou contraindicação da reposição mencionada no subitem 12.1 acima, a indenização será prestada mediante pagamento em dinheiro, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, ao financiador, por conta do segurado, com a prévia anuência do estipulante.

Em relação à possibilidade de recuperação do prédio, o perito judicial se pronunciou positivamente, consoante se pode inferir dos seguintes excertos do Laudo Pericial (fls. 1889/2037):

7.0 RECOMENDAÇÕES

7.1 *omissis*

7.2 Que todas as falhas construtivas pertinentes à estabilidade da edificação sejam restauradas no Bloco 34 do Conjunto Habitacional Marcos Freire, caso venha a ser executado um projeto consistente de recuperação e reforço da estrutura do prédio, e que tenha o acompanhamento/fiscalização das obras por parte de Técnicos da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes e do CREA/PE - fl. 1895;

8.6 - Estas falhas acima citadas vêm a comprometer a estabilidade do Bloco 34 do Conjunto Residencial Marcos Freire, considerado no momento, por força de Lei, impróprio para se habitar; fazendo-se para tanto, necessária a adoção das seguintes providências:

- Execução de um projeto de recuperação e reforço específico, quantificado e consistente, necessário à edificação, conduzido por uma empresa idônea, com seu corpo técnico composto de profissionais habilitados e com experiência comprovada nesta atividade;

- Que sejam obedecidas rigorosamente as normas de segurança do trabalho, e que a execução de todas as fases do projeto de recuperação e reforço da edificação tenha o devido acompanhamento técnico; resultando na total segurança para as partes envolvidas;

136.0 - *omissis*

R. Faz-se necessária a mudança da concepção estrutural do prédio, passando de ser apoiado sobre alvenaria, para ser apoiado em pilares de concreto armado, estruturado com sapatas isoladas, pilares, vigas e lajes.

10.0 - Existe alguma razão técnica que impossibilite a recuperação da edificação?

R. Não.

142.0 - Acaso seja tecnicamente aconselhável e economicamente viável a reabilitação estrutural dos prédios, queira convocar as partes para confeccionarem os projetos necessários e orçar os custos e as despesas envolvidas.

R. A recuperação do prédio em questão irá demandar um custo financeiro considerável e exigir a utilização de técnica especializada. Os projetos apresentados pelas partes são viáveis para o reforço da fundação do prédio; o projeto apresentado pelos autores – ‘FEESC/RKS’ – é viável também para reforço das alvenarias de elevação (superestruturas), reforçando-as com pilares e vigas.

Segundo penso, já que não há nenhum impedimento técnico para a restauração do prédio, e há viabilidade econômica para tanto, e ainda considerando-se que a ação foi proposta para assegurar o direito à moradia, constitucionalmente garantido, **a reparação a ser reconhecida aos autores deverá se dar por meio da recuperação das unidades habitacionais sinistradas, com a restauração integral do bloco habitacional objeto desta lide**, a cargo das rés, solidariamente, ao invés de pagamento de indenização em espécie.

Tal solução também foi vislumbrada pelo magistrado monocrático, nas bem lançadas razões da sentença, as quais adoto como razões de decidir, *verbis*:

Tendo em mente a conclusão pericial no sentido da possibilidade de recuperação do “edifício caixaão”, bem como o fim a que se destina a ação que deu causa a presente relação processual, proposta em defesa do direito à moradia, “não esquecendo do fim visado da justa solução da

demanda, afastando a hipótese de enriquecimento sem causa de qualquer das partes, concluo que a reparação a ser reconhecida aos substituídos processuais deverá ser dar por meio da recuperação das unidades habitacionais sinistradas e, é claro, com a recuperação integral do bloco habitacional objeto desta lide. **Para tanto, deverá o polo passivo promover a integral recuperação do bloco como um todo, sanando todas as suas falhas, a serem indicadas em laudo técnico emitido por empresa executora idônea por ele contratada, registrada no CREA, com corpo técnico com experiência comprovada nesta atividade, e responsabilizando-se pela estabilidade do edifício.** (Destaquei)

Destaco que o cumprimento da obrigação de fazer deverá ser iniciado no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias a contar do trânsito em julgado da ação, nos termos determinados na sentença, e o prazo final deverá ser definido no cronograma da obra a ser apresentado no laudo técnico emitido pela empresa executora contratada.

Para o cumprimento da obrigação de fazer, em havendo solidariedade entre as rés, decidida nestes autos pelo STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.061.396-PE), conforme anteriormente mencionado, não há que se distinguir as responsabilidades pelo ramo das apólices, em virtude da multiplicidade das situações jurídicas dos autores no tocante à forma de aquisição das unidades habitacionais, merecendo reforma a sentença neste aspecto.

A Caixa e a Caixa Seguradora S/A são devedoras solidárias e, nesse passo, deverão responder pela obrigação toda perante os segurados, nos termos previstos nos artigos 264 e 275 do Código Civil, *verbis*:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, **cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.**

Art. 275. **O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum;** se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Quanto à multa decencial, é devida em função do atraso no pagamento da indenização objeto do seguro obrigatório, nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, dado o caráter acessório que ostenta em relação à indenização securitária e deve estar limitada ao valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil de 1916) (AgRg no AREsp nº 377.520/SC, STJ, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, *DJe* 4/11/13).

A referida multa está expressamente prevista na Cláusula 17.3 das Condições Especiais da apólice securitária – fl. 152, *verbis*:

17.3 - A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª destas condições, sujeitará a seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decênio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível.

A multa decencial, devida ao mutuário, tem caráter coercitivo, de sorte a compelir as seguradoras a cumprirem, em tempo razoável, as suas obrigações contratuais, do contrário **sujeitam-se ao pagamento da multa decencial de 2% – para cada dez dias de atraso no cumprimento da obrigação** – não podendo, contudo, seu valor ultrapassar o da indenização propriamente dita, atualizada monetariamente e acrescida dos juros legais, nos termos do art. 412 do CC, e desde que inadimplente a partir do 60º dia, contados do recebimento do aviso de sinistro.

No tocante ao argumento de que a multa decencial deixou de ser prevista nas apólices do SH/SFH sucessivamente aprovadas a partir de 1995, razão pela qual ela deveria ser afastada no caso concreto, não merece prosperar.

Desde 1977 foram emitidas três apólices habitacionais: a primeira delas, **a RD nº 18/77, de 18 de agosto de 1977, rege os contratos de financiamento firmados no período de 1º de julho de 1977 a 1º de junho de 1995**; a segunda é a Circular nº 08/95, de 18 de abril de 1995, que rege os contratos firmados entre 1º de junho de 1995 a 31 de dezembro de 1999; e a terceira delas, é a Circular nº 111/99, de 3 de dezembro de 1999, que rege os contratos de financiamento firmados entre 1º de janeiro de 2000 até os dias atuais.

A apólice habitacional que rege os contratos dos autores é a RD nº 18/77, acostada à inicial, que vigia nas datas dos financiamentos dos imóveis (que remontam a 1988), portanto, é a aplicável ao caso, e que prevê a multa decendial, não podendo as apólices posteriores retroagirem para prejudicar os autores.

Assim, **todos os autores fazem jus à multa decendial**, devendo ser reformada a sentença neste ponto, vez que determinou que a multa só seria devida aos autores que tivessem efetivamente comunicado a existência do sinistro e solicitado o pagamento do seguro.

Quanto ao pedido dos autores de majoração dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados na sentença em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, penso merecer prosperar.

Os honorários devem ser fixados em patamar razoável: nem em valor irrisório, pois seria aviltante, atentando contra o exercício da advocacia; nem em montante excessivo, pois, assim, constituiria ônus excessivo para a parte contrária.

Nas causas em que há condenação em obrigação de fazer, como nos presentes autos, o magistrado não está adstrito aos limites entabulados no § 3º do art. 20 do CPC, uma vez que, nessas hipóteses, os honorários deverão ser fixados equitativamente, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Contudo, mesmo fazendo incidir o § 4º do art. 20 do CPC, é perfeitamente possível fixar os honorários entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, com base na apreciação equitativa.

Assim, considerando a complexidade da causa, como também o longo tempo de tramitação da mesma, que já dura mais de uma década, e ainda a quantidade de advogados envolvidos (20 advogados), o montante de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) é aviltante da profissão. Desse modo, arbitro a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da reforma/obra aprovada na liquidação de sentença, por ser mais condizente com as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Em relação à tutela antecipada deferida na 1ª Instância, confirmada por este Tribunal, deve ser mantida, de modo que as parce-

las relativas aos financiamentos, ainda ativos, têm que ser honradas pela parte ré, enquanto durar o período de afastamento compulsório dos autores de seus imóveis, mantido também o dever de guarda e vigilância do prédio, por parte das rés. Sobre os valores devidos a título de aluguéis, deverá haver a incidência de correção monetária.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, à apelação dos autores e à apelação da Caixa Seguradora S/A e nego provimento ao apelo da Caixa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 565.644-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE PERNAMBUCO - OAB/PE E LIARA DA CRUZ SANTOS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. VANESSA PIRES NUNES E LIARA DA CRUZ SANTOS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DEMORA NO ATENDIMENTO NO PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DO REGISTRO, APESAR DE DEVIDAMENTE INSTRUÍDO. FALTA DE COMUNICAÇÃO E DESORDEM ADMINISTRATIVA NOS ÓRGÃOS INTERNOS DA AUTARQUIA. SÉRIOS DISSABORES E CONTRATEMPOS EXPERIMENTADOS PELA ADVOGADA. ATO ILÍCITO. DANO INDENIZÁVEL. NEXO DE CAUSALIDADE. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO EM VALOR EXACERBADO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SANCIONAR O OFENSOR SEM OCASIONAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA AO OFENDIDO. REDUÇÃO DO VALOR

DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MULTA COMINATÓRIA. INDEVIDA. CUMPRIMENTO DA TUTELA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CONFIGURADA.

- Trata-se de apelações interpostas pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de Pernambuco, e por Liara da Cruz Santos, a desafiar sentença da lavra do Juízo da 23ª Vara Federal, sediado em Garanhuns, que, antecipando os efeitos da tutela requerida, julgou parcialmente procedente a ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com indenização de danos patrimoniais e morais, condenando a apelante OAB/PE a fornecer os documentos de identificação profissional de advogada, a pagar, a título de danos morais sofridos pela autora, o valor de oito mil reais, e, por fim, a restituir o valor da diferença entre a anuidade efetivamente paga no ano de 2012 e o valor proporcional a partir de 05/11/2012, sendo todos os valores corrigidos nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- A parte autora, advogada, requereu em 09/04/2013 a transferência de sua inscrição da Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS) para a Seccional de Pernambuco (OAB/PE) em razão da mudança de domicílio, ocasião em que apresentou todos os documentos ora solicitados, bem como efetuou o pagamento das taxas alusivas à emissão da carteira e anuidade proporcional, entretanto experimentou longa demora e desconcontro de informações que lhe causaram sérios constrangimentos, obrigando-a a bater às portas do Poder Judiciário para lograr a regularização do seu registro, diante da falta de comunicação e desordem administrativa nos órgãos internos da autarquia.

- Assiste razão à parte autora, não cuidando, como na escusa da OAB/PE, de mero aborrecimento, eis que presentes no fato a ocorrência

dos três requisitos a ensejar a condenação por dano moral e, em consequência, ensejar a indenização da parte lesada.

- Demonstra a farta documentação acostada, a ocorrência do ato ilícito, do dano indenizável e do nexo de causalidade, nos sérios dissabores e contratempos experimentados pela advogada, por culpa da falta de comunicação e da desordem administrativa daquela entidade, pelo que é de se manter irretocável a fundamentação do édito condenatório: (...) a desorganização administrativa da OAB/PE configurada pela total falta de comunicação com a autora em relação à condução do processo de transferência de sua inscrição, associada aos sucessivos equívocos na tramitação do pedido de transferência, bem como o longo período de tempo exercendo a advocacia com o documento de identificação profissional cancelado traduz-se em situação apta, por si só, a gerar no prejudicado um sentimento de apreensão e angústia que superam os meros dissabores do dia a dia, principalmente por se tratar de exercício de atividade profissional. (...) supera o mero aborrecimento a situação do advogado que, tendo requerido há quase um ano a transferência de sua inscrição, deixa de receber o documento de identificação profissional indispensável para respaldar o exercício da sua profissão, correndo o risco de ver-se impedido de praticar os atos inerentes a sua atividade, de passar por sérios constrangimentos durante, por exemplo, a realização de audiências.

- A despeito do reconhecimento do dever de indenizar o evento danoso provocado pela autarquia, enxergo exasperação no valor atribuído. Ainda que o valor fixado, com escopo de se indenizar o pretium doloris, tenha a função de sancionar o agressor, provocador da dor, entretanto, não pode ocasionar o enriquecimento sem

causa da parte ofendida, questão repelida pelo Direito. Redução da condenação em danos morais para quatro mil reais. Precedente desta Turma: AC553942/PE, desta relatoria.

- Não se aproveita a irrisignação da parte autora no tocante à exigência do pagamento da multa cominatória diária no valor de quinhentos reais, imposta pelo juízo, por atraso no cumprimento de ordem judicial, no período compreendido entre 07/02/2013 a 08/04/2013, eis que o provimento foi cumprido e, ainda que tenha apresentado erros cadastrais, não houve demonstração de prejuízo à atividade jurídica.

- Rejeitam-se as alegações comuns às apelações, quanto à condenação em litigância de má-fé, à mingua de demonstração de qualquer das hipoteses do art. 17 do Código de Processo Civil.

- Apelação da autarquia parcialmente provida, apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelações interpostas pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Pernambuco - OAB/PE, e por Liara da Cruz Santos, a desafiar sentença da lavra do Juízo da 23ª Vara Federal, sediado em Garanhuns, que, antecipando os efeitos da

tutela requerida, julgou parcialmente procedente a ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com indenização de danos patrimoniais e morais, condenando-a a fornecer os documentos de identificação profissional de advogada, a pagar, a título de danos morais sofridos pela autora, o valor de oito mil reais, e, por fim, a restituir o valor da diferença entre a anuidade efetivamente paga no ano de 2012 e o valor proporcional a partir de 05/11/2012, sendo todos os valores corrigidos nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

A apelante foi condenada, ainda, em custas processuais e honorários advocatícios fixados em dois mil reais.

Segundo se resume dos autos (fls. 220-221):

A parte autora alegou, em síntese, ter requerido em 09/04/2013 a transferência de sua inscrição da Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS) para a Seccional de Pernambuco (OAB/PE) em razão da mudança de domicílio para o Estado de Pernambuco, ocasião em que apresentou todos os documentos ora solicitados, bem como efetuou o pagamento das taxas alusivas à emissão da carteira e anuidade proporcional.

Aduziu que, em 23/05/2012, foi comunicada acerca do deferimento da transferência da inscrição, mas não lhe foi dado conhecer o seu novo número de inscrição nem lhe foi entregue a respectiva carteira. Diante da inércia prolongada do órgão, terminou por solicitar em 17/09/2012 o cancelamento do pedido de transferência e a devolução dos valores pagos.

Após dois meses do requerimento de cancelamento da transferência da inscrição (19/11/2012), a autora foi informada que a entrega do documento de identificação profissional ainda não havia sido efetivada em virtude de não ter deixado a sua carteira de identificação da OAB/RS na OAB/PE. Ressaltou que o referido ato de retenção da carteira profissional de origem é ilegal e que dificultaria a sua atuação profissional portando apenas certidão junto a outros Estados da Federação onde possui processos em andamento.

Acrescentou que, a despeito de ter requerido o cancelamento de transferência de inscrição, a ré encaminhou boleto de cobrança da anuidade de 2013. Afirmou que ao consultar o sítio eletrônico da OAB/RS em 29/01/2013 ficou surpresa com o fato de sua inscrição originária ter sido cancelada, tendo obtido a informação de que o cancelamento havia sido motivado por solicitação enviada pela OAB/PE na data de 05/11/2012. Na mesma oportunidade, ficou sabendo que sua inscrição em Pernambuco havia sido efetivada sob o nº 1230-B.

Assegurou que em nenhum momento a OAB/PE lhe informou acerca de sua situação cadastral e, em razão disso, assumiu o patrocínio de diversos processos após 05/11/2012 perante a Justiça Estadual e Federal de Pernambuco com a inscrição da seccional do Rio Grande do Sul, o que lhe causou situação de constrangimento por se ver advogando sem a respectiva carteira profissional e com receio de ser impedida de atuar em defesa de seus constituintes diante da injustificável omissão da Seccional de Pernambuco. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, requereu que fossem declarados válidos todos os atos praticados com sua inscrição na OAB/RS, bem como que a OAB/PE procedesse à entrega de sua carteira profissional, sob pena de imposição de multa diária nos termos do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil.

Insurge-se a OAB/PE (fls. 237-245), alegando que a parte autora não narrou os fatos de forma verídica, tendo, durante o processo de transferência de inscrição para a Seccional de Pernambuco, portado-se dentro das normas legais e provimentos que regem a matéria, devendo a apelada ser condenada em litigância de má-fé.

Prossegue, alegando ser incabível a condenação em danos morais, pois, além da não comprovação dos fatos alegados, não há demonstração de que a apelada tenha sofrido constrangimentos ou humilhação, sendo os fatos meros aborrecimentos que não induzem à condenação em dano moral.

Alternativamente, requer a diminuição do valor da condenação.

Por seu turno, Liara da Cruz Santos, apresenta razões de apelação (fls. 254-265), pugnando pela majoração do valor arbitrado, a título de danos morais, pelo pagamento da multa cominatória diária no valor de quinhentos reais, imposta pelo juízo, por atraso no cumprimento de ordem judicial, no período compreendido entre 07/02/2013 a 08/04/2013, pela condenação ao ressarcimento das custas e em multa por litigância de má-fé.

A OAB/PE apresentou contrarrazões (fls. 273-281).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelações interpostas pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de Pernambuco, e por Liara da Cruz Santos, a desafiar sentença da lavra do Juízo da 23ª Vara Federal, sediado em Garanhuns, que, antecipando os efeitos da tutela requerida, julgou parcialmente procedente a ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com indenização de danos patrimoniais e morais, condenando-a a fornecer os documentos de identificação profissional de advogada, a pagar, a título de danos morais sofridos pela autora, o valor de oito mil reais, e, por fim, a restituir o valor da diferença entre a anuidade efetivamente paga no ano de 2012 e o valor proporcional a partir de 05 de novembro de 2012, sendo todos os valores corrigidos nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Compulsando os autos, verifico assistir razão à parte autora, não cuidando, como na escusa da OAB/PE, de mero aborrecimento, eis que presentes no fato, a ocorrência dos três requisitos a ensejar a condenação por dano moral e, em consequência, ensejar a indenização da parte lesada.

Com efeito, logrou a parte autora demonstrar, através da farta documentação acostada, a ocorrência do ato ilícito, do dano indenizável e do nexo de causalidade, nos sérios dissabores e contratempos experimentados pela advogada, por culpa da falta de comunicação e da situação administrativa daquela entidade, pelo que

é de manter irretocável a fundamentação do édito condenatório (fls. 225-227):

No que tange ao primeiro elemento, as razões até agora declinadas evidenciam a prática de ato omissivo ilícito consubstanciado na exigência de entrega prévia dos documentos de identificação profissional da autora como condição ao processamento do seu pedido de transferência e a demora injustificada na adoção das providências necessárias à consecução desse objetivo.

Quanto à ocorrência de dano moral indenizável, entendo que é desnecessária a prova do efetivo prejuízo que, implícito na própria ofensa em si (*damnum in re ipsa*), dela decorra direta e necessariamente, conforme as regras da experiência comum. A respeito, vale transcrever: “Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. (Filho, Sérgio Cavaliere, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, p. 80) (grifos acrescentados)

In casu, a desorganização administrativa da OAB/PE configurada pela total falta de comunicação com a autora em relação à condução do processo de transferência de sua inscrição, associada aos sucessivos equívocos na tramitação do pedido de transferência, bem como o longo período de tempo exercendo a advocacia com o documento de identificação profissional cancelado traduz-se em situação apta, por si só, a gerar no prejudicado um sentimento de apreensão e angústia que superam os meros dissabores do dia a dia, principalmente por se tratar de exercício de atividade profissional.

Com efeito, supera o mero aborrecimento a situação do advogado que, tendo requerido há quase um ano a transferência de sua inscrição, deixa de receber o documento de

identificação profissional indispensável para respaldar o exercício da sua profissão, correndo o risco de ver-se impedido de praticar os atos inerentes a sua atividade, de passar por sérios constrangimentos durante, por exemplo, a realização de audiências.

Por fim, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano prescinde de maiores digressões, uma vez que somente após o ajuizamento da demanda judicial é que a ré adotou as providências necessárias à expedição de seus documentos.

Caracterizada a presença de todos os requisitos, resta definir o montante da indenização, que se destina a cumprir uma dupla finalidade: compensatória, visando a amenizar o constrangimento sofrido pelo indivíduo, e punitiva, objetivando sancionar a autora do dano pela conduta ilícita praticada, coibindo a reiteração da prática ilícita em situações congêneres.

No caso em análise, atenta às peculiaridades da situação posta sob o crivo judicial, fixo equitativamente este valor em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Por fim, no que tange ao pedido de devolução do valor pago à OAB/PE referente à anuidade de 2012, entendo que o pleito merece parcial acolhimento. É fato incontroverso que a comunicação feita pela OAB/PE à OAB/RS solicitando a transferência do registro da autora somente ocorreu em 05/11/2012. Desta feita, é razoável supor que até essa data fosse devido pela demandante o pagamento da anuidade à OAB/RS, uma vez que sem a comunicação feita pela seccional de Pernambuco não haveria razão para cessar a exigibilidade do pagamento de anuidades junto àquela Seccional.

Nessa esteira, não sendo admissível impor à autora o pagamento em duplicidade das anuidades devidas ao conselho profissional no período que mediou entre o requerimento de transferência (09/04/2012) na OAB/PE e o efetivo cancelamento na seccional de origem (05/11/2012), e ainda tendo em vista que a demora no procedimento é imputável exclusivamente à OAB/PE, somente lhe poderia ter sido exigido por esta última o pagamento da anuidade proporcional aos últimos dois meses do ano de 2012, eis que

antes disso a autora permaneceu obrigada ao recolhimento aos cofres da OAB/RS.

Entretanto, a despeito do reconhecimento do dever de indenizar o evento danoso provocado pela autarquia, enxergo exasperação no valor atribuído. Ainda que o valor fixado, com escopo de se indenizar o *pretium doloris*, tenha a função de sancionar o agressor, provocador da dor, entretanto, não pode ocasionar o enriquecimento sem causa da parte ofendida, questão repelida pelo Direito.

No mesmo sentido, o seguinte aresto deste Órgão Fracionário:

(...).

7. É patente que o registro do nome em órgãos de proteção ao crédito gerou, no caso, direito à indenização por dano moral, por causar mácula para o crédito e a imagem da parte autora. O valor da indenização por danos morais deve servir como compensação para diminuir o impacto da ofensa causada, não sendo admissível que o montante fixado possa caracterizar o enriquecimento ilícito, devendo ser levado em consideração não apenas o caráter sancionatório da reparação para o agente do dano, mas principalmente a natureza ressarcitória da indenização.

8. Fixação da indenização por dano moral no valor de cinco mil reais, quantia condizente com a ausência de culpa da parte autora, seu nível sócio-econômico e a capacidade econômica da instituição financeira. Apelação da Caixa Econômica Federal provida, nessa parte.

9. Provimento da apelação da parte autora e provimento, em parte, da apelação da Caixa Econômica Federal.

(Acórdão unânime na AC553942/PE, desta relatoria, Segunda Turma, julg. 06/08/2013, publ. *DJe* 15/08/2013, p. 228) (grifos)

Em vista disso, penso assistir razão à apelante e reduzo a condenação em danos morais para quatro mil reais.

Não aproveito, também, a irrisignação da parte autora no tocante à exigência do pagamento da multa cominatória diária no valor de quinhentos reais, imposta pelo juízo, por atraso no cumprimento de ordem judicial, no período compreendido entre 7 de fevereiro de 2013 a 08 de abril de 2013, eis que o provimento foi

cumprido e, ainda que tenha apresentado erros cadastrais, não houve demonstração de prejuízo à atividade jurídica.

Por fim, rejeitam-se, as alegações comuns às apelações, quanto à condenação em litigância de má-fé, à minguada demonstração de qualquer das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil.

Por este entender, dou parcial provimento à apelação da OAB/PE, apenas para diminuir o valor fixado a título de indenização por danos morais, e negar provimento à apelação da parte autora.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 566.216-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, FRANCISCO PESSOA FURTADO E RUI MELO CARVALHO
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARIA ERONEIDE ALEXANDRE MAIA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. IMPROBIDADE. PREJUÍZO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. CABIMENTO. CONDUTAS TIPIFICADAS NOS ARTS. 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/92. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

- A sentença recorrida condenou os réus pela prática de atos de improbidade previstos no art. 10, caput e seu inciso VIII, e art. 11, caput, todos da Lei nº 8.429/92, determinando: a responsabilidade solidária pelo ressarcimento integral do dano, representado pelos valores dos convênios em

questão, num total de R\$ 2.591.464,00; a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco (5) anos; e a proibição de contratar com o poder público pelo prazo de cinco (5) anos.

- De acordo com o relatório elaborado pelo TCU, os projetos adquiridos pelo Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos eram modelos estereotipados, nos quais se introduziam pequenas alterações, tais como a data e o nome do município, e se apresentavam como projeto novo, para justificar o pagamento por cada um individualmente. Ressalta ainda, que os municípios não chegaram a receber o referido material, de sorte que não se obteve nenhum retorno para os entes federados dos recursos despendidos pelo erário.

- O fato de os documentos compilados pela Fundação serem praticamente idênticos, alterando-se apenas o nome do município com pequenos ajustes, indica que o Ministério do Meio Ambiente poderia bem haver contratado apenas cinco formulários-modelo, remetendo às prefeituras os arquivos digitais para que estas providenciassem os ajustes à realidade local.

- É flagrante a presença do elemento subjetivo, da má-fé direcionada à obtenção de vantagem em detrimento do patrimônio público, por parte de RUI MELO DE CARVALHO, consultor do MMA, que recebeu a documentação, acompanhou e atestou a idoneidade e o cumprimento das metas do convênio, quando teria o dever, como técnico, de rejeitá-las pelos diversos vícios apontados, configurando os atos de improbidade descritos no art. 10, caput, e inciso XI, e art. 11, caput, todos da Lei nº 8.429/92.

- Inexiste prova nos autos de que FRANCISCO PESSOA FURTADO tenha enriquecido ilicitamente ou obtido proveito pessoal dos convênios realizados com o MMA/SRH, nem que tenha partici-

pado de fraude com o fim específico de lesar o erário.

- Cuidando-se de aplicação e incidência de norma restritiva de direitos, a aplicação das sanções cominadas pela Lei 8.429/92 demanda a comprovação da má-fé, da vontade do agente dirigida à obtenção de resultado ilícito. Caberia ao Ministério Público Federal resgatar o onus probandi de que FRANCISCO PESSOA FURTADO agiu com dolo, mas não o fez. Portanto, deve-se afastar a condenação imposta a este e à fundação.

- Mostra-se desarrazoada a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, afigurando-se suficiente à reprimenda da conduta ímproba do recorrente a condenação no ressarcimento integral do dano causado no montante R\$ 2.591.464,00, e a proibição de contratar com o poder público pelo prazo de cinco anos.

- O disposto no art. 11, parágrafo 2º, e no art. 12 da Lei nº 1.060/50, no sentido do sobrestamento dos autos para adimplemento dessas verbas, enquanto perdurar o estado de carência econômica do condenado, é incompatível com os fins sociais da lei. Aplicação do art. 5º da LICC.

- Apelação de RUI MELO CARVALHO parcialmente provida, para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos e ao pagamento de honorários advocatícios.

- Apelações da FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA e de FRANCISCO PESSOA FURTADO providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à ape-

lação de RUI MELO CARVALHO, e provimento às apelações da FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA e de FRANCISCO PESSOA FURTADO, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 20 de maio 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 apelações interpostas de sentença que julgou procedente a ação, para condenar os réus nas sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, pela prática de atos de improbidade previstos no art. 10, *caput* e seu inciso VIII, e art. 11, *caput*, todos da Lei nº 8.429/92, determinando: a) a responsabilidade solidária pelo ressarcimento integral do dano, representado pelos valores dos convênios em questão, num total de R\$ 2.591.464,00 (dois milhões, quinhentos e noventa e um mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais); b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco (5) anos; c) proibição de contratar com o poder público pelo prazo de cinco (5) anos, deixando de aplicar as demais sanções previstas em lei, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em sede de aclaratórios a sentença foi integrada, para condenar os réus em honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais) *pro rata*, condicionada a execução de tal verba à prévia comprovação da alteração no estado de miserabilidade dos réus Rui Melo de Carvalho e Francisco Pessoa Furtado (beneficiários da justiça gratuita).

RUI MELO DE CARVALHO interpõe apelação (fls. 2870/2883) alegando que, na condição de mero consultor do Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos (MMA/SRH), sua função consistia apenas na elaboração de pareceres técnicos relativos aos convênios firmados, ou seja, relativos aos instrumentos

técnico-administrativos elaborados pela Fundação para as Prefeituras nos Estados da Bahia, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba e Piauí. Explicita que não era de sua alçada a realização das licitações, nem a realização de pagamentos referentes aos convênios. Assim, aduz não haver colaborado para a prática de qualquer ato de improbidade. Por fim, após o julgamento dos embargos, reitera as razões encetadas e requer que seja afastada a condenação em honorários sucumbenciais, ao argumento de que o art. 11, § 2º, da Lei 1.060/50 não foi recepcionado pela constituição (fls. 2937/2943).

FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, e seu representante, FRANCISCO PESSOA FURTADO, ora também apelante, recorrem (fls. 2862/2883). Afirmam não haver cometido fraude ou lesão ao erário, nem enriquecido ilicitamente com os convênios firmados com a Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, que apenas atendeu às instruções do Sr. Rui Melo de Carvalho na qualidade de representante do conveniente.

O Ministério Público Federal opinou, em sede de preliminar, pelo não conhecimento das apelações em virtude da ausência de ratificação do recurso após o julgamento dos embargos declaratórios e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos (fls. 2966/2984).

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

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

De início, entendo por bem rejeitar a preliminar de extemporaneidade das apelações, posto que a inexistência de reiteração do apelo interposto antes do julgamento dos aclaratórios opostos contra a sentença proferida não prejudica o conhecimento do recurso, quando as razões nele expendidas não foram objeto de apreciação dos embargos. Ademais, verifico que o réu RUI MELO CAR-

VALHO complementou as razões anteriormente apresentadas, ratificando o apelo anterior (fls. 2937/2943).

Para melhor compreensão dos fatos, permito-me transcrever trecho do relatório da sentença apelada:

A teor da inicial, o Ministério Público Federal imputa aos promovidos a participação e a corresponsabilidade pelos atos de improbidade administrativa descritos e tipificados na inicial, notadamente a burla de procedimentos licitatórios, além da ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejou perda patrimonial de dinheiro público, relativamente aos convênios 128/2000, 129/2000, 005/2001 e 011/2001, respectivamente nos valores de R\$ 700.000,00, R\$ 540.000,00, R\$ 671.464,00 e R\$ 680.000,00 (v. quadro de fl. 117 - 1º volume), celebrados entre o MMA/SRH e a FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, tendo por objeto a elaboração de instrumentos técnico-legais para o suporte técnico-administrativo de várias Prefeituras Municipais no Estado do Ceará (v. docs. de fls. 163/192 - 1º volume).

Ab initio, anoto que a ação de improbidade *sub examine* tem origem no processo TC nº 011.488/2002-9 do Tribunal de Contas da União (TCU), que trata da Tomada de Contas da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, exercício de 2011 (v. fls. 42/129). Embora aquela Tomada de Contas tenha largo espectro, resta evidente que o Ministério Público Federal no Ceará limitou-se a demandar contra os réus nomeados na inicial, porque mirou apenas aqueles quatro (04) convênios celebrados entre o MMA/SRH e a FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, com sede em Fortaleza/CE, todos elaborados no Estado do Ceará, daí a competência deste Juízo para o julgamento da demanda. Aqui um parêntese: o MPF certamente ajuizou idênticas demandas, em outros Estados da Federação, visando à responsabilização de outros agentes quanto aos demais convênios e pessoas envolvidas no projeto de suporte técnico, a cargo do MMA/SRH, de Prefeituras Municipais nos Estados da Bahia, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba e Piauí.

No que atine ao mérito, entendo que a sentença é precisa ao consignar existir dano ao erário, como demonstra auditoria realizada pelo TCU (v. fls. 41/129 - 1º volume). Nesse sentido, confirmaram-se trecho dos fundamentos da sentença que elucida a questão:

No tocante à documentação que deveria ser produzida por força da celebração dos convênios, a análise de seu teor (docs. de fls. 1647/2037 - 7º e 8º volumes) traduz a inexistência de individualização dos projetos em questão, **não se justificando o valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), aproximadamente, cobrado por cada documento elaborado, verdadeiro assalto aos cofres públicos. Isto depõe contra os princípios mais elementares da administração pública, dentre os quais o da moralidade e da eficiência (art. 37, CF/88). Se não fora bastante, os municípios aos quais se destinavam os documentos nunca receberam quaisquer informações ou proveito das peças elaboradas no âmbito dos convênios em alusão.** Daí porque o TCU chegou à seguinte constatação (v. fl. 119 - 1º volume):

RESULTADO DOS CONVÊNIOS SEM NENHUMA SERVIENTIA EFETIVA. INVESTIMENTOS DE R\$ 8.242.464,00, SEM QUALQUER UTILIDADE PRÁTICA PARA A FEDERAÇÃO
(...)

Na verdade, consoante ficou apurado pelo TCU e salta aos olhos a partir da só análise de seus textos (1.646/2.037 - 7º e 8º volumes), tais projetos não passavam de modelos estereotipados, nos quais se alteravam dados mínimos, especialmente a data e o nome do município, sendo apresentado como um projeto novo, para justificar o pagamento de vultosa quantia por cada um deles por parte do MMA/SRH. Quer dizer: pseudoprojetos, que, além de fraudulentos, não atingiram, repita-se, sua finalidade, em detrimento de toda a Federação, como bem acentuou o TCU (v. fl. 119, 1º volume).

Com efeito, o fato dos documentos elaborados pela Fundação serem praticamente idênticos, alterando-se apenas o nome do município com pequenos ajustes, indica que o MMA/SRH poderia bem haver contratado apenas cinco formulários-modelo, remetendo

às prefeituras os arquivos digitais para que estas providenciassem o ajuste à realidade local.

Não há como desconsiderar que os fatos narrados resultaram sim em prejuízo ao erário, afrontando os princípios constitucionais que informam a Administração Pública, notadamente os da eficiência, impessoalidade e moralidade.

No caso, é flagrante a presença do elemento subjetivo, da má-fé direcionada à obtenção de vantagem em detrimento do patrimônio público por parte de RUI MELO CARVALHO, que recebeu a documentação, acompanhou e atestou a idoneidade e o cumprimento das metas do convênio, quando teria o dever, na qualidade de consultor, de rejeitá-las pelos diversos vícios apontados, configurando os atos de improbidade descritos no art. 10, *caput*, e inciso XI, e art. 11, *caput*, todos da Lei nº 8.429/92.

Por sua vez, no que atine à FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA e seu representante JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, penso que o Ministério Público Federal não se desincumbiu do ônus probatório que lhe é atribuído.

Inexiste prova nos autos de que JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA tenha enriquecido ilicitamente ou obtido proveito pessoal dos convênios realizados com o MMA/SRH, nem de que tenha participado de fraude com o fim específico de lesar o erário.

Ao contrário, consta do processo que era RUI MELO DE CARVALHO e seus assessores que compareciam periodicamente na sede da Fundação João Ramos para pessoalmente preparar os procedimentos licitatórios e a documentação relativa aos citados projetos. Também era o próprio representante do MMA que negociava a liberação dos recursos em Brasília e mantinha contato com as prefeituras.

Neste particular, note-se que o acusado FRANCISCO PESOA FURTADO ao prestar esclarecimentos ao Ministério Público Federal (Termo de Declaração nº 377/04 no Processo Administrativo nº 0.15.000.000113/2004-14, fls. 471/472), autorizou a quebra de seu sigilo bancário e fiscal, demonstrando boa-fé e o intuito de colaborar com a investigação.

Na verdade, o que se observa é que o FRANCISCO PESSOA FURTADO, professor aposentado da Universidade do Ceará e presidente da FUNDAÇÃO, foi induzido e ludibriado por RUI MELO CARVALHO, dito servidor do MMA (quando era somente consultor), a abrir espaço da Fundação Prof. João Ramos Pereira para difusão de projetos relacionados ao Meio Ambiente.

Cuidando-se de aplicação e incidência de norma restritiva de direitos, a aplicação das sanções cominadas pela Lei 8.429/92 demanda a comprovação da má-fé, da vontade do agente dirigida à obtenção de resultado ilícito. Caberia ao Ministério Público Federal resgatar o *onus probandi* de que FRANCISCO PESSOA FURTADO agiu com dolo, mas não o fez.

Nessa seara, destaco que o objetivo da lei de improbidade é punir o gestor desonesto, e não aquele inábil. A improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializa-se pelo ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de má-fé, ou caracterizado pela imoralidade qualificada do agir.

Isto porque, partilho de entendimento de que para a caracterização do ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre má-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade se resolve apenas pela anulação do ato.

Confira-se a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. CONVÊNIO COM MUNICÍPIO. RECURSOS DO FNDE. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. LEI Nº 12846/2013.

I. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL insurge-se contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, para condenar Macro Shopping Ltda. ao ressarcimento integral do dano e devolução dos valores indevidamente incorporados, na importância de R\$ 79.081,50; pagamento de multa civil em uma vez ao valor do dano, e na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pes-

soa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, julgando improcedente o pedido quanto aos demais réus.

(...)

VIII. O objetivo da lei de improbidade é punir o gestor desonesto, e não aquele inábil. A improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializa-se pelo ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de má-fé, ou caracterizado pela imoralidade qualificada do agir. Isto porque, para a caracterização do ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre má-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade se resolve apenas pela anulação do ato.

IX. Apelação improvida.

(PROCESSO: 00000050220104058502, AC566618/SE, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 18/02/2014, PUBLICAÇÃO: *DJe* 20/02/2014 - Página 184)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. MERA IRREGULARIDADE FORMAL NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS A MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CONDUTA DO RÉU. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*.

1. A assinatura da Anotação de Responsabilidade Técnica do CREA (ART) e do Termo de Recebimento Definitivo da obra por engenheiros distintos deve ser considerada mera irregularidade formal na prestação de contas dos recursos federais repassados ao município, não tendo o condão de caracterizar, por si só, a prática de ato de improbidade administrativa, sobretudo quando não ficou comprovado o elemento subjetivo na conduta do réu, ou seja, o dolo de afrontar os princípios da Administração Pública e de causar dano ao erário. Precedentes do STJ.

2. Apelação não provida.

(PROCESSO: 200980010008545, AC554863/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, JULGAMENTO: 17/12/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 19/12/2013)

Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa em relação a RUI MELO CARVALHO, cumpre aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está o magistrado obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, conforme se infere na LIA, a qual abre oportunidade de serem aplicadas isolada ou cumulativamente as penas previstas para os atos de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, entendo que mostra-se desarrazoada a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, afigurando-se, a meu ver, suficiente à reprimenda da conduta ímproba do recorrente, a condenação no ressarcimento integral do dano causado no montante de R\$ 2.591.464,00 (dois milhões, quinhentos e noventa e um mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais), e a proibição de contratar com o poder público pelo prazo de cinco (5) anos.

Quanto aos honorários advocatícios, tenho por bem acolher o apelo da defensoria pública, isentando RUI MELO CARVALHO do pagamento de honorários advocatícios, por ser beneficiário da justiça gratuita, posto que o disposto no art. 11, parágrafo 2º, e no art. 12 da Lei nº 1060/50, no sentido do sobrestamento dos autos para adimplemento dessas verbas, enquanto perdurar o estado de carência econômica do condenado, é incompatível com os fins sociais da lei. Aplicação do art. 5º da LICC.

Com essas considerações:

a) Dou parcial provimento à apelação de RUI MELO CARVALHO, para afastar da condenação deste a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos e o pagamento de honorários advocatícios.

b) Dou provimento à apelação da FUNDAÇÃO PROFESSOR JOÃO RAMOS PEREIRA DA COSTA, e de seu representante, FRANCISCO PESSOA FURTADO, para absolvê-los da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.174-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: RETÍFICA ATALAIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. DANIELLE TENÓRIO TOLEDO CAVALCANTE E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 74, § 6º, DA LEI Nº 9.430/96. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. LEGALIDADE RECONHECIDA. ENCARGO LEGAL. DÉBITO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE.

- Além das formas de constituição do crédito tributário contempladas no Código Tributário Nacional, é possível que aquela ocorra mediante o procedimento de compensação encetado pelo contribuinte – ainda que não homologado –, consoante estabelecido no art. 74 da Lei nº 9.430/96, efetivando-se o “ajuste” de contas a partir da entrega da declaração em que constem os créditos utilizados e os respectivos débitos.

- Em consonância com o preceito legal contido no § 6º da Lei nº 9.430/96, no sentido de que “a declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados”, há de ser rechaçada a alegação de ocorrência na espécie da decadência do direito de lançar da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários objetos de cobrança no bojo do Feito Fiscal tombado sob o nº 0008301-30. 2011.4.05.8000.

- Inexiste qualquer mácula nas CDA’s executadas.

das ou ilegalidade no procedimento de cobrança adotado pelo Fisco, tendo, ao revés, esse órgão aplicado de forma escorreita o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Intelecção dos verbetes sumulares nºs 68 e 94 do STJ.

- Versando a hipótese dos autos de Embargos à Execução Fiscal de dívida de natureza tributária e contendo as Certidões de Dívida Ativa que lastreiam o feito executivo previsão de incidência dos encargos legais há de se aplicar a orientação contida na Súmula 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “O encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”, devendo, portanto, ser refutada a alegada inconstitucionalidade dessa verba.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 29 de maio de 2014. (Data de julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução manejados por RETÍFICA ATALAIA IN-

DÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. nos autos da ação fiscal movida pela Fazenda Nacional, fixando-lhe, ainda, a condenação a título de honorários advocatícios no montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Em seu recurso (fls. 649/672), sustenta a parte apelante a reforma *in totum* do provimento adversado (fls. 637/646), asseverando, para tanto, que manejou os embargos à execução fiscal objetivando a anulação de débitos diversos consubstanciados em Certidões de Dívida Ativa cobrados pela Fazenda Nacional no feito executivo tombado sob o número 0008301-30.2011.4.05.8000, cujo montante corresponde a cerca de R\$ 188.936,75 (cento e oitenta e oito mil, novecentos e trinta e seis reais e setenta e cinco centavos).

Sustenta que os débitos acima aludidos são decorrentes de compensações protocoladas entre os anos de 2004 e 2006, com créditos transferidos por terceiros (Mendo Sampaio S/A), e que houve a desconsideração das sobreditas compensações por parte da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Alagoas – DRFB/AL –, sob o fundamento de inoccorrência de decadência para promoção dos respectivos lançamentos, o que, ao seu sentir, afigura-se equivocado, tendo em conta a configuração da extinção dos débitos, dada a inexistência de lançamento de ofício na hipótese.

Aduz que se mostra acertada a qualificação das compensações como “não declaradas”, com base no disposto nos § 12, II, *d*, e § 13 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, sendo, pois, inequívoca a redação do § 13 do art. 74 da citada norma no sentido de reconhecer que a compensação, tida por não declarada, não é hábil à constituição do crédito tributário, pois não incide a previsão do § 6º do mesmo dispositivo legal.

Assevera, desse modo, que é patente a ilegalidade na hipótese em apreço, sobretudo porque demonstrado que houve a cobrança de débitos tributários em que incluído, indevidamente, o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, além de efetivar exigência inconstitucional do encargo legal de 20% sobre o valor da dívida.

Contrarrazões (cf. fls. 675/689).

É o relatório.

VOTO

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

Após compulsar os autos, tenho que não assiste direito à parte apelante.

A controvérsia presente na espécie reside em aferir se a compensação tida por não declarada, a teor da definição traçada pelo art. 74, § 12, da Lei 9.430/96, pode ou não ser reputada como confissão de dívida.

Convém observar que, além das formas de constituição do crédito tributário contempladas no Código Tributário Nacional, é possível que aquela ocorra mediante o procedimento de compensação encetado pelo contribuinte, consoante estabelecido no art. 74 da Lei nº 9.430/96.

É de se ver que a autorização constante na sobredita lei, no sentido de possibilitar ao contribuinte – possuidor de débito tributário e com crédito a receber – a devida compensação com o Fisco, em um verdadeiro “ajuste” de contas, não tem o condão de extinguir em definitivo o crédito tributário, consoante se infere do § 2º do art. 74 da Lei nº 9.430/96

Em outros termos: a declaração de compensação ficará sujeita à devida conferência por parte do órgão de Administração Tributária, estando a extinção definitiva do crédito tributário, desse modo, condicionada à ulterior condição resolutiva, qual seja, a efetiva homologação, nos moldes do § 2º do art. 74 da citada norma¹.

Dito isso, cumpre asseverar que o crédito lançado pelo contribuinte para o fim de tê-lo compensado, ainda que não ultimada tal providência – por incidir qualquer das hipóteses constantes do art. 74, § 12º, da Lei nº 9.430/96 –, e estando presentes todas as infor-

¹ Art. 74, § 2º, Lei nº 9.430/96:

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

mações necessárias para o Fisco, haverá de se considerar devidamente constituído.

Ora, imperioso observar o preceito legal contido no § 6º da Lei nº 9.430/96, no sentido de que *“a declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados”*.

Não me convence, portanto, a tese sustentada pela parte apelante, no sentido de que a incidência do § 12º do art. 74 da norma em comento – o qual restou aplicado na espécie² –, tem o condão de afastar todas as consequências previstas nos §§ 2º e 5º ao § 11º, do referido artigo, inclusive a possibilidade de se considerar a declaração de compensação como confissão dos débitos fiscais, porquanto tais informações não podem ser simplesmente desconsideradas pelo Fisco, cabendo-lhe, ao revés, impulsionar o trâmite de cobrança, tal qual ocorrido no caso em tela.

Nesse passo, forçoso rechaçar a alegada ocorrência da decadência do direito de lançar da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários objetos de cobrança no bojo do Feito Fiscal tombado sob o nº 0008301-30.2011.4.05.8000, eis que efetivamente constituído o crédito tributário.

Ressente-se, pois, de argumento válido a alegação de que deveria ter o fisco procedido ao lançamento de ofício, quando é consabido que tal hipótese de aperfeiçoamento da obrigação tributária possui requisitos distintos do lançamento por homologação, sendo essa a prática mais adotada pela Administração Tributária.

Não procede, outrossim, a verberada ocorrência de vício procedimental, vale dizer: inexistiu na hipótese qualquer mácula nas CDA's executadas ou ilegalidade no procedimento de cobrança adotado pelo Fisco, tendo, em verdade, esse órgão aplicado de forma escorreita o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da inclusão do ICMS na base de

² Imperioso destacar que as decisões administrativas das compensações tidas por “não declaradas”, com base no § 12º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, decorreram do não acolhimento da existência em favor do contribuinte do pretendido crédito-prêmio IPI.

cálculo do PIS e da COFINS, consoante há muito assentado nos verbetes sumulares nº 68 e 94 do STJ³.⁴.

Não se afigura adequado acoimar de ilegal a medida administrativa consistente em remeter para cobrança um crédito fazendário legítimo, quando verificada ausente qualquer respaldo para o abatimento mediante compensação, como na espécie.

Cumprido, por fim, analisar a insurgência manifestada em relação à cobrança do encargo legal.

É de se ver que, versando a hipótese dos autos de embargos à execução fiscal de dívida de natureza tributária, e contendo as Certidões de Dívida Ativa que lastreiam o feito executivo previsão de incidência dos encargos legais (cf. fls. 87/142), há de se aplicar a orientação contida na Súmula 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos: *“O encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”*, devendo, portanto, ser refutada a alegada inconstitucionalidade dessa verba.

Diante dessas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

³ Súmula 68- A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

⁴ Súmula 94 - A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.695-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA E HERMENEGILDO DE MELO SANTANA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO DE AREIA EM ÁREA DE ASSENTAMENTO DO INCRA. CRIMES AMBIENTAL E DE USURPAÇÃO (ARTS. 55 DA LEI Nº 9.605/98, E 2º DA LEI Nº 8.176/91). CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO E CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ARTS. 70 E 71). NÃO DERROGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 PELO ART. 55 DA LEI Nº 9.608/95. TUTELA PENAL A BENS JURÍDICOS DISTINTOS. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRACTO E RETROATIVA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 12.334/2010 ÀS CONDUTAS DELITIVAS PRATICADAS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO A RÉU NÃO APELANTE (CPP, ART. 580). ERRO DE TIPO, ESTADO DE NECESSIDADE, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E EXCESSO NA APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA NÃO CONFIGURADOS. READEQUAÇÃO DAS PENAS APLICADAS. INCOMPATIBILIDADE DA PENA DE RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DEGRADADO COM O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO CRIME AMBIENTAL. EXCLUSÃO DO AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO CONCURSO FORMAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.
- Apelação contra sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia para condenar os apelantes pela prática dos crimes dos arts. 55 da Lei nº 9.608/98, e 2º da Lei nº 8.176/91, em concurso formal e continuidade delitiva, à

pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, a ser cumprida em regime aberto, para ambos os apelantes, e à pena de multa equivalente a 1,55 (um vírgula cinquenta e cinco) salários mínimos, para o primeiro apelante, e correspondente a 26,3 (vinte e seis vírgula três) salários mínimos para o segundo apelante.

- Substituição das privativas de liberdade impostas a cada réu por duas restritivas de direito, a primeira de prestação de serviços à comunidade e a segunda de prestação pecuniária. As penas de prestação de serviços à comunidade para ambos os réus consiste na recuperação da área degradada, mediante apresentação de projeto aprovado pelo IBAMA, com o objetivo de recomposição das áreas impactadas, a ser executado pelo réu dentro do prazo da condenação, na forma do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98. As penas de prestação pecuniária foram fixadas em periodicidade mensal, pelo prazo da pena privativa de liberdade, nas quantias de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para o primeiro apelante e de R\$ 200,00 (duzentos) para o segundo recorrente, a serem revertidas em favor de entidade a ser definida na audiência admonitória.

- Alegações de a) erro de tipo por ausência de dolo; b) derrogação do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 pelo delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98; c) ausência de prova da autoria em relação ao segundo apelante; d) estado de necessidade em relação ao primeiro apelante; e de e) excesso na aplicação da pena de multa no que tange ao segundo recorrente.

- Ausência de derrogação do delito de usurpação (art. 2º da Lei nº 8.176/91) pelo crime ambiental (art. 55 da Lei nº 9.605/98), tendo em vista que a tutela penal visa a proteção de bens jurídicos distintos (patrimônio e meio ambiente). Pre-

cedentes do STJ. Ressalva do posicionamento em contrário do relator.

- Praticados os crimes do art. 55 da Lei nº 9.605/98, e art. 2º da Lei nº 8.176/91 mediante uma só ação, a hipótese é de concurso formal impróprio ou imperfeito, tendo em vista que ambos os crimes só admitem a modalidade dolosa. O fato de ter sido aplicada a causa de aumento de 1/6 (um sexto) sobre a pena do crime mais grave, a demonstrar a opção do julgador pelo concurso formal próprio, não autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta do crime menos grave.

- Não se verificando a presença de causas impeditivas ou suspensivas da prescrição (Lei 9.099/95, art. 89, § 6º; CPP, arts. 92, 93, 116, 386, III, 366 e Súmula 415 do STJ, e 368; CF, art. 53, §§ 3º a 5º), de causas gerais (CP, arts. 14, inciso II e parágrafo único, 16, 21, parte final, 24, § 2º, 26, parágrafo único, 28, § 2º, e 29, § 1º) ou especiais de diminuição de pena, nem de causas gerais (CP, art. 29, § 2º, parte final) ou especiais de aumento de pena, tampouco do redutor da menoridade ou maioridade senil (CP, art. 115), nem sendo possível computar no cálculo da prescrição o aumento de pena resultante do concurso formal (art. 70) e do crime continuado (CP, art. 71), o cálculo da prescrição deverá observar o limite da pena aplicado na primeira fase da individualização da pena.

- Às condutas delituosas praticadas antes de 6/5/2010, não se aplica a Lei nº 12.334/2010, que alterou o prazo prescricional do inciso VI do art. 109 do Código Penal de 2 (dois) para 3 (três) anos e extinguiu a possibilidade do reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

- Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa em favor de ambos os apelantes, integralmente no que tange ao crime do

art. 55 da Lei nº 9.605/98, haja vista o transcurso de prazo superior a 2 (dois) anos entre a data do(s) fato(s) e a data do recebimento da denúncia. Prejudicado o exame da apelação quanto às questões atinentes ao crime ambiental.

- Reconhecimento da prescrição retroativa apenas quanto à primeira das quatro condutas delitivas apuradas, em relação ao crime do art. 2º da Lei nº 8.176/92, em favor do primeiro apelante, tendo em vista o transcurso de prazo superior a 4 (quatro) anos entre a data do(s) fato(s) e a data do recebimento da denúncia.

- Em que pese a divergência jurisprudencial antiga e atual entre STF e STJ, inclusive internamente, deve ser admitida, em respeito ao princípio da igualdade, desde que em situações específicas: (a) ausência de materialidade do fato; (b) atipicidade do comportamento do agente; (c) descaracterização da natureza infracional do ato objeto da imputação penal; e (d) configuração de causa extintiva de punibilidade; a extensão, de ofício, aos corréus não apelantes, inclusive os que tiveram contra si operados os efeitos preclusivos da coisa julgada, os efeitos da decisão favorável aos apelantes, tendo em vista que o reconhecimento da prescrição retroativa tem por fundamento motivos que não são de caráter exclusivamente pessoal.

- Não se exige, para caracterização do dolo sobre elemento essencial do tipo (art. 2º da Lei nº 8.176/91), o pleno conhecimento de que a matéria prima “areia” pertence ao ente público denominado “União”, mas tão somente que o agente saiba que a areia é um bem público, sendo tal conhecimento fruto da consciência de que o referido bem não lhe pertence nem a qualquer particular. Diversas ações anteriores empreendidas na área pelo INCRA e DNPM e pelas Polícias Federal e Militar. Não acolhimento da alegação de erro de tipo.

- Tendo o réu afirmado que há 8 (oito) anos trabalha com a extração de areia, e uma vez constatado que o caminhão apreendido no local da extração irregular estava carregado de areia retirada do assentamento, conforme apurado em laudo pericial, e que tal veículo era conduzido por seu filho, não há como acolher a alegação de falta de provas para a condenação pela prática do crime descrito no art. 2º da Lei nº 8.176/91.

- Se o próprio réu afirmou em Juízo que sua renda era formada pelo cultivo de verduras e frutas e complementada com recursos oriundos de “bicos”, e que preferia explorar areia do que trabalhar para os outros, fazendo “bicos”, não se encontrava presente o perigo atual e inevitável exigido para a caracterização do estado de necessidade.

- A fixação do dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo levou em consideração a condição econômica do réu, por ser este detentor de renda mensal de aproximadamente R\$ 12.000,00 (doze mil reais), não havendo assim violação à proporcionalidade, uma vez que para os demais, o dia-multa foi fixado em 1/30 e 1/10 do salário mínimo vigente na data do fato, tendo em vista que suas rendas variam entre 1 (um) e 2 (dois) salários mínimos.

- Extinta a punibilidade dos crimes praticados em concurso formal, deve ser excluído da dosimetria o aumento de 1/6 (um sexto) incidente sobre a pena provisória definida para os crimes do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

- A extinção da punibilidade do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 praticado pelo primeiro apelante no dia 23/02/2007, deve repercutir proporcionalmente sobre o cálculo de sua pena, devendo ainda ser revista a pena de prestação de serviços à comunidade aplicada a ambos os apelantes, ante a prescrição do crime ambiental, do

que resulta inadequada a obrigatoriedade de recuperação da área degradada, nos termos do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98.

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática, pelo primeiro apelante, do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, em pelo menos três oportunidades (23/07/2007, 29/12/2007 e 22/09/2008) reduzida de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção para 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, fruto da redução proporcional da causa de aumento da continuidade no patamar de 1/3 para 1/5 (AgRg no REsp 1419242/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 30/04/2014) e da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática, pelo primeiro apelante, do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 46,6 (quarenta e seis vírgula seis) dias-multa para 34 (trinta e quatro) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, ficando em 1 (um) salário mínimo.

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática, pelo segundo apelante, do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, praticado em 22/09/2008, reduzida de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, fruto da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática, pelo segundo apelante, do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 52,6 (cinquenta e dois vírgula seis) dias-multa para 46 (quarenta e seis) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, ficando em 23 (vinte e três) salários mínimos.

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática, pelo terceiro réu não recorrente, do delito

tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, praticado em 22/09/2008, reduzida de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, fruto da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática, pelo terceiro réu não recorrente, do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 52,6 (cinquenta e dois vírgula seis) dias-multa para 46 (quarenta e seis) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, ficando em 23 (vinte e três) salários mínimos.

- Substituição da pena privativa de liberdade imposta ao primeiro apelante, por apenas uma restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, de modo a prevalecer a prestação de serviços à comunidade, junto a instituição a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade.

- Substituição da pena privativa de liberdade imposta ao segundo apelante por duas restritivas de direito, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, sendo a primeira, de prestação de serviços à comunidade, junto à instituição a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade, e a segunda, de prestação pecuniária, fixada na quantia de R\$ 177,00 (cento e setenta e sete reais), a ser revertida em favor de entidade a ser escolhida por ocasião da audiência admonitória.

- Substituição da pena privativa de liberdade, imposta ao terceiro réu não apelante, por duas restritivas de direito, nos termos do art. 45, § 2º, do Código Penal, sendo a primeira de prestação de serviços à comunidade, junto a instituição a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1

(uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade, e a segunda, de prestação pecuniária fixada na quantia de R\$ 87,00 (oitenta e sete reais), a ser revertida em favor de entidade a ser escolhida por ocasião da audiência admonitória.

- Custas processuais a serem suportadas proporcionalmente pelos réus, pro rata.

- Não fixação do valor mínimo para reparação do dano, em face da inexistência de elementos suficientes para tanto.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, reconhecer a prescrição retroativa em favor dos apelantes, em relação ao crime do art. 55 da Lei nº 9.608/98, estendendo-a em favor do corréu, com a readequação das penas aplicadas em face do crime capitulado no art. 2º da Lei 8.176/91, dando parcial provimento à apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação interposta por ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA e HERMENEGILDO DE MELO SANTANA (fls. 240 e 248/254) contra sentença do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 218/229), que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia para condenar os apelantes pela prática dos crimes dos arts. 55 da Lei nº 9.608/98 e 2º da Lei nº 8.176/9, em

concurso formal e continuidade delitiva, à pena privativa de liberdade de 1 (um) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, a ser cumprida em regime aberto, para ambos os apelantes, e à pena de multa equivalente a 1,55 (um vírgula cinquenta e cinco) salários mínimos, para o primeiro apelante, e correspondente a 26,3 (vinte e seis vírgula três) salários mínimos para o segundo apelante.

As penas privativas de liberdade impostas a cada réu foram substituídas por duas restritivas de direito, a primeira de prestação de serviços à comunidade e a segunda de prestação pecuniária. As penas de prestação de serviços à comunidade para ambos os réus consiste na recuperação da área degradada, mediante apresentação de projeto aprovado pelo IBAMA, com o objetivo de recomposição das áreas impactadas, a ser executado pelo réu dentro do prazo da condenação, na forma do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98. As penas de prestação pecuniária foram fixadas em periodicidade mensal, pelo prazo da pena privativa de liberdade, nas quantias de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA e de R\$ 100,00 (cem reais) para HERMENEGILDO DE MELO SANTANA, a serem revertidas em favor de entidade a ser definida na audiência admonitória.

Em suas razões recursais, os apelantes defendem, em síntese, a) erro de tipo por ausência de dolo; b) derrogação do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 pelo delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98; c) ausência de prova da autoria em relação ao réu HERMENEGILDO DE MELO SANTANA; d) estado de necessidade em relação ao acusado ADEILDO JOSÉ DA SILVA; e e) excesso na aplicação da pena de multa em relação ao réu HERMENEGILDO DE MELO SANTANA.

A acusação ofereceu contrarrazões ao recurso de apelação, pugnano pelo seu total improvimento (fls. 256/261).

A Procuradoria Regional da República, por sua vez, ofereceu parecer opinando pelo reconhecimento da prescrição retroativa em relação ao delito do art. 55 da Lei nº 9.605/98, em favor dos três réus, e pelo não provimento da apelação (fls. 263/268).

Não sendo hipótese de recurso que necessite de revisão, porquanto a pena privativa de liberdade cominada foi 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 FIALHO MOREIRA (Relator):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor de ADEILDO JOSÉ DA SILVA, VANILDO LUIZ DO NASCIMENTO, JOSÉ RIBEIRO LEMOS e HERMENEGILDO DE MELO SANTANA, imputando-lhes a prática dos ilícitos penais descritos no art. 55 da Lei nº 9.608/98 e no art. 2º da Lei nº 8.176/91, em concurso de crimes (concurso formal e crime continuado), por terem procedido, em diversas oportunidades, à extração de areia em área do Assentamento Ubu, localizado no Município de Goiana/PE, sem a obtenção das licenças ambiental e mineral.

Narra a peça acusatória que ADEILDO JOSÉ DA SILVA, possuidor da parcela nº 37 do Loteamento Ubu, alegando não possuir meios para desenvolver a agricultura na área, passou a extrair areia de sua parcela desde o ano de 2006, vendendo-a a terceiros ao valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) a carrada (caminhão cheio) e de R\$ 5,00 (cinco reais) por carregador, chegando a fornecer areia para até 4 (quatro) caminhões por dia, sem qualquer autorização.

Discorre a denúncia que HERMENEGILDO DE MELO SANTANA admitiu que realizava a extração de areia do assentamento de forma reiterada, sendo ele o proprietário do caminhão placa ABZ-1572, dirigido por seu filho Eduardo de Melo Santana e utilizado para o transporte de areia para revenda ao Armazém Jardim Jordão. Segundo a acusação, o referido veículo teria sido encontrado, em 22/09/2008, carregado de areia extraída irregularmente da parcela cujo possuidor é ADEILDO JOSÉ DA SILVA.

No curso do processo houve o falecimento do réu VANILDO LUIZ DO NASCIMENTO, tendo a sentença declarado a extinção da punibilidade com fundamento no art. 107, inciso I, do Código Penal. O réu JOSÉ RIBEIRO LEMOS não recorreu da sentença condenatória.

Entendendo haver provas suficientes da prática do ilícito e de sua autoria, o Juízo de origem proferiu sentença condenando os réus às penas do art. 55 da Lei nº 9.605/98, e do art. 2º da Lei nº 8.176/91, em concurso formal e continuidade delitiva, com a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Feitas essas observações, passo ao exame da alegação de derrogação do art. 2º da Lei nº 8.176/91 pelo art. 55 da Lei nº 9.605/98.

DA AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO DO DELITO DE USURPAÇÃO (ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91) PELO CRIME AMBIENTAL (ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98)

Sustentam os réus que a sentença não considerou a existência de concurso formal (CP, art. 70) entre o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e o delito do art. 2º da Lei nº 8.172/91, limitando-se reconhecer a continuidade delitiva (CP, art. 71), razão pela qual teria computado o acréscimo apenas desta última modalidade de concurso de crimes. Partindo dessa premissa, defendem a impossibilidade da dupla punição, na medida em que os tipos penais descreveriam a mesma conduta.

Vê-se claramente dos itens 112 a 114 da sentença, a seguir transcritos, que, na individualização da pena, levou-se em conta tanto o concurso formal quanto a continuidade delitiva:

112. Constato, em primeiro lugar, no tocante ao réu ADEILDO, a incidência da causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, em virtude da continuidade delitiva.

113. Destarte, considerando que a conduta do réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA se repetiu em pelo menos quatro oportunidades (23.02.2007, 23.07.2007, 29.12.2007 e 22.09.2008), a pena aplicada para cada delito deverá ser acrescida da fração de 1/3, assim resultando: 1 (um) e 4 (quatro) meses de detenção, pela prática do crime descrito no art. 2º da Lei nº 8.176/91, e de 8 (oito) meses de detenção, pela prática do crime ambiental previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98.

114. Ademais, constato em relação aos três réus a existência de causa de aumento de pena prevista na

parte geral do Código Penal (art. 70, primeira parte), pelo que aplico a mais grave das penas cabíveis (aquela pertinente ao crime previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91, aumentada de 1/6 (um sexto), o que perfaz:

a) Para ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA: um total de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

b) Para JOSÉ RIBEIRO LEMOS: um total de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

c) Para HERMENEGILDO DE MELO SANTANA: um total de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

É importante ressaltar que o equívoco cometido pela magistrada ao considerar que a hipótese seria de concurso formal perfeito (exasperação da pena do crime mais grave), não afasta a prática dolosa de ambos os crimes. Explico: o concurso de crimes é formal porque o agente pratica apenas uma conduta, mas não poderia ser perfeito porque os tipos do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e do art. 2º da Lei nº 8.176/91 não admitem a conduta culposa.

Estando, pois, o magistrado diante de concurso de crimes de tipos exclusivamente dolosos, não haveria como, pelo menos em princípio, deixar de aplicar as regras do concurso formal impróprio. Significa dizer que, não admitir a existência de desígnios autônomos, seria o mesmo que afastar o dolo de uma das condutas, o que levaria à atipicidade de uma das condutas.

Chega-se a essas conclusões a partir do magistério de Cezar Roberto Bitencourt em seu Tratado de Direito Penal, Vol. 1, 14ª edição, pág. 644:

3.2 Concurso Formal

Ocorre o concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nessa espécie de concurso há unidade de ação e pluralidade de crimes. Assim, para que haja concurso formal é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que esta se divide. O concurso formal pode ser próprio (perfeito), quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna de vontade do agen-

te, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso. Não devem existir – na expressão do Código – desígnios autônomos.

Mas o concurso formal também poder ser impróprio (imperfeito). Nesse tipo de concurso, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de ‘desígnios autônomos’, que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação.

A regra do concurso formal próprio foi mais benéfica aos apela-ntes, e não tendo havido recurso da acusação, deve ser manti-da, não servindo o equívoco de fundamento suficiente para afastar o dolo de uma das condutas.

No que tange especificamente à suposta derrogação do delito de usurpação (art. 2º da Lei nº 8.176/91) pelo crime ambiental (art. 55 da Lei nº 9.605/98), entendo que a extração de areia não se enquadra no tipo do art. 2º da Lei nº 8.176/91. Além disso, conside-ro que o art. 55 da Lei nº 9.605/98 derogou implicitamente o art. 2º da Lei nº 8.176/91. Diversamente, vem entendendo o eg. Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa a partir do seguinte jul-gado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMEN-TAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES AMBIENTAL E CONTRAA ORDEM ECONÔMICA. APA-RENTE CONFLITO DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. LEIS 8.176/91 E 9.605/98. EN-TENDIMENTO DESTE STJ. SÚMULA 83/STJ. PREQUES-TIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO. AGRA-VO NÃO PROVIDO.

1. As Turmas componentes da 3ª Seção têm entendi-mento firme no sentido de que os arts. 55 da Lei 9.605/98, e 2º, *caput*, da Lei 8.176/91 protegem bens jurí-dicos distintos: o meio ambiente e a ordem econô-mica, de forma que não há falar em derrogação da se-gunda pela primeira, restando ausente o conflito apa-rente de normas.

2. “O artigo 2º da Lei 8.176/91 tipifica o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo, enquanto que o artigo 55 da Lei 9.605/98 tipifica o delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida, sendo indubitavelmente distintas as situações jurídico-penais” (HC 35.559/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05/02/2007).

3. Por outro vértice, a ausência de pronunciamento em torno da questão contida nos dispositivos da legislação federal invocada impede o conhecimento do recurso especial, pela falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Ademais, a aceitação, pela jurisprudência deste STJ, do chamado “prequestionamento implícito” não socorre aos recorrentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 137.498/SP, Rel. Ministro JORGE MULLER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 27/11/2013)

Assim como a matéria já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sigo o entendimento dominante, com a ressalva de meu posicionamento em contrário, devendo, portanto, ser rejeitado o argumento da derrogação da Lei nº 8.176/91.

DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

De acordo com a denúncia, os réus realizaram por vários anos a extração irregular de areia no Assentamento Ubu, sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM e sem licença ambiental expedida pelo órgão ambiental competente (CPRH).

Não obstante essa informação, a MM. Juíza considerou praticados os delitos do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e do art. 2º da Lei nº 8.176/91 em apenas 4 (quatro) oportunidades, cujas datas são as seguintes: 23/02/2007, 23/07/2007, 29/12/2007 e 22/09/2008. Não tendo havido recurso da acusação em face da sentença, devem ser estas as datas consideradas para efeito de prescrição.

Nos termos do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que se consumou o delito (art. 111), sendo causas interruptivas da prescrição o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória recorrível (art. 117, inciso I, IV).

A denúncia foi recebida em relação a todos os acusados no dia 30/03/2011 (fls. 47/52), vindo a sentença condenatória, objeto deste recurso, a ser publicada, em mãos do escrivão, no dia 08/03/2013 (fl. 230).

Não se verifica a presença de causas impeditivas ou suspensivas da prescrição (Lei 9.099/95, art. 89, § 6º; CPP, arts. 92, 93, 116, 386, III, 366, e Súmula 415 do STJ, e 368; CF, art. 53, §§ 3º a 5º), de causas gerais (CP, arts. 14, inciso II, e parágrafo único, 16, 21, parte final, 26, parágrafo único, 28, § 2º, e 29, § 1º) ou especiais de diminuição de pena, nem de causas gerais (CP, art. 29, § 2º, parte final) ou especiais de aumento de pena.

No que tange às causas de diminuição, ressalva-se apenas a possibilidade de aplicação do art. 24, § 2º, do Código Penal, em virtude da alegação de estado de necessidade feita pela defesa.

Na contagem do prazo prescricional pela pena em concreto, não será computado o aumento decorrente do concurso formal (art. 70) nem da continuidade delitiva (art. 71), em conformidade com o art. 119 do Código Penal e da Súmula 457 do STF.

Não incide ainda o redutor da prescrição de que trata o art. 115 do Código Penal, tendo em vista que todos os réus eram maiores de 21 (vinte e um) anos na data do fato e não tinham idade superior a 70 (setenta) anos na data da sentença.

Da Prescrição da Pretensão Punitiva com Base na Pena em Abstrato

Réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA

O art. 55 da Lei nº 9.605/98 comina ao agente que praticar o crime pena privativa de liberdade que varia de **6 (seis) meses a 1 (um) ano**. O art. 2º da Lei nº 8.176/91, por sua vez, traz em seu preceito secundário pena privativa de liberdade variando entre **1 (um) e 5 (cinco) anos**. Vejamos:

Lei nº 9.605/98:

Art. 55. 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.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

Lei nº 8.176/91:

Art. 2º 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.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

§ 3º O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional (BTN).

Assim, em face do que dispõe o art. 109 do Código Penal, o prazo prescricional da pretensão punitiva pela pena em abstrato para o crime ambiental é de **4 (quatro) anos** e para o crime de usurpação de patrimônio público é de **12 (doze) anos**. Confira-se:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

Com base nessas premissas, deve-se reconhecer que um dos crimes do art. 55 da Lei nº 9.605/98 havia sido alcançado pela prescrição com base na pena em abstrato antes do recebimento da denúncia, haja vista o transcurso de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 3 (três) dias entre a data do fato (23/02/2007) e a data do recebimento da peça acusatória (30/03/2011).

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	23/02/2007	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	4 anos, 1 mês e 7 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Quanto às demais condutas, tanto as definidas no art. 55 da Lei nº 9.605/98 quantos as tipificadas no art. 2º da Lei nº 8.176/91, e aos corréus, não houve a incidência da prescrição pela pena em abstrato.

Da Prescrição da Pretensão Punitiva com Base na Pena em Concreto

Réus ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA e HERMENEGILDO MELO DE SANTANA

Na segunda fase da aplicação da pena, a sentença condenou o réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA a 6 (seis) meses de detenção, pela prática do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e a 1 (um) ano de detenção, pela prática do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Também na segunda fase da aplicação da pena, o réu HERMENEGILDO MELO DE SANTANA foi condenado à pena de **8 (oito) meses** de detenção pelo crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e de **1 (um) ano e 4 (quatro) meses** de detenção pelo crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Assim, nos termos do art. 109 do Código Penal, o prazo prescricional da pretensão punitiva pela pena em concreto, para ambos os réus, é de 3 (três) anos para o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e de 4 (quatro) anos para o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

Cumprido, no entanto, observar que os fatos narrados na inicial foram todos praticados antes de 6/5/2010, data em que entrou em vigor a Lei nº 12.334/2010, que alterou o prazo prescricional do inciso VI do art. 109 do Código Penal de 2 (dois) para 3 (três) anos e extinguiu a possibilidade do reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

Desse modo, em se tratando de norma penal que atinge o *status libertatis*, cabe considerar o prazo prescricional pela pena em concreto como sendo de 2 (dois) anos para o crime ambiental.

Nesse passo, concluo que todas as condutas tipificadas no art. 55 da Lei nº 9.605/98, praticadas pelo réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA, foram alcançadas pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. Senão, vejamos:

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	23/02/2007	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	4 anos, 1 mês e 7 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	27/07/2007	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	3 anos, 8 meses e 7 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	29/12/2007	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	3 anos, 3 meses e 1 dia
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	22/09/2008	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	2 anos, 6 meses e 8 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Encontra-se ainda fulminado pela prescrição retroativa, o crime de usurpação (art. 2º da Lei nº 8.176/91) praticado no dia 23/02/2007, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	23/02/2007	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	4 anos, 1 mês e 7 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Em relação às demais condutas, tanto as definidas no art. 55 da Lei nº 9.605/98 quantos as tipificadas no art. 2º da Lei nº 8.176/91, não houve a incidência da prescrição pela pena em concreto.

Quanto ao réu HERMENEGILDO MELO DE SANTANA, o crime ambiental por ele praticado em 22/09/2008 também se encontra fulminado pela prescrição retroativa.

Art. 55 da Lei nº 9.605/98		
Marco interruptivo	Data	Período transcorrido
Data do fato	22/09/2008	
Data do recebimento da denúncia	30/03/2011	2 anos, 6 meses e 8 dias
Data da publicação da sentença condenatória	09/03/2013	1 ano, 11 meses e 8 dias

Uma vez constatada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 para ambos os réus e em relação a todos os fatos, fica prejudicada a apelação quanto às matérias atinentes a esse tipo penal. Remanesce, todavia, o interesse recursal quanto ao tipo do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AOS DEMAIS RÉUS (CPP, ART. 580)

Questão tormentosa consiste em saber se, no concurso de agentes, os réus que não apelaram – e que contra si tiveram ope-

rados os efeitos preclusivos da coisa julgada – têm o direito de ser beneficiados com os efeitos do acórdão favorável a um ou alguns dos demais réus apelantes.

Registro a existência de vários julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça não admitindo essa possibilidade, sob o fundamento de que os réus que não apelaram e foram alcançados pela coisa julgada não se encontram na mesma situação daqueles que não se conformaram com a sentença. Confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. PEDIDO DE EXTENSÃO. INVIABILIDADE. SITUAÇÕES FÁTICAS DISTINTAS.

1. O art. 580 do Código de Processo Penal preceitua que, não havendo circunstância de caráter exclusivamente pessoal, a decisão proferida em sede recursal favorável ao corréu, a todos aproveitará.

2. Na espécie, fora reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado em favor de dois réus ante a inexistência de trânsito em julgado da condenação – pela interposição de recurso especial –, sendo que o agravante não logrou demonstrar a identidade de referidas situações fáticas que pudessem autorizar a extensão da decisão declaratória da extinção da punibilidade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1030490/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. JULGAMENTO CONJUNTO DE CINCO RECURSOS DE EMBARGOS. REJEIÇÃO DE UM DOS EMBARGOS E ACOLHIMENTO PARCIAL DE OUTRO. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AOS DEMAIS EMBARGANTES, FICANDO PREJUDICADOS, EM CONSEQUÊNCIA, OS RECURSOS POR ELES INTERPOSTOS. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO, EM RELAÇÃO AOS CORRÉUS CUJAS CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITARAM EM JULGADO (CPP, ARTIGO 580). INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO

CUMPRIMENTO DA PENA OU PELA PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO EXECUTÓRIA FORMULADO POR UM DOS
EMBARGANTES.

(...)

8. Reconhecida, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, quanto a alguns dos recorrentes, ficam sem objeto os recursos especiais e os embargos de declaração pendentes de julgamento.

9. Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não se estende os efeitos dessa decisão aos corréus em relação aos quais, à época em que se verificou referida prescrição, já havia ocorrido o trânsito em julgado da condenação. Mas, se ainda pendem de julgamento eventuais recursos extraordinários interpostos pelos corréus, e que sequer foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, pode ser reconhecida, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva.

10. Embargos de declaração de José Caruzzo Escafura rejeitados e indeferidos os seus pedidos de reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena ou pela prescrição da pretensão executória; embargos de Luiz Pacheco Drumond acolhidos, em parte, mas sem nenhuma alteração quanto ao resultado do julgamento já proclamado; declaração, de ofício, da extinção da punibilidade dos fatos pelos quais foram condenados os embargantes Nélio Machado, Jorge Mário Gomes, Otávio Seiler, Oscar de Sá Alves e Carlos Teixeira Martins, ficando prejudicados, em consequência, os seus recursos especiais e embargos de declaração; declaração, de ofício, da prescrição dos fatos pelos quais condenados os corréus Emil Pinheiro e Joel Vieira, que não apresentaram embargos de declaração, ficando prejudicados os seus recursos especiais; declaração, de ofício, e com fundamento no artigo 580 do CPP, de extinção da punibilidade dos fatos pelos quais condenados os corréus Romeu Diamant, Roberto Alves Castro e Elson de Siqueira Campello.

(EDcl no REsp 440.106/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 23/08/2010)

No mesmo sentido, encontramos recentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Pedido de extensão em *habeas corpus*. Constitucional. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Vedação *ex lege* (art. 44 da Lei nº 11.343/06). Inadmissibilidade. Necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP. Condenação. Fundamentação inexistente no caso concreto quanto ao paciente. Ordem parcialmente concedida. Pedido de extensão formulado por correu. Alegada identidade de situações. Não ocorrência. Aplicabilidade do art. 580 do Código de Processo Penal. Impossibilidade. Trânsito em julgado da condenação. Requerente em cumprimento definitivo da pena. Extensão não deferida.

1. Sob o argumento de que se encontra em situação idêntica à do paciente, em favor de quem foi concedida parcialmente a ordem – para que o juízo de origem substituisse a sua segregação cautelar por medidas cautelares previstas nos incisos I e II do art. 319 do Código de Processo Penal –, busca o requerente, nos moldes do preceituado no art. 580 do mesmo Codex, a extensão dos efeitos daquela decisão em seu favor.

2. Em relação ao requerente, o processo crime transitou em julgado, contando, inclusive, com guia de execução definitiva da pena, não havendo, portanto, que se falar em extensão dos efeitos da decisão proferida no mérito da impetração.

3. Pedido indeferido.

(HC 108345 Extn, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-085 DIVULG. 07-05-2013 PUBLIC. 08-05-2013)

EMENTA: *Habeas corpus*. 1. Condenação por crime eleitoral. 2. A impetração sustenta em síntese existência de constrangimento ilegal em virtude i) da não extensão dos efeitos da extinção da punibilidade, com relação ao paciente; e ii) da irregularidade da certidão de trânsito em julgado. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal entende que, em havendo trânsito em julgado de sentença condenatória, é razoável o aumento da pena em um terço. 4. A orientação jurisprudencial é distinta, porém, quando ao trânsito não se tenha efetivado. 5. Somente nessa segunda hipótese, a pendência de sentença penal condenatória deve ser interpretada no sentido de que não é possível computar o referido aumento. Precedentes: HC no

87.716/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, *DJ* de 10.03.2006; e HC nº 86.646/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, *DJ* de 08.03.2006). 6. O trânsito da sentença está certificado por documento acostado aos autos (fls. 167/168). 7. A extensão da decisão em *ha-beas corpus* para corréu somente pode abranger aquele que esteja em situação objetiva e subjetivamente idêntica à do beneficiado. Esta é a posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente à exegese do art. 580 do Código de Processo Penal. Precedente: HC no 83.558/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 20.02.2004. **8. É inequívoco a ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com relação ao ora paciente. 9. O paciente não faz jus à extensão do benefício pleiteado exatamente porque se encontra em situação subjetivamente distinta da dos corréus beneficiados pela ordem. 10. Ordem indeferida.**

(HC 89695, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2006, *DJ* 02-03-2007 PP-00027 EMENT. VOL-02266-04 PP-00683 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, pp. 372-385)

EMENTA: - Direito Penal e Processual Penal. Prescrição da pretensão punitiva. **Extensão dos efeitos a corréu (art. 580 do Código de Processo Penal). Inadmissibilidade, no caso.**

1. Não se encontrando o paciente na mesma situação dos corréus, beneficiados pela prescrição da pretensão punitiva, não faz jus à extensão desse benefício (art. 580 do C.P.Penal).

2. HC indeferido.

(HC 72516, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 26/09/1995, *DJ* 27-10-1995 PP-36334 EMENT. VOL-01806-02 PP-00320)

Parece-me, contudo, que a razão está com a corrente jurisprudencial que entende possível, em determinadas situações específicas, a extensão aos réus dos efeitos da decisão favorável aos réus que não apelaram e tiveram contra si os efeitos do trânsito em julgado da sentença condenatória. Adotando essa linha de raciocínio, vale conferir os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PEDIDO DE EXTENSÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ALEGAÇÃO DE *ABOLITIO CRIMINIS* DO CRIME PREVISTO NO ART. 12, § 2º, INC. III, DA LEI Nº 6.368/76: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO DE CORRÉU PROVIDO POR CRITÉRIO OBJETIVO: *ABOLITIO CRIMINIS*. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES: INCIDÊNCIA DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO PARCIALMENTE DEFERIDO.

1. O crime previsto no art. 12, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.368/76 não foi revogado pela Lei nº 11.343/06. Precedentes.

2. Entretanto, o Tribunal de Justiça carioca julgado extinta a punibilidade do crime em referência cometido por corréu, em razão do reconhecimento da *abolitio criminis*, a dizer, por critério objetivo, e não por motivo de caráter pessoal, aplica-se à espécie a regra do art. 580 do Código de Processo Penal.

3. O número de corréus, a existência de jurisprudência desfavorável à pretensão dos requerentes e a recomendação de cautela para evitar que a invocação do princípio da isonomia resulte atabalhoadamente em impunidade não são fundamentos suficientes a demonstrar como ilegítimo o pedido de extensão, notadamente porque a lei processual penal vigente é expressa no sentido de que no caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que são bastante estritos os pressupostos de aplicabilidade da norma inscrita no art. 580 do Código de Processo Penal, que somente se estende ao réu – que não recorreu – em quatro situações específicas: a) ausência de materialidade do fato; b) atipicidade do comportamento do agente; c) descaracterização da natureza infracional do ato objeto da imputação penal; e d) configuração de causa extintiva de punibilidade; sendo certo que essa norma – excepcionalmente aplicável ao processo de *habeas corpus* – persegue um claro objetivo: dar efetividade, no plano processual penal, à garantia de equidade. Precedentes.

5. Existindo, nos autos, informação no sentido de que vá-

rios corréus foram beneficiados com extinção da punibilidade, de que determinados corréus foram absolvidos e de que outros sequer foram processados, o presente pedido de extensão deve abranger tão-somente os corréus que foram efetivamente condenados, com trânsito em julgado, nas penas do art. 12, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.368/76.

6. Pedido de extensão parcialmente deferido.

(RHC 97458 extensão, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, *DJe*-230 DIVULG 29-11-2010 PUBLIC 30-11-2010 EMENT VOL-02441-01 PP-00042)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 12, 14 E 16, C/C O ART. 18, INCISO I, DA LEI Nº 6.368/76. PRETENDIDA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ABSOLVIÇÃO OBTIDA PELO CORRÉU EM GRAU DE RECURSO. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. PEDIDO INDEFERIDO.

- São bastante estritos os pressupostos de aplicabilidade da norma inscrita no art. 580 do Código de Processo Penal, que somente se estende ao réu – que não recorreu – em quatro situações específicas: (a) ausência de materialidade do fato; (b) atipicidade do comportamento do agente; (c) descaracterização da natureza infracional do ato objeto da imputação penal; e (d) configuração de causa extintiva de punibilidade.

(HC 69570, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 29/09/1992, *DJ* 27-10-2006 PP-00050 EMENT VOL-02253-02 PP-00269 RTJ VOL-00201-03 PP-00989)

Importa observar que a hipótese dos autos se enquadra em uma das situações mencionadas nos precedentes da relatoria do Ministro Celso de Mello, mais recentemente reproduzido em julgado da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, tendo em vista que o reconhecimento da prescrição retroativa que conduz à extinção da punibilidade, tem por fundamento motivos que não são de caráter exclusivamente pessoal.

Firme nesse entendimento e com base nas disposições do art. 580 do Código de Processo Penal,, voto no sentido de que estendidos, de ofício, ao réu JOSÉ RIBEIRO DE LEMOS os mes-

mos efeitos do reconhecimento da prescrição em favor dos réus ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA e HERMENEGILDO MELO DE SANTANA.

DA ALEGAÇÃO DE ERRO SOBRE ELEMENTO ESSENCIAL DO TIPO PENAL

Os apelantes aduzem que na fase de instrução teria sido amplamente demonstrado seu desconhecimento acerca da ilicitude do fato, pois os depoimentos prestados perante a magistrada revelaram não saber que a areia extraída constituía bem da União.

Deve-se considerar que, embora a afirmação seja de erro sobre a ilicitude do fato, erro de proibição, portanto, é possível perceber pela íntegra da narrativa que a verdadeira intenção dos recorrentes era sustentar a ocorrência de erro sobre elemento essencial do tipo, ou seja, erro de tipo.

Reforça essa compreensão a existência de duas referências expressas na apelação ao erro de tipo, além das alegações de desconhecimento de que o bem era de domínio da União e de ausência de dolo.

Entendo, todavia, que os elementos constantes dos autos não permitem o reconhecimento do apontado erro de tipo. O item 37 da sentença revela trechos do interrogatório de ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA, deixando claro que o referido réu, apesar de ter conhecimento da ilicitude de sua conduta, continuava a exercer a atividade de extração de areia por “precisão”. *In verbis*:

37. Nada obstante tenha o acusado confessado ter praticado a conduta ilícita, num primeiro momento, tentou demonstrar que não tinha conhecimento de sua ilicitude, alegando não saber que seu comportamento, ao permitir a extração de areia, comercializando-a, caracterizava crime, contudo, no decorrer de suas declarações em Juízo, ele deixou evidenciar que tinha conhecimento da ilegalidade de seu comportamento, acabando por admitir que sabia ser “errado” a atividade de extração e comercialização de areia, mas que o fazia por “precisão”.

Além disso, as diversas ações de fiscalização empreendidas por entidades como o INCRA, DNPM, na companhia da Polícia Federal e da Polícia Militar, na área ocupada pelo réu ADEÍLDO

JOSÉ DA SILVA servem de reforço para afastar a alegação de desconhecimento da ilegalidade de permitir a extração de areia com intuito econômico.

Ora, se o réu sabia que a extração de areia para fins de comercialização era uma atividade ilícita, certamente tinha consciência de que a areia não lhe pertencia, também não podendo esse bem pertencer a qualquer outro particular, já que ele próprio detinha a posse sobre a parcela nº 37. Não se exige, assim, o pleno conhecimento de que a matéria-prima pertence a um ente público denominado “União”, mas tão somente que a areia é um bem público, sendo tal conhecimento fruto da consciência de que o referido bem não pertence a qualquer particular.

Também não merece prosperar o argumento do erro de tipo em relação ao réu HERMENEGILDO DE MELO SANTANA, tendo em vista que este, conforme depoimento prestado em Juízo, atuava no comércio de areia há 8 (oito) anos, não sendo crível que não soubesse da necessidade de obtenção das licenças ambiental e mineral para a extração da areia, resultando daí o conhecimento de que a areia constitui bem de domínio público, mais precisamente da União.

Com base nessas considerações, não merece ser acolhida a alegação de erro sobre elemento constitutivo do tipo penal.

DA ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA EM RELAÇÃO A HERMENEGILDO DE MELO SANTANA

A defesa de HERMENEGILDO DE MELO SANTANA alega não haver nos autos provas de que o referido réu seja autor do crime previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91, sob os argumentos de que este jamais esteve no Assentamento Ubu e não negocia com a chamada “areia lavada”, que se distingue da “areia branca”, objeto da ação penal.

Como bem observado pelo Ministério Público Federal, não procede a alegação do referido réu de que nunca esteve no Assentamento Ubu, uma vez que em seu depoimento prestado em Juízo admitiu “que há oito anos trabalha carregando areia, por vezes areia lavada que retira em Primavera-PE ou Ipojuca-PE, por vezes areia de frígir que retira no Assentamento Ubu, em Itapissuma/PE”.

Por outro lado, o fato de ter sido apreendido, no local da extração irregular, caminhão de sua propriedade, carregado com a areia extraída do assentamento, conforme apurado em laudo pericial, caminhão esse que era conduzido por seu filho, robustece a compreensão de que o aludido réu praticou, ainda que por interposta pessoa, a conduta descrita no art. 2º da Lei nº 8.176/91.

DA ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE EM RELAÇÃO A ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA

Não merece qualquer reparo a sentença na parte em que afasta a existência de excluyente de ilicitude do estado de necessidade. Com efeito, não demonstrado o preenchimento dos requisitos do art. 24 do Código Penal, não há como reconhecer a ocorrência do estado de necessidade. Ora, se o próprio réu afirmou em Juízo que sua renda era formada pelo cultivo de verduras e frutas e complementada com recursos oriundos de “bicos”, e que preferia explorar areia do que trabalhar para os outros, fazendo “bicos”, não se encontrava presente o perigo atual e inevitável exigido para a caracterização do estado de necessidade.

DA ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA APLICAÇÃO DA MULTA EM RELAÇÃO A HERMENEGILDO DE MELO SANTANA

Por fim, pretende o réu HERMENEGILDO DE MELO SANTANA redução da pena de multa que lhe foi aplicada no equivalente a 26,3 salários mínimos vigentes à época do fato delituoso, invocando excesso na aplicação da pena pecuniária.

Assevera que a fixação do valor do dia-multa em montante muito elevado não observa o dever de proporcionalidade entre as penas, não havendo razão para esse excesso, uma vez que as circunstâncias judiciais foram sopesadas em seu favor, sem ocorrência de agravantes e apenas de uma causa de aumento de pena. Argumenta que não se levou em consideração sua condição econômica de hipossuficiente.

Analisando os motivos apontados na sentença para a quantificação do dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo, vejo ter sido levado em conta justamente a condição econômica do réu, por ser este detentor de renda mensal de aproximadamente R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Para os demais, o dia multa foi fixado em 1/30 e 1/10

do salário mínimo vigente na data do fato por possuírem renda entre 1 (um) e 2 (dois) salários mínimos.

Não se mostra, assim, válido o argumento de que não foi considerada a condição econômica do réu e conseqüentemente de excesso na definição do valor do dia-multa.

CONCLUSÃO

1) Deve ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, para ambos os apelantes, em relação a todos os crimes do art. 55 da Lei nº 9.605/98 praticados ou não em continuidade delitiva, pela prescrição da pena em concreto.

2) Extingue-se da punibilidade do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 praticado pelo réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA, no dia 23/02/2007, com base na prescrição pela pena em concreto.

3) Extinta a punibilidade dos crimes praticados em concurso formal, fica sem efeito o aumento de 1/6 (um sexto) incidente sobre a pena provisória definida para os crimes do art. 2º da Lei nº 8.176/91.

4) A extinção da punibilidade do crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91 praticado, pelo réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA, no dia 23/02/2007, deve repercutir proporcionalmente sobre o cálculo de sua pena.

5) A extinção da punibilidade do crime ambiental torna necessária a redefinição da pena de prestação de serviços à comunidade, de modo a que seja excluída a obrigação de recuperação da área degradada, nos termos do art. 8º, I, c/c o art. 9º, ambos da Lei nº 9.605/98.

6) Estende-se, de ofício, ao réu JOSÉ RIBEIRO DE LEMOS, não apelante, o reconhecimento da prescrição reconhecida em favor dos apelantes, independentemente da ocorrência do trânsito em julgado.

DA READEQUAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DE MULTA

Como consequência do reconhecimento da prescrição integral do crime ambiental e do crime de usurpação (primeira condu-

ta) em favor de todos os acusados, salvo quanto a VANILDO LUIZ DO NASCIMENTO, que faleceu no curso do processo, devem as penas pela prática do crime de usurpação ser reduzidas, proporcionalmente, nos seguintes moldes:

ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA:

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, em pelo menos três oportunidades (23/07/2007, 29/12/2007 e 22/09/2008) reduzida de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção **para 1 (um) ano de detenção**, em regime aberto, fruto da redução proporcional da causa de aumento da continuidade no patamar de 1/3 para 1/5 (AgRg no REsp 1419242/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 30/04/2014) e da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 46,6 (quarenta e seis vírgula seis) dias-multa para 34 (trinta e quatro) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, **ficando em 1 (um) salário mínimo**.

HERMENEGILDO DE MELO SANTANA

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, praticado em 22/09/2008, reduzida de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção **para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção**, em regime aberto, fruto da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 52,6 (cinquenta e dois vírgula seis) dias-multa para 46 (quarenta e seis) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, **ficando em 23 (vinte e três) salários mínimos**.

JOSÉ RIBEIRO LEMOS

- Pena privativa de liberdade definitiva pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91, praticado em 22/09/2008, reduzida de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de deten-

ção para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, fruto da exclusão da causa de aumento de 1/6 em razão do concurso formal.

- Pena de multa pela prática do delito tipificado no art. 2º da Lei nº 8.176/91 reduzida de 52,6 (cinquenta e dois vírgula seis) dias-multa para 46 (quarenta e seis) dias-multa, fruto da redução proporcional da pena privativa de liberdade, ficando em 23 (vinte e três) salários mínimos.

DA READEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO

ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA:

- Tendo a pena privativa de liberdade ficado em 1 (um) ano, cabe apenas a aplicação de uma pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, de modo que deverá prevalecer a prestação de serviços à comunidade, junto a instituição a ser definida pelo Juízo da execução, à razão de **1 (uma) hora por dia de condenação**, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade, tendo em vista o disposto no art. 44, § 2º, do Código Penal.

HERMENEGILDO DE MELO SANTANA

- A primeira, de prestação de serviços à comunidade, junto à instituição a ser definida pelo Juízo da execução, à razão de **1 (uma) hora por dia de condenação**, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade.

- A segunda, de prestação pecuniária, nos termos do art. 45, § 2º, do Código Penal, fixada na quantia de **R\$ 177,00 (cento e setenta e sete reais)**, a ser revertida em favor de entidade a ser escolhida por ocasião da audiência admonitória.

JOSÉ RIBEIRO LEMOS

- A primeira, de prestação de serviços à comunidade, junto a instituição a ser definida pelo juízo da execução, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade.

- A segunda, de prestação pecuniária, nos termos do art. 45, § 2º, do Código Penal, fixada na quantia de **R\$ 87,00 (oitenta e sete**

reais), a ser revertida em favor de entidade a ser escolhida por ocasião da audiência admonitória.

As custas processuais deverão ser pagas proporcionalmente pelos réus.

Não fixação do valor mínimo para reparação do dano, em face da inexistência de elementos suficientes para tanto.

Ante o exposto:

1) Reconheço a prescrição da pretensão punitiva retroativa quanto aos crimes definidos no art. 55 da Lei nº 6.805/98, em relação a todos os réus, e quanto ao crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91, praticado no dia 23/02/2007, em relação ao réu ADEÍLDO JOSÉ DA SILVA.

2) Estendo os efeitos do reconhecimento da prescrição retroativa em favor do corréu não apelante JOSÉ RIBEIRO LEMOS, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

3) Declaro a extinção da punibilidade do crime ambiental e do crime de usurpação, nos limites e nos moldes indicados nos itens 1 e 2, com amparo no art. 107, inciso IV, do Código Penal.

4) Procedo à readequação das penas referentes aos crimes remanescentes, condenando os réus no pagamento *pro rata* das custas processuais, sem fixação do valor da reparação civil por falta de elementos, tudo na forma discriminada na parte final do voto.

5) Nesses termos, dou provimento apenas parcial à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.008-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: ROSÁRIA DE SOUZA RABELO E MARIA OZANA MENDONÇA DE SOUZA E JEANE ARAÚJO BRITO OLIVEIRA
Advs./Procs: DRS. EVÂNIO JOSÉ DE MOURA SANTOS E OUTROS E LUZIA MARIA DA COSTA NASCIMENTO E OUTRO

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. FALSIFICAÇÃO DE ORÇAMENTOS EM PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE BUFFET, A SER PAGO COM VERBA DA UNIÃO, AMPARADOS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO. MATERIALIDADE COMPROVADA. DOLO DA PROPRIETÁRIA DA EMPRESA VENCEDORA E DA EX-DIRETORA DA SECRETARIA MUNICIPAL COMPROVADO. DIVERSAS PROVAS DOCUMENTAIS, INCLUSIVE PERICIAL, E TESTEMUNHAIS QUE DEMONSTRAM A PARTICIPAÇÃO DE AMBAS NA CONDUTA DELITIVA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS CONTRA A EX-SECRETÁRIA MUNICIPAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. APELAÇÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROVIDA.

- Denúncia que narra a prática de contratações fraudulentas de empresa prestadora de serviços de buffet, amparadas por dispensa de licitação. No intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, houve a elaboração de orçamentos falsos de empresas supostamente concorrentes no certame, sendo, posteriormente, constatado pela Controladoria Ge-

ral da União que uma dessas empresas sequer existia.

- Laudo pericial constatou que o orçamento da empresa vencedora e o da empresa supostamente concorrente foram elaborados pelo mesmo punho escrito. Logo, fica evidenciada a relação entre a falsificação documental e a primeira ré, proprietária da empresa vencedora do certame, bem como o dolo da acusada de conseguir a contratação com o poder público municipal por meio da eliminação da concorrência.

- Diversamente da tese defensiva, os depoimentos de duas das testemunhas, funcionários da secretaria municipal, reforçam a conclusão das provas documentais, ao narrarem ter recebido os orçamentos das “empresas concorrentes” no mesmo ato em que recebiam da primeira ré o orçamento da sua empresa.

- Já no interior da secretaria, atuava a terceira denunciada, à época, diretora administrativa, orientando a funcionária encarregada por fazer a pesquisa de mercado a sempre receber o orçamento da empresa de buffet da primeira denunciada, no intuito de favorecê-la.

- Por outro lado, a participação da segunda denunciada não restou devidamente comprovada, de maneira que uma possível condenação com base na argumentação acusatória representaria uma afronta ao princípio da responsabilidade penal subjetiva.

- Considerando que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação, e, pelas condições de tempo (20.09.2005, 03.10.2005 e 06.10.2005), lugar e maneira de execução, deve-se reconhecer a continuidade delitiva entre eles, incidindo a causa de aumento do art. 71 do CP, na fração de 1/3.

- Fixadas penas privativas de liberdade que não ultrapassaram quatro anos de detenção, bem

como porque atendidos os demais requisitos do art. 44 do CP, a hipótese é de substituição por duas restritivas de direito.

- Apelação criminal parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal, 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, 29 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O Ministério Público interpõe apelação criminal contra sentença da lavra do MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Sergipe que julgou improcedente denúncia oferecida contra Rosária de Souza Rabelo, Maria Ozana Mendonça de Souza e Jeane Araújo Brito Oliveira.

A denúncia narra, em síntese, que a Controladoria Geral da União, visando fiscalizar a aplicação de recursos federais no Município de Aracaju/SE, especificamente verba destinada a custear o Programa Agente Jovem, constatou que, em 2005, a empresa contratada para a prestação de serviços de *buffet* consagrou-se vencedora, por três vezes, mediante diversos indícios de fraude.

Apesar de considerar comprovada a materialidade delitiva, a magistrada *a quo* absolveu as denunciadas com fulcro no art. 386, VII, do CPP, por entender insuficientes as provas da autoria delitiva.

Nas razões às fls. 467/470, o Ministério Público aponta diversas provas que comprovariam a autoria delitiva e requer a condenação das denunciadas pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93.

Apresentadas contrarrazões às fls. 475/502, 503/5 29 e 533/538.

Parecer do Ministério Público, às fls. 550/554, pelo não provimento da apelação.

Dispensada a remessa ao revisor, por tratar-se de crime a que a lei comina pena de detenção.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Consoante relatado, a presente apelação criminal, interposta pelo Ministério Público, tem como escopo analisar a suposta prática de crimes cometidos em procedimentos de contratação com o poder público, especificamente, de condutas que implicariam em fraude ao caráter competitivo de procedimento licitatório (art. 90 da Lei nº 8.666/93).

A denúncia expõe que, em 2005, a empresa Jeane Festas e Eventos Ltda., de propriedade da denunciada Jeane Araújo Brito Oliveira, foi favorecida, por três vezes, para a prestação de serviços de *buffet* ao município de Aracaju.

As contratações da Jeane Festas, amparadas por dispensa de licitação, teriam sido fraudulentas, por meio da utilização de orçamentos forjados de empresas supostamente concorrentes no certame.

Segundo o Relatório de Fiscalização nº 925/2006 da Controladoria Geral da União (fls. 22/23 do apenso), “a análise pormenorizada aos procedimentos de pagamento permitiu à nossa equipe verificar a existência de diversas irregularidades na coleta dos orçamentos, eivada de diversos mecanismos visando à contratação da aludida empresa”.

Tais “mecanismos” referem-se às falsificações dos orçamentos supostamente apresentados por empresas concorrentes à Jeane Festas, interessadas em participar da disputa. Tais orçamentos teriam sido elaborados pelas empresas Salut Festas e Buffet San Rafael. Entretanto, enquanto a primeira sequer existia,

a outra teve sua participação no certame negada por sua representante legal, negativa comprovada por diversos elementos probatórios adiante explicitados.

Ademais, segundo o relatório da CGU, “além dos problemas citados, que convergem para a tentativa de favorecer a empresa CNPJ nº 03.453.650/001/80 [Jeane Festas] para ganhar todas as cotações de que participou, esta equipe verificou, ainda, que os três processos de pagamentos a esta empresa foram formalizados sem a inclusão de Certidão Negativa de Débitos Municipais em vigor na data dos respectivos pagamentos”.

Esses dados reforçam a conclusão de inobservância das formalidades atinentes à contratação pelo Município de Aracaju, no ano de 2005, consoante dispõe a Lei nº 8.666/93, bem como demonstram a ocorrência de fraude relativa à destinação da verba federal do Programa Agente Jovem, conduta que se subsume ao tipo penal previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, como indica a inicial acusatória.

Tal conduta, segundo o Ministério Público, teria sido executada por Jeane Araújo Brito Oliveira, Rosária de Souza Rabelo e Maria Ozana Mendonça de Souza. A primeira fora denunciada por ser a “pessoa representante da empresa favorecida pelas contratações e ser também a responsável por fraudar e apresentar à SEMASC os orçamentos das demais empresas, de forma que sua empresa sempre apresentasse os menores preços”.

Por sua vez, a participação de Maria Ozana Mendonça de Souza e de Rosária de Souza Rabelo decorreria da atuação funcional delas na Secretaria Municipal de Assistência Social de Aracaju: ex-diretora administrativa e ex-secretária municipal, respectivamente. Em razão da ocupação desses cargos, o procedimento de escolha da empresa vencedora passava pelas denunciadas.

Acrescente-se, ainda, que, especificamente em relação a Maria Ozana, pesa em seu desfavor o depoimento da funcionária da secretaria, Jamile Maria Pereira Veiga, segundo a qual a ex-secretária seria a pessoa da prefeitura diretamente envolvida na fraude.

A materialidade delitiva foi reconhecida pela douta magistrada *a quo* diante dos diversos documentos constantes nos autos e

das declarações das testemunhas. Entretanto, ao analisar a autoria delitiva, a sentenciante concluiu pela insuficiência de provas para a condenação.

Data venia, entendo assistir razão ao Ministério Público no sentido de que as provas demonstram a participação das acusadas Maria Ozana e Jeane Araújo na execução da fraude, com o fito de beneficiar a empresa dessa última. Entretanto, deve ser provido parcialmente o recurso, pois as provas realmente não apontam a participação direta, nem a ciência do esquema fraudulento pela denunciada Rosária de Souza. Vejamos.

A frustração ao caráter competitivo do procedimento de contratação da empresa fornecedora de serviços de *buffet* restou caracterizada ao ser comprovada a falsificação dos orçamentos das empresas supostamente concorrentes nos certames em que se consagrou vencedora a empresa de Jeane Araújo.

Primeiramente, na perícia às fls. 273/282, constatou-se que “os lançamentos manuscritos constantes nos documentos questionados descritos no item I.1.1 (Orçamento da empresa Jeanne Festas Buffet – fl. 161) e I.1.2. (Orçamento da empresa Salut Buffet – fl. 162) da Seção I.1.1 Material Questionado, foram confeccionados pelo mesmo punho escritor”.

Desta informação é possível concluir que quem elaborou o orçamento da empresa Jeane Festas e Eventos Ltda. também elaborou o orçamento supostamente apresentado por uma empresa concorrente, a Salut Festas. Essa informação torna-se ainda mais grave diante da inexistência dessa pessoa jurídica, cuja “criação” deu-se apenas para forjar o caráter competitivo do procedimento.

Segundo o relatório da CGU, “esta equipe constatou, por meio de verificação *in loco* e tentativa de localização em lista telefônica da empresa de telefonia que atende à região, que o endereço e número de telefone consignados não existem. Fato semelhante ocorre com o número de CNPJ, tendo em vista que o mesmo não se encontrava cadastrado no Sistema CNPJ mantido pela Secretaria da Receita Federal. Registrando-se ainda que o ato constitutivo da referida empresa não se encontrava arquivado na Junta Comercial do estado de Sergipe (JECESE), conforme consta em

certidão específica encaminhada à esta CGU - Regional/SE, por intermédio do Ofício nº 1504 da JUCESE com datação em 05/09/06”.

A “criação” de uma empresa fictícia é o suficiente para demonstrar o dolo dirigido à finalidade de beneficiar a empresa ganhadora do certame, especialmente quando analisada esta informação em conjunto com a conclusão da perícia de que, sublinhe-se novamente, os orçamentos da empresa Jeane Festas e da fictícia empresa Salut Festas foram elaborados pelo “mesmo punho escritor”.

Ora, se quem elaborava os orçamentos da Jeane Festas era, ao menos na maioria, a acusada Jeane, como confirmado pela testemunha Amanda Lacerda da Costa [“os orçamentos de Jeane eram feitos por Jeane e assinados por ela e colocados num envelope” (mídia à fl. 332)] e pela própria Jeane [“que na sua empresa algumas funcionárias tinham autorização para fazer orçamentos, mas a maioria era a interrogada que fazia” fl. 232], isso só reforça a tese acusatória de que a ré agiu na intenção de se beneficiar por meio da contratação de sua empresa pelo poder público municipal.

Aliás, há outro fato que pesa em desfavor da acusada Jeane: o orçamento supostamente apresentado pelo Buffet San Rafael teria sido assinado por sua ex-funcionária Amanda Lacerda da Costa, nome que aparece na documentação. Digo que “teria sido” elaborado por que não houve uma perícia direcionada a afirmar se os escritos constantes nos orçamentos do Buffet San Rafael partiram do punho subscritor de Amanda. Entretanto, é possível concluir pela participação direta de alguém da empresa de Jeane, possivelmente a ex-funcionária Amanda, primeiro por ser o nome do subscritor do documento, segundo porque a própria Amanda afirmou judicialmente já ter assinado documentos relativos a orçamentos de outras empresas no período em que trabalhava na Jeane Festas.

Inicialmente, quando da apuração das irregularidades pela CGU, a representante legal do Buffet San Rafael foi ouvida e “declarou formalmente que os orçamentos apresentados não foram assinados e nem sequer elaborados por representantes da em-

presa” (fl. 23 do apenso). Ela afirmou, categoricamente, não fazer parte do quadro de seus funcionários alguém chamado Amanda Lacerda. E nem poderia, afinal, a Amanda Lacerda era, na época dos fatos, funcionária da empresa Jeane Festas.

Ora, essas provas já seriam bastantes para fundamentar o decreto condenatório contra Jeane, por demonstrarem claramente a ocorrência de fraude direcionada a favorecer a empresa da ré, por meio da elaboração de orçamentos forjados que justificavam a contratação de sua empresa com base no critério do menor preço.

Todavia, além desses elementos probatórios, coaduna-se com as provas até aqui analisadas o Termo de Declarações de Jamile Maria Pereira Veiga, funcionária da secretaria municipal, parcialmente transcrito a seguir:

que trabalha há 12 anos na SESMAC, estando lotada no setor de compras há aproximadamente 9 anos (*sic*); (...) que em regra a depoente sempre procura variar as empresas nas quais pede orçamento quando da realização de despesas por dispensa de licitação; que no caso específico da contratação de serviços de *buffet* pela SESMAC recebeu orientação específica para que sempre pegasse orçamento da empresa Jeane Festas; que essa orientação foi dada pela diretora administrativa da SESMAC, Sr.^a Maria Ozana; que o sobrinho de Maria Ozana é casado com Jeane, proprietária da Jeane Festas; que foi orientada pela Sr.^a Maria Ozana para buscar o orçamento da Jeane Festas e que quando chegou lá os orçamentos das demais empresas já estavam em poder da Sr.^a Jeane; que nunca entrou em contato com o Buffet San Rafael para pedir orçamento ou com qualquer outro serviço de *buffet* além de Jeane Festas. (fl. 152 do apenso)

A informação de que, no mesmo momento em que recebeu o orçamento da empresa Jeane Festas lhe foram entregues também os orçamentos das empresas San Rafael e Salut Festas é perfeitamente harmônica com as demais provas documentais que concluem pela falsificação desses últimos documentos e pela produção de um deles pela mesma pessoa que elaborou o da Jeane Festas, consoante mencionado acima.

Reforça a veracidade das declarações de Jamile o depoimento de Antônio José dos Santos, funcionário do setor de compras da SESMAC; que também narrou que “que não conhece o Buffet San Rafael, que de alimentação só ia em Jeane; Jamile mandava ir em Jeane e pegar os orçamentos lá; que não ia em outros buffets pegar orçamentos; que não sabe se esses outros buffets entregavam a Jeane os orçamentos, pois pegava o envelope e passava para Jamile (...) que Jeane entregava ao depoente um envelope com os três orçamentos; que não sabe se outras empresas entregavam a Jeane para esta lhe entregar; que o envelope sempre tinha 3 orçamentos; que pegava sempre na mão de Jeane e entregava a Jamile”.

Registre-se que a ré Maria Ozana procura aniquilar a veracidade das declarações de Jamile, afirmando que foram decorrentes do receio que a funcionária tinha de ser responsabilizada pelos erros por ela cometidos, já que era dela a incumbência de selecionar as empresas candidatas à contratação. No entanto, as informações de Jamile encontram-se em harmonia com a conclusão da perícia, com os depoimentos de outras testemunhas, como o de Antônio José dos Santos, supra transcrito, e o de Amanda Lacerda, cujo trecho agora extraio: “que às vezes Jamile ia lá e a depoente assinava uns orçamentos, mas sem ter ciência que isso ia ter problema” (fl. 332).

Diferentemente das informações prestadas pela depoente Jamile, não há como extrair elementos convincentes do interrogatório da ré Jeane diante das contradições por ela narradas, como a de que “não conhece ninguém da secretaria, nem a própria Jamile; que Jamile nunca foi na empresa da depoente, pois os contatos eram por telefone”.

Por sua vez, o fato de a empresa Jeane Festas ter sido contratada pela secretaria municipal em período anterior à ocupação dos cargos gerenciais pelas acusadas Maria Ozana e Rosária de Souza não afasta a autoria delitiva das acusadas, como pretende a defesa. Primeiro porque, como a ação penal refere-se a três contratações realizadas no ano de 2005, não há como analisar a maneira como os procedimentos das contratações anteriores foram conduzidos. Ademais, partindo da ideia de que foram lícitas,

nada impede que, em momento posterior, quando havia uma pessoa de âmbito familiar na gestão da secretaria, a ré tenha se aproveitado dessa oportunidade para conseguir contratações seguras com o poder público, por meio da eliminação da concorrência.

Tendo em vista que a presente ação penal refere-se especificamente às contratações de 2005, verifico, sim, a ocorrência de fraude na participação e escolha da empresa Jeane Festas, da qual estavam diretamente envolvidas a beneficiada direta, Jeane, e a ré Maria Ozana, por meio da orientação da funcionária da secretaria encarregada de obter os orçamentos das empresas interessadas em participar do certame.

A participação de Maria Ozana está diretamente vinculada a seu cargo, mas a responsabilização penal não decorre do exercício do cargo público, afinal, a responsabilização criminal é subjetiva.

Justamente quanto ao elemento volitivo, a testemunha Jamile narra que ia buscar os orçamentos apenas na empresa Jeane Festas a pedido de Maria Ozana, que, aliás, tinha interesse pessoal em beneficiar a representante da empresa, tendo em vista o vínculo familiar entre elas.

Ademais, não é possível afastar o conhecimento de Maria Ozana quanto à escolha da empresa prestadora de serviços de *buffet*, como ela tenta convencer, ao dizer que “não acompanhou que Jeane ganhava todas as dispensas”, já que era ela própria quem levava os documentos para Rosária assinar.

Agora, quanto às provas em desfavor de Rosária realmente são insuficientes para ensejar a condenação criminal, pois se limitam a imputar-se a conduta por ser ela a pessoa que autorizava a contratação, em função do cargo. Esse dado isolado não demonstra a ciência da ré quanto ao esquema fraudulento, muito menos que ela agia com o intuito de beneficiar a empresa de Jeane. Condená-la com fulcro no cargo por ela ocupado corresponderia, isto sim, em responsabilização penal objetiva, rechaçada no processo penal.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público para condenar Jeane Araújo Brito Vieira e Maria

Ozana Mendonça de Souza como incurso nas penas do art. 90 da Lei nº 8.666/93 e manter a absolvição de Rosária de Souza Rabelo. Passemos à dosimetria.

Na primeira fase da dosimetria, cumpre-nos analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Para preservar a individualização da pena, analisarei separadamente as circunstâncias judiciais relativas a cada uma das rés, a começar pela ré Jeane Araújo Brito Oliveira.

A culpabilidade da ré é acentuada, vez que se valeu das facilidades geradas pela relação de parentesco com a diretora administrativa da secretaria municipal para simular a participação de outras empresas na seleção pública e com isso se beneficiar com a contratação de sua empresa por meio da eliminação da concorrência. Contra a ré não há antecedentes criminais. Também, não há elementos nos autos que possam servir de subsídio a uma avaliação negativa da conduta social e de sua personalidade. Quanto ao motivo do crime [intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação], já faz parte do tipo penal, pelo que deixo de avaliá-lo em seu desfavor. As circunstâncias são graves, já que, o meio para a prática do crime [falsificação de documentação de outra empresa] expôs terceiro de boa-fé ao constrangimento de ter de prestar esclarecimentos para afastar os indícios de participação em fraude contra o poder público. A vítima, no caso o Poder Público, em nada contribuiu para o ilícito. Desta forma, fixo a pena-base em 3 (três) anos de detenção.

Não há agravantes ou atenuantes. Considerando que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação, e, pelas condições de tempo (20.09.2005; 03.10.2005 e 06.10.2005), lugar e maneira de execução, deve-se reconhecer a continuidade delitiva entre eles, incide a causa de aumento do art. 71 do CP. Considerando o número de crimes praticados (em número de três), fixo a fração de aumento em 1/3, chegando, portanto, à pena definitiva de **4 (quatro) anos de detenção**, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.

De outra parte, uma vez satisfeitos os requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução.

Quanto à dosimetria de Maria Ozana Mendonça de Souza, a culpabilidade lhe pesa negativamente, já que a ré aproveitou-se do exercício da função de diretora da secretaria para favorecer Jeane Araújo. Não há antecedentes criminais, bem como elementos que possam servir de subsídio à avaliação negativa da conduta social e da personalidade da ré. Quanto ao motivo do crime [obter vantagem para outrem], já faz parte do tipo penal, pelo que deixo de avaliá-lo em seu desfavor. As circunstâncias são graves, pois influenciou diretamente no exercício do trabalho da funcionária Jamile, por meio de orientações que conduziram à consumação do delito. A vítima, no caso o Poder Público, em nada contribuiu para o ilícito. Desta forma, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção.

Não há agravantes ou atenuantes. Considerando que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação, e, pelas condições de tempo (20.09.2005, 03.10.2005 e 06.10.2005), lugar e maneira de execução, deve-se reconhecer a continuidade delitiva entre eles, incide a causa de aumento do art. 71 do CP. Considerando o número de crimes praticados (em número de três), fixo a fração de aumento em 1/3, chegando, portanto, à pena definitiva de **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção**, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.

De outra parte, uma vez satisfeitos os requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo da execução.

Com tais considerações, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público, para condenar Jeane Araújo Brito Oliveira e Maria Ozana Mendonça de Souza pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, c/c o art. 71 do CP, e manter a absolvição da denunciada Rosária de Souza Rabelo, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.083-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: COOPERATIVA REGIONAL DOS PRODUTOS DE AÇÚCAR E DE ÁLCOOL DO ESTADO DE ALAGOAS E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Embargantes: COOPERATIVA REGIONAL DOS PRODUTOS DE AÇÚCAR E DE ÁLCOOL DO ESTADO DE ALAGOAS E FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO TOMADO JUNTO A CONSÓRCIO DE BANCOS ESTRANGEIROS, POR INTERMÉDIO DO BANCO DO BRASIL, APÓS AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PRELIMINARES REJEITADAS. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. LAUDO PERICIAL ESCLARECEDOR DO REAL VALOR DEVIDO NO EXECUTIVO: MOMENTO DA CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA EM MOEDA NACIONAL (28/12/1997); APURAÇÃO DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA (TAXA SELIC A PARTIR DE 29/12/1997). JUROS CAPITALIZADOS. NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DA SÚMULA 121/STF. ENCARGO DE 20% DO DL Nº 1.025/69. SÚMULA Nº 168/TFR. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO. - Os embargos de declaração não são meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição ou omissão, in casu, inexistentes no acórdão embargado.

- Matéria do recurso foi devidamente analisada, com motivação clara e nítida. Questões enfrentadas conforme as legislação e jurisprudência pertinentes. O magistrado não está obrigado a julgar de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento.

- A 1ª Seção do colendo STJ firmou entendimento, em recuso repetitivo, de que “não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia”. (REsp 111175/SP, Relª Minª Denise Arruda).

- Deveras apreciado que:

- “regularidade da cessão do crédito de natureza privada para a União e dos demais atos que culminaram com a execução fiscal;

- crédito executado que não possui natureza tributária, sendo descabida a incidência do CTN e demais legislações correlatas, visto que teve sua origem no contrato de empréstimo externo firmado entre a embargante e um consórcio de bancos estrangeiros, tendo o Banco do Brasil S/A celebrado com as referidas instituições alienígenas contrato de liquidez da operação ou contrato de compra de crédito;

- a origem privada do crédito não é suficiente para desnaturar a operação de cessão celebrada entre o Banco do Brasil S/A e a União e, por consequência, a utilização do processo executivo fiscal para fins de satisfação do agora crédito público;

- não só créditos tributários podem compor o rol de haveres devidos à União e inscritos em sua Dívida Ativa (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64). Também o art. 2º da Lei nº 6.830/80 (LEF) trata da matéria, rezando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320/64;

- **a transformação da dívida civil em dívida ativa tem previsão legal (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64), que expressamente permite o enquadramento como dívida ativa não tributária de quaisquer créditos decorrentes de obrigações de contratos em geral;**
- **não obstante ter havido, em um primeiro momento, uma dívida privada entre mutuário e o Banco do Brasil S/A, o crédito dela oriundo foi cedido à União, que, por sua vez, intenta execução fiscal relativa à obrigação não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64. O crédito em execução não é mais privado, mas público (STJ, CC 200901894629, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, 04/03/2010);**
- **ao realizar a inscrição em Dívida Ativa, compete à Fazenda Pública, por imperativo legal (art. 1º da LEF), buscar a satisfação do seu crédito por meio da ação de execução fiscal;**
- **preliminar de ilegitimidade passiva na execução fiscal afastada. Conforme consta do “Contrato de Empréstimo”, a embargante, e não as usinas cooperadas, figura como tomadora do empréstimo externo junto aos bancos estrangeiros. Nessa qualidade, a embargante estava diretamente vinculada e obrigada à sua satisfação frente aos credores internacionais. Pretender isentar-se da responsabilidade assumida contratualmente perante os credores originários e, por conseguinte, diante dos credores subsequentes (Banco do Brasil S/A e União) é o mesmo que se valer da própria torpeza, conduta esta totalmente condenável (princípio da eticidade) e não aceita judicialmente;**
- **alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo rejeitada;**
- **o fato de o PA nº 17944.001284/95-93 posteriormente ter sido desdobrado e gerado o PA nº**

17944.000465/98-45, do qual decorreu a inscrição em dívida ativa, por si só, não é suficiente para mitigar os efeitos da notificação realizada. Através deste ato foram fornecidos à embargante todos os subsídios necessários para que efetuasse o pagamento ou exercesse seu direito de defesa na seara administrativa, embora tenha preferido demandar judicialmente contra o procedimento de cessão do crédito e de inscrição em dívida ativa;

- o art. 38 da LEF dispõe que a propositura de uma das ações ali previstas, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto;

- não acolhimento da prefacial de nulidade da inscrição em dívida ativa, por não estar caracterizado o inadimplemento da embargante. Reconhecimento de que a embargante foi notificada (cientificada) do débito que seria inscrito, tanto que ingressou com uma ação mandamental objetivando obstaculizar a pretensão fazendária, o que, por si só, corrobora a eficácia da notificação administrativa;

- inadimplemento caracterizado desde o momento em que a embargante deixou de honrar suas obrigações perante as instituições financeiras estrangeiras, levando o Banco do Brasil a arcar com o pagamento da dívida, com recursos próprios, dívida esta que gerou o crédito cedido à União;

- notas promissórias assinadas pela embargante vinculadas a uma obrigação extracambial, decorrente do contrato de mútuo externo assinado em 1985. Aplica-se, ao caso, o art. 48 do Dec. 2.044/1908. Id est, a prescrição cambial (trienal, nos termos do Decreto 57.663/66) retira a natureza executória do título creditício (nota promissória), mas não fulmina a pretensão fundada na obrigação extracambial;

- *vencida a primeira nota promissória em 15/07/1990, quando ainda em vigor o CC/1916, o prazo prescricional é o do art. 177 do mesmo Código, ou seja, de 20 (vinte) anos para as ações pessoais;*
- *inexistência nos autos de subsídios suficientes que corroborem a materialidade e validade da alegada proposta de deságio. Por força de contrato de porte financeiro internacional, competia ao Banco do Brasil S/A adquirir o crédito e saldar a dívida à vista e sem deságio, sob pena do desdouro junto à comunidade financeira internacional e de responder judicialmente perante uma Corte estrangeira. Conforme narrado pela embargada, ainda que a proposta de deságio, ‘em algum momento, tenha sido feita pelos bancos estrangeiros (embora não haja provas nesse sentido), é certo que a mesma jamais foi oficialmente dirigida ao Banco do Brasil’;*
- *não incidência, in casu, da Súmula nº 121/STF. O contrato foi firmado validamente segundo as regras vigentes nos Estados Unidos da América, o mesmo se podendo dizer da sub-rogação do Banco do Brasil S/A nos créditos e sua posterior cessão à União. A simples mudança de titularidade creditória não afasta a aplicação de encargo expressamente prevista no pacto originário, isto é, a capitalização dos juros;*
- *a invocação da jurisprudência do Supremo, ainda que sumulada, não se amolda na espécie, até porque ela própria admite estar regulando a generalidade das situações, e não casos especiais, como este;*
- *trata-se de contrato internacional a ser cumprido no País, regendo-se, portanto, por normas internacionais – concretamente, as vigentes no lugar da celebração – que seguem válidas, no Brasil, havendo ou não sucessão, por força de normas específicas, como:*

- o § 1º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que estipula: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”

- o § 2º do art. 585 do CPC, o qual reza:

“Art. 585 ... § 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.”

- inexistente afronta à Súmula nº 121/STF, porque essa admite exceções, que, na hipótese, evidentemente se caracterizam. Não seria justo, e ofenderia os princípios obrigacionais e contratuais hoje consagrados até mesmo no Código Civil, tomando em conta a operação como um todo, que o Banco do Brasil tenha pago os créditos com capitalização, a União idem, e só os devedores internos, sem outra razão jurídica especial, vejam-se livres de tal gravame;

- aplicação da Súmula nº 168 do extinto TFR (‘o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios’), ratificada pela 1ª Seção do STJ (EREsp nº 252668/MG, Rel. Min. Franciulli Netto);

- utilização da perícia contábil, por demais técnica e comprobatória, no que diz respeito: a) ao momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional (28/12/1997); b) à apuração

dos juros e da correção monetária (taxa SELIC a partir de 29/12/1997). Capitalização dos juros, porém, com as regras e índices originalmente pactuados;

- precedentes jurisprudenciais.”

5. Desnecessário o exame dos arts. 19, § 1º, da CF/67, 18, § 1º, da EC nº 01/69 e 146, III, da CF/88, 4º do Decreto nº 22.626/33, pois a decisão impugnada basiou-se em legislação diversa da apontada pela embargante.

- Possível erro do julgamento deve ser sanado por recurso próprio, e não na via de aclaratórios.

- Embargos de declaração da Cooperativa e da Fazenda Nacional não providos.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração da Cooperativa e da Fazenda Nacional, 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, 10 de junho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de dois embargos de declaração ofertados contra decisão que apreciou demanda referente à sentença que julgou parcialmente procedentes embargos à execução fiscal.

A Cooperativa alega, em síntese:

a) omissão quanto à análise da cláusula contratual, no que tange à forma de cálculo dos juros, ao argumento de que os contratos exequendos – um internacional e outro nacional – não prevêem expressamente a capitalização de juros;

b) a ausência de explicitação quanto ao anatocismo permitido, visto que a Fazenda Nacional fez incidir juros capitalizados sobre juros capitalizados, promovendo uma teratológica capitalização “em cascata”, o que não tem nenhum amparo nos contratos exequendos;

c) a falsa premissa de que, na notificação de cobrança, foi facultado à embargante o direito de defender-se administrativamente, antes da inscrição em dívida ativa. No entanto, a notificação não permitiu ou concedeu prazo para a embargante se defender administrativamente da cobrança, mas, sim, apenas comunica a cessão de crédito à União, incorrendo, pois, em inexistência de direito de defesa;

d) falta de apreciação e incoerência na fixação de honorários sucumbenciais;

e) ausência de exame da prescrição dos juros;

f) omissão na apreciação e valoração das provas.

Por fim, requer a citação expressa dos arts. 19, § 1º, da CF/67, 18, § 1º, da EC nº 01/69 e 146, III, da CF/88, 4º do Decreto nº 22.626/33, e 1º do Decreto nº 20.910/32.

A Fazenda Nacional alega a ocorrência de:

a) omissão quanto aos fundamentos da aplicabilidade do IGP-DI + juros de 14,6% ao ano sobre o crédito exequendo no período de 30/06/1995 a 31/05/1998;

b) omissão e obscuridade com relação à questão da condenação da embargante ao pagamento de honorários de sucumbência à Cooperativa, arbitrados pelo juízo de 1º grau em sede de embargos de declaração da executada. Afirma que ao dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional, não mais se justifica a distribuição dos ônus como feita pelo juiz *a quo*, pois se tornou vencedora da lide em muito maior extensão do que a Cooperativa.

Devidamente intimadas, as partes impugnaram os embargos de declaração interpostos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Ambas as partes - Cooperativa e Fazenda Nacional - ofereceram embargos de declaração, com as alegações já referidas no Relatório. Pois bem.

Examino os embargos declaratórios da COOPALAG:

a) quanto à suposta omissão em analisar cláusulas contratuais, ela não existe.

O acórdão partiu do princípio, admitido já na própria sentença, de que o contrato internacional de empréstimo prevê, sim, a capitalização trimestral de juros vencidos (o que foi, aliás, reconhecido, implícita ou até explicitamente pela própria embargante em várias de suas peças, como se vê às fls. 2.567/2.568; 2.574; 2.579/2.580). O acórdão analisou tal contrato e disse, expressamente, à fl. 2.660 que o pacto originário (o contrato internacional) previa a aplicação do encargo de capitalização de juros. De modo algum o acórdão estaria obrigado a entrar na análise minudente de cláusulas desse contrato, e muito menos de contratos nacionais de contragarantia, cuja previsão a respeito, como diz a embargante mesma, é nenhuma (ou seja, eles simplesmente não tratam do tema, nem interessa que o tratassem diversamente do contrato internacional, que é a fonte da obrigação executada). Ainda assim, incorporou, transcreveu e ratificou trechos da sentença (e respectiva decisão de embargos de declaração, que a integra) em que tudo isso foi analisado (fls. 2.638/2.658);

b) no que tange à alegada omissão em não explicitar como se faria a capitalização de juros admitida no acórdão, mais uma vez isso não ocorre.

Basta ler o texto do acórdão quando diz claramente: “devido-se, nesse ponto, aplicar-se as regras e índices originalmente pactuados” (fl. 2.665). Por conseguinte, o acórdão mandou fazer tal capitalização de conformidade com o que consta do contrato internacional de empréstimo, gerador do crédito ora titularizado pela União;

c) no tocante à imaginada “falsa premissa” de que teria partido o acórdão – de que, na notificação de cobrança, fora facultado à Cooperativa o direito de defender-se administrativamente antes da inscrição em dívida ativa.

Isso não é fundamento para embargos declaratórios. Se o acórdão enganou-se, se partiu de premissa equivocada, o que se admite *ad argumentandum tantum*, tal não constituiria omissão, nem obscuridade, nem contradição, mas um erro de julgamento, a ser objeto de recurso próprio, nunca de caráter clarificador ou integrativo. Entretanto, sequer esse equívoco se configura, com todo respeito, mas aqui não é o local próprio para tal debate, que já se deu e já foi decidido;

d) em relação à hipotética necessidade de explicitação, pelo acórdão, da distribuição dos honorários pela sucumbência recíproca, essa também não se faz presente.

O acórdão transcreveu e ratificou decisão de primeiro grau sobre esse tema (ver trechos às fls. 2.651/2.657). Com isso, fundamentou-se *per relationem*, como é admitido pela melhor doutrina e pela prevalente jurisprudência. De sorte que, se a Cooperativa não se conforma, há de valer-se do recurso próprio, não de embargos de declaração, porque o acórdão não se omitiu sobre tal item, não o julgou de modo obscuro nem foi contraditório ao fazê-lo;

e) no que diz respeito a uma aventada omissão do acórdão em analisar a invocada prescrição dos juros a teor do Código Civil de 1916, mais uma vez não se caracteriza.

Assim como na letra anterior, o acórdão trasladou e reafirmou o decidido em primeira instância a tal propósito. Se o acórdão respaldou a sentença (com a decisão dos declaratórios que a integra) e esta considerou a dívida não prescrita, tomando como termo inicial a data da cessão do crédito pelo Banco do Brasil à União, o que implica não admitir a fluência da prescrição quinquenal quando do ingresso com a execução fiscal, o mesmo se aplicaria aos juros, admitida, apenas para argumentar, essa tese da embargante (cf. fls. 2.634/2.638), de resto descabida. Realmente, o art. 178, § 10, III, do CC revogado só incidia em relação a juros autônomos,

hipótese distinta da presente, em que eles integram o principal – tanto que são incorporados a ele pela capitalização, reconhecida no acórdão! –, na qual vale a velha máxima segundo a qual o acessório segue o principal, inclusive em relação à prescrição (art. 167 do mesmo CC 1916);

f) finalmente, a derradeira alegação, de que o acórdão se haveria omitido em apreciar e valorar as provas, porque afirmou não haver nos autos subsídios *suficientes* a corroborar a materialidade e validade da proposta de deságio apresentada pelos credores externos, é inservível para o objetivo dos embargos ora analisados.

Com efeito, não se cuida de omissão, mas de convicção do julgador. As provas, apontadas pela embargante, foram, sim, analisadas, mas não se caracterizaram como suficientes. O acórdão as analisou sim, mas não se convenceu delas. E não se convenceu pelos motivos sobejos que apresentou, ao transcrever trechos dos decisórios produzidos na instância de origem, os quais reiterou! Vejam-se, por exemplo, o que consta às fls. 2.648/2.650 (itens 217 a 230 do *decisum* transcrito e, portanto, corroborado pelo acórdão).

Assim sendo, nenhuma dessas alegativas prospera.

A COOPALAG, em memoriais, reafirmou parte dessa argumentação, sem a ela acrescentar nada que pudesse modificar o pensamento deste Relator, ainda mais em sede de embargos declaratórios que são, como se sabe, recurso unicamente prestável para suprir omissões (função integrativa) ou esclarecer obscuridades ou contradições (função clarificativa).

Trouxe ainda, a Cooperativa, junto aos mesmos memoriais, um alentado e percuciente parecer de ilustres economistas, a contar a história econômica recente do País, mostrando que era razoável que existisse, da parte de credores internacionais, proposta de deságio até maior do que aquela que teria sido formulada. O referido parecer, porém, teve a cautela de esclarecer, logo em seu início (itens 5 e 6), que não avalia nem, portanto, avaliza as diversas teses jurídicas da embargante, ao contestar vários aspectos do julgado.

Assim sendo, tais argumentos não podem influir no presente julgamento. Ainda que provável a existência da proposta, sua concreta validade jurídica *in casu* foi afastada pela atitude do Banco do Brasil em adimplir integralmente a dívida com a banca internacional. Por mais insólito que isso possa ter sido, a juízo dos economistas firmatários do parecer antes referido, o acórdão apresentou fundamentação de Direito para tanto, como se vê às fls. 2.645/2.650 (itens 210 a 230 do decisório ali trasladado).

Dessa sorte, não há como prover os declaratórios da COOPALAG.

Aprecio, então, os embargos de declaração da Fazenda Nacional:

a) quanto à suposta omissão do acórdão acerca dos argumentos do Ente Político em favor da aplicabilidade do IGP-DI + juros de 14,6% no período de 30.06.1995 a 31.05.1998, ela não existe.

O acórdão foi claro tanto em seus fundamentos como em sua conclusão a respeito desse tema, como aliás admitiu a própria embargante, que simplesmente não se resigna com o resultado e quer que se analise cada uma de suas alegações, ônus a que não está obrigado o órgão julgador;

b) no que toca à suposta omissão ou obscuridade por não haver emitido juízo expresso quanto à nova distribuição da sucumbência, eis aí outra situação que não se põe.

O acórdão foi extremamente claro no ponto. O que há é o pensamento de que ele se equivocou, e isso não pode dar base a declaratórios, e sim ao recurso próprio.

Em suma, igualmente não podem prevalecer os argumentos da Fazenda.

Aliás, é curioso que tanto a Cooperativa quanto a Fazenda aleguem omissão ou obscuridade no acórdão, quanto aos honorários, mas a Fazenda rebate os argumentos da Cooperativa a respeito (fls. 2.918/2.924, item 2.4), e a Cooperativa rechaça os da Fazenda (fl. 2.934). Parece, então, muito claro, que o que a cada parte considera omissão ou obscuridade, mas em contrapartida

está muito claro para a outra e vice-versa, é apenas a natural irresignação com aquilo que é adverso e a aceitação do quanto é favorável numa decisão que foi de parcial provimento.

Esse tópico, aliás, espelha uma constante, aqui: o desejo de rediscutir o decidido, independentemente de tratar-se, efetivamente, de reais omissões, obscuridades ou contradições.

Em verdade, as discussões aventadas nos declaratórios de ambas as embargantes não são possíveis em sede de embargos de declaração.

As matérias dos recursos foram devidamente analisadas, com motivação clara e nítida. As questões enfrentadas, conforme as legislação e jurisprudência pertinentes. O magistrado não está obrigado a julgar de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC).

Restou deveras apreciado que:

- regularidade da cessão do crédito de natureza privada para a União e dos demais atos que culminaram com a execução fiscal;
- crédito executado que não possui natureza tributária, sendo descabida a incidência do CTN e demais legislações correlatas, visto que teve sua origem no contrato de empréstimo externo firmado entre a embargante e um consórcio de bancos estrangeiros, tendo o Banco do Brasil S/A celebrado com as referidas instituições alienígenas contrato de liquidez da operação ou contrato de compra de crédito;
- a origem privada do crédito não é suficiente para desnaturar a operação de cessão celebrada entre o Banco do Brasil S/A e a União e, por consequência, a utilização do processo executivo fiscal para fins de satisfação do agora crédito público;
- não só créditos tributários podem compor o rol de haveres devidos à União e inscritos em sua Dívida Ativa (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64). Também o art. 2º da Lei nº 6.830/80 (LEF) trata da matéria, rezando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320/64;

- a transformação da dívida civil em dívida ativa tem previsão legal (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64), que expressamente permite o enquadramento como dívida ativa não tributária de quaisquer créditos decorrentes de obrigações de contratos em geral;

- não obstante ter havido, em um primeiro momento, uma dívida privada entre mutuário e o Banco do Brasil S/A, o crédito dela oriundo foi cedido à União, que, por sua vez, intenta execução fiscal relativa à obrigação não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64. O crédito em execução não é mais privado, mas público (STJ, CC 200901894629, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, 04/03/2010);

- ao realizar a inscrição em Dívida Ativa, compete à Fazenda Pública, por imperativo legal (art. 1º da LEF), buscar a satisfação do seu crédito por meio da ação de execução fiscal;

- preliminar de ilegitimidade passiva na execução fiscal afastada. Conforme consta do “Contrato de Empréstimo”, a embargante, e não as usinas cooperadas, figura como tomadora do empréstimo externo junto aos bancos estrangeiros. Nessa qualidade, a embargante estava diretamente vinculada e obrigada à sua satisfação frente aos credores internacionais. Pretender isentar-se da responsabilidade assumida contratualmente perante os credores originários e, por conseguinte, diante dos credores subsequentes (Banco do Brasil S/A e União) é o mesmo que se valer da própria torpeza, conduta esta totalmente condenável (princípio da eticidade) e não aceita judicialmente;

- alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo rejeitada;

- o fato de o PA nº 17944.001284/95-93 posteriormente ter sido desdobrado e gerado o PA nº 17944.000465/98-45, do qual decorreu a inscrição em dívida ativa, por si só, não é suficiente para mitigar os efeitos da notificação realizada. Através deste ato foram fornecidos à embargante todos os subsídios necessários para que efetuasse o pagamento ou exercesse seu direito de defesa na seara administrativa, embora tenha preferido demandar judicialmente contra o procedimento de cessão do crédito e de inscrição em dívida ativa;

- o art. 38 da LEF dispõe que a propositura de uma das ações ali previstas, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto;
- não acolhimento da prefacial de nulidade da inscrição em dívida ativa, por não estar caracterizado o inadimplemento da embargante. Reconhecimento de que a embargante foi notificada (cientificada) do débito que seria inscrito, tanto que ingressou com uma ação mandamental objetivando obstaculizar a pretensão fazendária, o que, por si só, corrobora a eficácia da notificação administrativa;
- inadimplemento caracterizado desde o momento em que a embargante deixou de honrar suas obrigações perante as instituições financeiras estrangeiras, levando o Banco do Brasil a arcar com o pagamento da dívida, com recursos próprios, dívida esta que gerou o crédito cedido à União;
- notas promissórias assinadas pela embargante vinculadas a uma obrigação extracambial, decorrente do contrato de mútuo externo assinado em 1985. Aplica-se, ao caso, o art. 48 do Dec. 2.044/1908. *Id est*, a prescrição cambial (trienal, nos termos do Decreto 57.663/66) retira a natureza executória do título creditício (nota promissória), mas não fulmina a pretensão fundada na obrigação extracambial;
- vencida a primeira nota promissória em 15/07/1990, quando ainda em vigor o CC/1916, o prazo prescricional é o do art. 177 do mesmo Código, ou seja, de 20 (vinte) anos para as ações pessoais;
- inexistência nos autos de subsídios suficientes que corroborem a materialidade e validade da alegada proposta de deságio. Por força de contrato de porte financeiro internacional, competia ao Banco do Brasil S/A adquirir o crédito e saldar a dívida à vista e sem deságio, sob pena do desdouro junto à comunidade financeira internacional e de responder judicialmente perante uma Corte estrangeira. Conforme narrado pela embargada, ainda que a proposta de deságio, 'em algum momento, tenha sido feita pelos bancos estrangeiros (embora não haja provas nesse sentido), é certo que a mesma jamais foi oficialmente dirigida ao Banco do Brasil';

- não incidência, *in casu*, da Súmula nº 121/STF. O contrato foi firmado validamente segundo as regras vigentes nos Estados Unidos da América, o mesmo se podendo dizer da sub-rogação do Banco do Brasil S/A nos créditos e sua posterior cessão à União. A simples mudança de titularidade creditória não afasta a aplicação de encargo expressamente prevista no pacto originário, isto é, a capitalização dos juros;

- a invocação da jurisprudência do Supremo, ainda que sumulada, não se amolda na espécie, até porque ela própria admite estar regulando a generalidade das situações, e não casos especiais, como este;

- trata-se de contrato internacional a ser cumprido no País, regendo-se, portanto, por normas internacionais – concretamente, as vigentes no lugar da celebração – que seguem válidas, no Brasil, havendo ou não sucessão, por força de normas específicas, como:

- o § 1º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que estipula: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, **aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem**. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, **admitidas as peculiaridades da lei estrangeira** quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”

- o § 2º do art. 585 do CPC, o qual reza:

“Art. 585 ... § 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. **O título**, para ter eficácia executiva, **há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração** e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.”

- inexistente afronta à Súmula nº 121/STF, porque essa admite exceções, que, na hipótese, evidentemente se caracterizam. Não seria justo, e ofenderia os princípios obrigacionais e contratuais hoje consagrados até mesmo no Código Civil, tomando em conta a operação como um todo, que o Banco do Brasil tenha pago os créditos com capitalização, a União *idem*, e só os devedores internos, sem

outra razão jurídica especial, vejam-se livres de tal gravame;

- aplicação da Súmula nº 168 do extinto TFR ('o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios'), ratificada pela 1ª Seção do STJ (EREsp nº 252668/MG, Rel. Min. Franciulli Netto);

- utilização da perícia contábil, por demais técnica e comprobatória, no que diz respeito: a) ao momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional (28/12/1997); b) à apuração dos juros e da correção monetária (taxa SELIC a partir de 29/12/1997). Capitalização dos juros, porém, com as regras e índices originalmente pactuados;

- precedentes jurisprudenciais.

É desnecessário o exame dos arts. 19, § 1º, da CF/67, 18, § 1º, da EC nº 01/69, e 146, III, da CF/88, 4º do Decreto nº 22.626/33, pois a decisão impugnada basiliou-se em legislação diversa da apontada pela embargante.

Já o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 foi por demais analisado no acórdão embargado, não havendo porque novamente apreciá-lo.

Os embargos em tela não foram opostos com intenção de sanar algum vício no acórdão, mas sim, para reexaminar matéria já julgada. Assumindo cunho meramente integrativo, descabe na via de embargos o efeito modificativo ou infringente, quer para substituir o provimento por outro quer para ampliar seu âmbito.

Sobre o tema, o colendo STJ já se pronunciou no REsp 1111175/SP, sob a égide do art. 543- C do CPC, no sentido de que *"não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia"*.

Possível erro do julgamento deve ser sanado por recurso próprio, e não nessa via.

Destarte, rejeito ambos os embargos.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.427-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Impetrantes: PLÍNIO LEITE NUNES E CAROLINE DO REGO BARROS SANTOS
Impetrado: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: WYCLEFFE JOSÉ PADILHA DE LIRA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS. RECEITA FEDERAL. REQUISIÇÃO DIRETA. LC 105/2001. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA EXCLUSIVAMENTE BASEADA NOS EXTRATOS BANCÁRIOS REQUISITADOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

- O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, entendeu pela incompatibilidade do art. 6º da LC 105/2001 com a Constituição Federal, afirmando que o acesso direto, pela Receita Federal, aos dados relacionados com a movimentação bancária dos contribuintes, sem a devida quebra do sigilo de forma judicial, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade da vida privada; esse tem sido o entendimento adotado por esta Relatoria.

- Conclui-se, então, que a requisição direta de informações bancárias para fins de instauração de investigação penal pela autoridade administrativa configura quebra indevida de sigilo bancário, o que acarreta o reconhecimento de ilicitude da prova e a exclusão de tais elementos obtidos diretamente pela Administração Tributária, sem prévia autorização judicial.

- No que diz respeito ao trancamento da ação penal, somente será possível quando a acusação for arrimada unicamente nestes elementos,

do contrário, poderá a ação penal prosseguir seu regular processamento, feita a exclusão mencionada.

- O que se verifica é que a denúncia foi formulada com base em elementos outros constantes do procedimento administrativo fiscal, e não somente tendo em conta os dados obtidos através da requisição administrativa da Receita Federal às instituições financeiras privadas utilizadas pelo paciente.

- Extraí-se da peça acusatória que foram intimadas pessoas físicas e jurídicas para prestarem esclarecimentos e apresentarem documentos relativos aos fatos investigados no processo administrativo em questão, havendo, inclusive, o relato referente à oitiva de suposto laranja do eventual esquema engendrado pelo paciente. Tais dados restam mencionados na denúncia e fundamentaram o entendimento do órgão ministerial.

- A acusação não se originou unicamente dos documentos bancários protegidos por sigilo constitucional, de forma alguma! Esse contexto autoriza, portanto, a continuidade da ação penal, consolidada nestes outros subsídios existentes nos autos, e nos quais se firmou a acusação do Parquet Federal, como dito.

- Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar a exclusão dos elementos oriundos da quebra de sigilo procedida pela Receita Federal, constantes da Ação Penal de nº 0017243-92.2009.4.05.8300, em trâmite na 13ª Vara Federal de Pernambuco; feito isso, dê-se continuidade ao feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 5.427-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por

unanimidade, em conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 24 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. O presente *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WYCLEFFE JOSÉ PADILHA DE LIRA, objetiva o trancamento da Ação Penal 0017243-92.2009.4.05.8300, instaurada para apurar o suposto cometimento do crime do art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 (*crimes contra a ordem tributária*).

2. Sustenta o impetrante a ausência de justa causa para ação penal em foco, já que a denúncia teria se amparado em informações ilicitamente obtidas pelo fisco, que acessou dados bancários do paciente sem prévia autorização judicial.

3. Registra que impetrou *habeas corpus* anteriormente, HC de número 3943/PE, junto a esta Primeira Turma, cuja Relatoria foi do eminente Desembargador Federal Rogério Fialho, em que terminou por denegada a ordem perseguida.

4. Diz que posteriormente ao julgamento do *habeas corpus* mencionado, sobreveio decisão do Plenário do STF acerca da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01, cuja norma amparou a quebra de sigilo bancário procedida pela Receita Federal (RE 389.808/PR).

5. A liminar requestada foi indeferida à fl. 116.

6. Informações da autoridade tida por coatora às fls. 134/146.

7. No Parecer 4983/2014 (fls. 149/153), a PRR5 se manifesta pela denegação da ordem de *habeas corpus* pleiteada.

8. Eis o que havia a relatar.

VOTO

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

1. A impetração sustenta a ilicitude da prova na qual se amparou a denúncia, já que o próprio fisco teria solicitado diretamente às instituições bancárias a quebra de sigilo das movimentações do paciente WYCLEFFE JOSÉ PADILHA DE LIRA, sem autorização judicial, para fins de procedimento administrativo no âmbito da Receita Federal.

2. Sobre o tema, o que se tem é que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, entendeu pela incompatibilidade do art. 6º da LC 105/2001 com a Constituição Federal, afirmando que o acesso direto, pela Receita Federal, aos dados relacionados com a movimentação bancária dos contribuintes, sem a devida quebra do sigilo de forma judicial, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade da vida privada; esse tem sido o entendimento adotado por esta Relatoria.

3. Confira-se fragmento da decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal:

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389.808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG. 09-05-2011 PUBLIC. 10-05-2011 EMENT. VOL-02518-01 PP-00218)

4. Também este Tribunal passou a adotar o mesmo posicionamento, como demonstram os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. FASE DO ART. 402 DO CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE DA AÇÃO PENAL E DA CONDENAÇÃO EM FACE DE OUTRAS PROVAS INDEPENDENTES DA QUEBRA ILÍCITA DO SIGILO. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. SUPOSTA OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE ORDEM FINANCEIRA RELEVANTES AO FISCO PARA A SUPRESSÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. PROVAS AUTÔNOMAS DIVERSAS DA DECORRENTE DA QUEBRA DE SIGILO INDEVIDO COMPROBATÓRIAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. CONCURSO FORMAL PELA SONEGAÇÃO DE VÁRIOS TRIBUTOS COM UMA ÚNICA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. CRIME ÚNICO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO ARTIGO 70 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

(...)

2. Quebra do sigilo bancário realizado pela Receita Federal, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite às autoridades fazendárias acessar aos dados bancários do contribuinte, para a constituição do crédito tributário, em procedimento administrativo-fiscal.

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 389808 - PR, em sede de repercussão geral que traduz vinculação indireta dos órgãos julgadores, entendeu ser incompatível com a Constituição Federal o disposto no art. 6º da LC 105/2001, afirmando que o acesso direto, por parte da Receita Federal, dos dados relacionados com a movimentação bancária dos contribuintes, sem a devida quebra do sigilo de forma judicial, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade da vida privada.

4. A ilegalidade da quebra de sigilo bancário do paciente pelo Fisco acarreta apenas a exclusão, do procedimento administrativo instaurado em detrimento do paciente, das

informações bancárias obtidas diretamente pela Administração Tributária, sem a prévia autorização judicial, e não o trancamento da ação penal, que pode estar amparada por outras provas, não relativas ou decorrentes da quebra indevida do sigilo bancário do paciente.

(...)

20. Apelação Criminal provida em parte, para reconhecer a preliminar de prova ilícita pelo uso das informações bancárias do apelante pela Receita Federal, mantendo, no entanto, a sentença condenatória, em face da existência de provas autônomas que atestam a autoria e a materialidade delitivas e excluir o aumento de pena referente ao concurso formal.

(ACR 200583000051571, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, *DJe* - Data: 31/05/2013 - Página: 234.)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PROVIMENTO.

I - O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, por ocasião do julgamento do RE 389808-PR, submetido ao regime de repercussão geral, assentou entendimento consoante o qual o art. 6º da LC nº 105/2001, que autoriza o acesso direto de dados bancários pela Administração Tributária, é inconstitucional, porquanto, para esse fim, enfrenta o princípio constitucional da dignidade humana, bem como o direito à intimidade da vida privada, prévia autorização judicial. Entendimento inteiramente aplicável quanto ao art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação da Lei 10.174/2001.

II - Apelo provido. Concessão da segurança.

(TRF 5ª Região, Quarta Turma, AC nº 44700/CE, Relator: Desembargador Federal Edilson Nobre, j. 22/11/2011, *DJU* 25/11/2011)

HABEAS CORPUS. QUEBRANTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO AUTÔNOMOS. CONCESSÃO PARCIAL.

I - A despeito de convicção diversa deste relator, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, por ocasião do julgamento do RE 389.808 - PR, submetido ao regime de repercussão geral, assentou entendimento consoante o

qual o art. 6º da LC 105/2001, que autoriza o acesso direto de dados bancários pela Administração Tributária, é inconstitucional, porquanto, para esse fim, enfrenta o princípio constitucional da dignidade humana, bem como o direito à intimidade da vida privada, prévia autorização judicial.

(...)

III - Preservação, no caso concreto, dos demais elementos de convicção, estranhos às movimentações financeiras, os quais se mostram autônomos diante da prova tida como ilícita.

IV - Ordem concedida em parte.

(HC 00010376620124050000, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, *DJe* - Data: 15/03/2012 - Página: 800.)

5. Conclui-se, então, que a requisição direta de informações bancárias para fins de instauração de investigação penal pela autoridade administrativa configura quebra indevida de sigilo bancário, o que, ao meu sentir, acarreta o reconhecimento de ilicitude da prova e a exclusão de tais elementos obtidos diretamente pela Administração Tributária, sem prévia autorização judicial.

6. No que diz respeito ao trancamento da ação penal, penso que somente será possível quando a acusação for arrimada unicamente nestes elementos, do contrário, poderá a ação penal prosseguir seu regular processamento, feita a exclusão mencionada.

7. No caso em espeque, o que se verifica é que a denúncia foi formulada com base em elementos outros constantes do procedimento administrativo fiscal, e não somente tendo em conta os dados obtidos através da requisição administrativa da Receita Federal às instituições financeiras privadas utilizadas pelo paciente.

8. Extrai-se da peça acusatória que foram intimadas pessoas físicas e jurídicas para prestarem esclarecimentos e apresentarem documentos relativos aos fatos investigados no processo administrativo em questão (fl. 16), havendo, inclusive, o relato referente à oitiva de ANTÔNIO MARTINS PEREIRA, suposto laranja do eventual esquema engendrado pelo paciente. Tais dados restam mencionados na denúncia e fundamentaram o entendimento do órgão ministerial.

9. Como se vê, a acusação não se originou unicamente dos documentos bancários protegidos por sigilo constitucional, de forma alguma! Esse contexto autoriza, portanto, a continuidade da ação penal, consolidada nestes outros subsídios existentes nos autos, e nos quais se firmou a acusação do *Parquet* Federal, como dito.

10. Com essas breves considerações, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* para determinar a exclusão dos elementos oriundos da quebra em destaque, constantes da Ação Penal de nº 0017243-92.2009.4.05.8300, em trâmite na 13ª Vara Federal de Pernambuco; feito isso, dê-se continuidade ao feito.

11. É como voto.

PETIÇÃO (TURMA) Nº 4.486-PB

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL POLYANA FALCÃO BRITO (CONVOCADA)

Requerente: NAIR ÁVILA DOS ANJOS

Requeridos: FLÁVIO INÁCIO PEREIRA, JOSÉ NILSON BORGES, CLÁUDIO ROBERTO BORGES, SÉRGIO PAULO DA SILVA E JOSÉ DA SILVA MARTINS

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Partes Int.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE PERNAMBUCO - OAB E MOACYR BEZERRA DE MATTOS

Advs./Procs.: DRS. EDUARDO FERNANDES DE ARAÚJO E OUTROS, IRENALDO RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO, CLAUDIUS AUGUSTO LYRA FERREIRA CAJU E OUTRO, HARLEY HANDENBERG MEDEIROS CORDEIRO E ADAILTON RAULINO VICENTE DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E MEDIANTE SURPRESA. VÍTIMA. DEFENSOR DE DIREITOS HUMANOS. FUNDADA DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI. DE-

**SAFORAMENTO. SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PER-
NAMBUCO. DESAFORAMENTO PARA A CAPI-
TAL. NECESSIDADE.**

- “Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”. (Inteligência do art. 427 do CPP)

- Hipótese em que a assistente da acusação (mãe da vítima) pretende, com fundamento no art. 427 do CPP, o desaforamento do julgamento relativo à Ação Penal nº 0001006-21.2011.4.05.8200, QUE envolve o assassinato do defensor dos direitos humanos Manoel Mattos ocorrido em 24/01/09, no Município de Pitimbu/PB, sob a principal alegação de que a realização do júri no Estado da Paraíba não se mostra viável, em razão de os acusados supostamente integrarem grupos de extermínio atuantes na região e possuírem poder e influência política no local, havendo comprometimento da imparcialidade do corpo de jurados e provável temor das testemunhas arroladas pela acusação.

- Ação penal que tramitou inicialmente na Justiça Estadual (Comarca de Caaporã/PB – sob o nº 022.2009.000.127-8), em que foi atribuída aos acusados a prática, em tese, dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 29, ambos do CP (homicídio qualificado por motivo torpe e mediante supresa), tendo o eg. STJ deferido o deslocamento de competência para a Justiça Federal da Paraíba (IDC nº 02).

- Na sessão do júri designada para o dia 18/11/13 (SJPB), quatro testemunhas não compareceram

e, dos 19 jurados convocados, um não se fez presente e sete foram dispensados (por motivo de saúde ou de isenção legal), não tendo ocorrido o julgamento, à mingua do número mínimo legal (15).

- Há indícios claros de que o medo que ronda o distrito da culpa, sendo digno de destaque que várias pessoas envolvidas com a apuração do crime ainda estão sob forte esquema de proteção.

- Para o acolhimento do desaforamento, não se faz necessária a comprovação da parcialidade dos integrantes do Conselho de Sentença, como querem fazer crer os requerentes, bastando que haja fundado receio de que a isenção dos jurados esteja comprometida. (v. STF, 2ª T., HC 96785/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 21/05/09)

- Possibilidade de os jurados estarem temerosos, também considerando o fato de que o julgamento na SJPB aconteceria a, aproximadamente, 50 km do local em que se desenvolveu a empreitada criminosa.

- Escolha do deslocamento de competência para a Capital da Seção Judiciária de Pernambuco, que, localizada a cerca de 90 km de distância do Município de Pitimbu/PB, dispõe de melhores condições para a realização do julgamento (considerando as áreas de pessoal, segurança e infraestrutura), capazes de garantir a isenção do veredicto a ser proferido.

- Pedido de desaforamento procedente.

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, julgar procedente o pedido de desaforamento, nos termos do relatório, do voto da Relatora e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 8 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL POLYANA FALCÃO BRITO
- Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL POLYANA FALCÃO BRITO (Convocada):

Cuida-se de pedido de desaforamento formulado por NAIR ÁVILA DOS ANJOS, assistente do Ministério Público, em que requer, com fundamento no art. 427 do CPP, o desaforamento do julgamento para Seção Judiciária de Pernambuco, relativo à Ação Penal nº 0001006-21.2011.4.05.8200, que envolve o assassinato do defensor dos direitos humanos Manoel Mattos, ocorrido em 24/01/09.

Para tanto, argumenta que:

a) “nos últimos meses de acompanhamento do trâmite processual restou evidente que o julgamento a ser realizado no Estado da Paraíba poderia trazer prejuízos ao bom e correto trâmite processual e à ordem pública”;

b) a lista de jurados, emprestada do Tribunal do Júri da Comarca de João Pessoa/PB, é antiga, não tendo ocorrido o julgamento no dia 18/11/13 em virtude de parte dos jurados não ter sido encontrada, de outros possuírem funções incompatíveis com a atividade e outros pendências judiciais que retiravam sua isenção;

c) em 2012, foi realizada uma grande operação, denominada “Squadre”, que desarticulou parte de um grupo criminoso que atuava no Estado da Paraíba;

d) em cumprimento a mandados de busca e apreensão na operação referida, foi encontrada na residência de um dos acusados a lista do Tribunal do Júri mencionada anteriormente;

e) há várias interceptações telefônicas que apontam para um “grave esquema de absolvição dos réus”, possivelmente com ameaças ou outras formas de intimidação contra os jurados;

f) o Delegado da Polícia Federal encarregado da aludida operação fez constar em relatório que, “no tocante à formação do con-

selho de sentença para o pretendido julgamento, infere-se patente um comprometimento da imparcialidade do corpo de jurados, que, mesmo obrigado a comparecer, trará uma parcialidade em decidir em razão do temor suportado, inerente à sociedade local, face ao poder dos grupos de extermínio”;

g) em 18/11/13 (dia marcado para julgamento), dos 25 jurados sorteados, apenas 18 foram intimados, sendo que 7 pediram dispensa, restando apenas 11, número inferior ao mínimo legal para a instalação da sessão;

h) o processo judicial da Operação Squadre conta com mais de 40 denunciados, dos quais grande parte é de funcionários públicos e integrantes do mais alto escalão das polícias estaduais da Paraíba;

i) como a ação penal envolve réus influentes, a segurança dos familiares da vítima e testemunhas é colocada em risco;

j) a realização do júri em João Pessoa poderá trazer riscos reais e imensuráveis às testemunhas, aos serventuários da justiça e à sociedade local, atingindo “o interesse da ordem pública”;

k) os acusados demonstraram dispor de capacidade e articulação para ameaçar várias pessoas, com o intuito de não serem condenados;

l) há, no caso, fundadas suspeitas e provas dos riscos que correm os jurados, afetando sua imparcialidade.

Pedido liminar deferido às fls. 127/130, para determinar a suspensão da sessão de julgamento que havia sido programada para o dia 05/12/13, até que seja julgado o presente incidente.

Às fls. 133/140, o Juízo Federal da 2ª Vara - PB prestou informações.

Em resposta ao pedido de desaforamento, Cláudio Roberto Borges e Flávio Inácio Pereira sustentaram que (v. fls. 164/170 e 182/187):

a) as manobras praticadas pela acusação e seus assistentes têm o único propósito de retardar o julgamento, mantendo-os encarcerados por mais tempo possível (encontram-se presos desde

fev/09 e jan/09, respectivamente), já que inexistem qualquer prova de que tenham participado do homicídio;

b) como os requeridos pertencem a Pernambuco e residem em Itambé/PE, caso tivessem alguma influência política, esta seria neste Estado;

c) o fato de ter sido encontrada na residência de um dos integrantes, pela “Operação Squadre”, a lista do jurados não é ilegal nem justifica o desaforamento;

d) os pedidos de dispensa formulados pelos jurados foram por motivos justificados, pois, do contrário, não teriam sido deferidos pelo MM. Juiz Presidente;

e) por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do art. 427 do CPP, a circunstância de quatro testemunhas não terem comparecido à sessão não é motivo para o desaforamento;

f) o mesmo se pode dizer em relação ao argumento de que pessoas envolvidas estão sob forte proteção policial.

Já os réus Sérgio Paulo da Silva, José Nilson Borges e José da Silva Martins, através da DPU, alegaram (v. fls. 190/195 e 202/207):

a) os motivos elencados no presente incidente, em sua maioria, já se mostraram valorados e satisfeitos quando do acolhimento do pedido de deslocamento de competência, da esfera Estadual (Comarca de Caaporã/PB) para Federal (2ª Vara - PB), no que toca à gravidade do delito e à dúvida acerca da imparcialidade dos jurados e testemunhas;

b) por já ter havido a alteração de competência para julgamento do processo com o deslocamento para a Justiça Federal, com grave prejuízo para garantia constitucional do Juiz Natural, é incabível e desnecessário o desaforamento;

c) a acusação não trouxe provas da parcialidade dos jurados;

d) a ausência de jurados não justifica o desaforamento;

e) a desatualização da lista dos jurados consiste em mera irregularidade do próprio juízo, bastando apenas sortear novos jurados a partir de uma nova lista;

f) o fato de quatro testemunhas não terem comparecido à sessão não é motivo para o desaforamento.

Oficiando como *custos legis*, nesta Instância, o ilustre representante do *Parquet* ofertou parecer, em que opina pelo provimento do pedido de desaforamento para a Seção Judiciária de Pernambuco (v. fls. 210/216).

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL POLYANA FALCÃO BRITO (Relatora Convocada):

Consoante relatado, NAIR ÁVILA DOS ANJOS, na qualidade de assistente do Ministério Público, objetiva o desaforamento do julgamento relativo à Ação Penal nº 0001006-21.2011.4.05.8200, a qual envolve o assassinato do defensor dos direitos humanos Manoel Mattos ocorrido em 24/01/09, no Município de Pitimbu/PB, para a Seção Judiciária de Pernambuco com fundamento no art. 427 do CPP¹.

O presente incidente centra-se, basicamente, na alegação de que a realização do júri no Estado da Paraíba não se mostra viável, em razão de os acusados supostamente integrarem grupos

¹ Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§ 2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.

de extermínio atuantes na região e possuírem poder e influência política no local, havendo comprometimento da imparcialidade do corpo de jurados e provável temor das testemunhas arroladas pela acusação.

Ab initio, cumpre consignar que esta ação penal tramitou inicialmente perante a Justiça Estadual (Comarca de Caaporã/PB - sob o nº 022.2009.000.127-8), tendo os réus sido acusados pela prática, em tese, dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal (homicídio qualificado por motivo torpe e mediante supresa)².

O eg. Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de deslocamento de competência para a Justiça Federal da Paraíba, nos autos do Incidente de Deslocamento de Competência nº 02, asseverando que *“É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias”*. Ali restou assinado que *“Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juizes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais”*.

Observe-se:

² Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

(...)

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Regras comuns às penas privativas de liberdade

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (...)

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS ESTADUAIS DOS ESTADOS DA PARAÍBA E DE PERNAMBUCO. HOMICÍDIO DE VEREADOR, NOTÓRIO DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS, AUTOR DE DIVERSAS DENÚNCIAS CONTRAAATUAÇÃO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA FRONTEIRA DOS DOIS ESTADOS. AMEAÇAS, ATENTADOS E ASSASSINATOS CONTRA TESTEMUNHAS E DENUNCIANTES. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA.

1. A teor do § 5º do art. 109 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

2. Fatos que motivaram o pedido de deslocamento deduzido pelo Procurador-Geral da República: o advogado e vereador pernambucano MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO foi assassinado em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé.

3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social.

4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (dentre eles, vale desta-

car, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como “Pacto de San Jose da Costa Rica”) é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão prolapado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. Além do homicídio de MANOEL MATTOS, outras três testemunhas da CPI da Câmara dos Deputados foram mortas, dentre elas LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO, ex-pistoleiro, que decidiu denunciar e testemunhar contra os outros delinquentes. Também FLÁVIO MANOEL DA SILVA, testemunha da CPI da Pistolagem e do Narcotráfico da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, foi assassinado a tiros em Pedra de Fogo, Paraíba, quatro dias após ter prestado depoimento à Relatora Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais. E, mais recentemente, uma das testemunhas do caso Manoel Mattos, o Sr. Maximiano Rodrigues Alves, sofreu um atentado a bala no município de Itambé, Pernambuco, e escapou por pouco. Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juizes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais.

5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento unísono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba.

6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se,

portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais.

7. Pedido ministerial parcialmente acolhido para deferir o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba da Ação Penal nº 022.2009.000.127-8, a ser distribuída para o Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal; bem como da investigação de fatos diretamente relacionados ao crime em tela. Outras medidas determinadas, nos termos do voto da Relatora.

(STJ, 3ª Seção, ICD 02, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 22/11/10)

Consignou-se, na decisão que deferiu o pedido liminar, que, *“considerando a possibilidade real de ocorrer influência ou ameaça contra as pessoas que formarão o corpo de jurados (existindo, também, segundo a requerente, risco à segurança dos familiares da vítima e das testemunhas), verifica-se que a situação relatada autoriza a aplicação do § 2º do art. 427 acima transcrito”* (fl. 129).

De fato, consoante se depreende das informações trazidas pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba (v. fl. 138), na sessão do júri designada para o dia 18/11/13 em João Pessoa, quatro testemunhas não compareceram e, dos 19 jurados convocados, um não se fez presente e sete foram dispensados, não tendo ocorrido o julgamento à míngua do número mínimo legal (de 15 jurados).

Nesse ponto, cumpre enfatizar que dentre os pedidos de dispensa acolhidos pelo Juízo da 2ª Vara Federal três chamam atenção pelo teor da fundamentação: o primeiro deles, apresentado por Carla de Oliveira Bezerra Muniz, tem por fundamento o fato de ser mãe de dois filhos menores que dependem exclusivamente dela; na mesma linha, Cristiane Nielsen de Lima Abrantes pediu dispensa alegando ser mãe de um filho de onze meses que dela depende exclusivamente; e por fim o pedido apresentado por Genilda Soares Alves da Silva, que requereu a dispensa porque cuida de sua mãe, de oitenta e dois anos, que dela depende exclusivamente.

Veja-se que as escusas esgrimidas pelas juradas acima referidas deixam transparecer o temor delas em tomar parte numa eventual condenação de pessoas supostamente dotadas de gran-

de periculosidade, que são investigadas também por participação em grupos de extermínio que atuam na região. Com efeito, é pouco crível supor que estas juradas não teriam com quem deixar os parentes (filhos e mãe) de que cuidam, por algumas horas, podendo-se pressentir que o motivo subjacente aos pedidos de dispensa seria, em verdade, o receio de virem elas próprias a perder suas vidas, deixando desamparados entes que delas dependem exclusivamente, em virtude de eventual atuação no Conselho de Sentença.

Impende realçar que no decorrer das investigações da “Operação Squadre”, deflagrada pelas Polícias Civil e Federal para desarticular parte de um forte grupo criminoso atuante no Estado da Paraíba, foi encontrada a lista dos jurados do caso Manoel Mattos na residência de um dos acusados de integrar o grupo, tendo este fato tido repercussão na sociedade local.

Assim, por mais que a defesa dos acusados sustente a tese de que a lista de jurados é pública e que este fato não teria relevo para o acolhimento do pedido de desaforamento, não é preciso grande esforço imaginativo para inferir que esta circunstância é apta a incutir nos jurados o temor de sofrer represálias, sabedores de que os seus nomes se encontravam em poder dos réus.

Cumprе ressaltar, também, que a imprensa local vem dando ampla cobertura ao caso e em boa parte dos noticiários é feita uma correlação direta entre a atuação de grupos de extermínio na Paraíba e o julgamento desta ação penal, de modo que também sob esse prisma é razoável supor que um corpo de jurados escolhido entre cidadãos que residem na Paraíba não estaria imbuído da paz de espírito necessária para dar seu veredicto com isenção.

Por todas essas circunstâncias, parece-nos evidente que o medo ronda a região, sendo ainda digno de nota o fato de que várias pessoas envolvidas estão sob forte esquema de proteção, como a requerente (mãe da vítima), Dra. Rosemery Souto Maior de Almeida (então promotora de Itambé/PE) e o Deputado Federal Luiz Couto (relator da CPI dos Grupos de Extermínio do Nordeste).

Como bem pontuou o d. representante do *Parquet* (v. fl. 214), “*não restam dúvidas de que as situações fáticas demonstradas se amoldam in totum aos componentes normativos do art. 427,*

principalmente no que tange ao abalo à ordem pública e à parcialidade do corpo dos jurados”.

Registre-se, por fim, que a maior proximidade da cidade de João Pessoa com a região em que ocorreu a morte, aliada ao fato de que as pessoas investigadas na aludida “Operação Squadre” atuam supostamente na Paraíba, também concorrem para a conclusão de que o julgamento naquela Capital tende a comprometer a imparcialidade e serenidade do Conselho de Sentença, militando também em favor do acolhimento do pedido de desaforamento.

Nesse particular, cumpre destacar que o desaforamento do julgamento da ação penal em liça para a Seção Judiciária de Pernambuco poderia gerar alguma dúvida sobre a competência territorial, eis que a Subseção Judiciária de Goiana possui jurisdição sobre a região que, limitando-se com o Estado da Paraíba, é a que maior proximidade guarda com o local do crime.

No entanto, pelos mesmos motivos já declinados para fundamentar o acolhimento do pedido de desaforamento, e ainda com maior razão em virtude da grande proximidade entre Goiana e o local onde ocorreu a morte investigada, dúvidas não há de que a Capital do Estado é a que reúne as melhores condições de assegurar um julgamento transparente, isento e lícito.

A jurisprudência admite o desaforamento de julgamento no caso de dúvida sobre a imparcialidade do júri. Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. DESAFORAMENTO. DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA. RELEVÂNCIA DA OPINIÃO DO JUIZO DE PRIMEIRO GRAU. DESLOCAMENTO DIRETO PARA A COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ÓBICE DA SÚMULA 7, DESTA CORTE.

I - Conforme precedentes desta Corte, a opinião do magistrado de primeiro grau, devido à proximidade com os fatos da causa, tem enorme relevância quando da verificação da

necessidade do desaforamento.

II - Consoante prevê o art. 427 do Código de Processo Penal, ao determinar o desaforamento, como regra, o Tribunal deverá dar preferência às comarcas mais próximas daquela onde o feito tramita inicialmente, onde não existam os motivos que ensejaram a medida excepcional.

III - No caso, restou concretamente demonstrada a existência de dúvida acerca da imparcialidade do Conselho de Sentença, tanto na Comarca de Montes Claros, quanto nas Comarcas vizinhas, visto que estariam sujeitas a interferências, seja das famílias dos réus ou do falecido, seja de “organizações criadas em memória da vítima”, ou mesmo em decorrência de “investidas por parte da imprensa local”.

IV - Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7, desta Corte.

V - Agravo regimental improvido.

(STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 335533/MG, rel. Min. Regina Helena Costa, DJ 11/11/13)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. DESAFORAMENTO. NECESSIDADE. DÚVIDA QUANTO À IMPARCIALIDADE DOS JURADOS CONFIGURADA. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA. COMARCA DISTANTE. PRETERIÇÃO DAS MAIS PRÓXIMAS. POSSIBILIDADE.

1. Consoante o disposto pelo art. 427 do CPP, é autorizado o desaforamento do Tribunal do Júri quando o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado.

2. A competência, a partir do desaforamento, será deslocada para o local mais próximo daquele no qual originariamente tramitava o feito, caso ali não persistam os mesmos motivos que ensejaram a medida. Na hipótese de persistência de tais motivos também nas comarcas circunvizinhas, é possível o desaforamento para localidades mais afastadas.

3. *In casu*, restando concretamente demonstrada a existência, *in casu*, de fundada dúvida acerca da imparcialidade dos jurados, pela forte influência política, social e econômica do paciente (tanto na Comarca de Pires do Rio,

quanto nas Comarcas a ela circunvizinhas), não há como se afastar a medida de desaforamento para a Comarca de Goiânia, muito bem determinada no aresto ora atacado.

4. Ordem denegada.

(STJ, 6ª T., HC 255898/GO, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Convocada do TJ/PE), DJ 04/04/13)

Destaque-se que, para que seja deferido o pedido de desaforamento, não se faz necessária a comprovação da parcialidade dos integrantes do Conselho de Sentença, como querem fazer crer os requerentes, bastando que haja fundado receio de que a isenção dos jurados esteja comprometida. Nesse sentido, posiciona-se o col. STF:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JÚRI. DESA-FORAMENTO. PREFEITO MUNICIPAL. INFLUÊNCIA SOBRE OS JURADOS.

1. Pedido de desaforamento fundado na possibilidade de o paciente, ex-prefeito municipal, influenciar jurados admitidos em caráter efetivo na gestão de um dos acusados. Influência não restrita aos jurados, alcançando, também, toda a sociedade da Comarca de Serra/ES.

2. Não é necessária, ao desaforamento, a afirmação da certeza da imparcialidade dos jurados, bastando o fundado receio de que reste comprometida. Precedente. Ordem denegada.

(STF, 2ª T., HC 96785/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 21/05/09)

Para garantir um julgamento isento, é importante que ele ocorra em local onde não persistam as pressões aos jurados e às testemunhas, devendo o critério da proximidade nortear a decisão, a teor do art. 427 do Código de Processo Penal. Ao meu ver, a Seção Judiciária de Pernambuco, nesta capital, localizada a aproximadamente 90 quilômetros de distância do Município de Pitimbu/PB, dispõe de melhores condições para a ocorrência do julgamento (considerando as áreas de pessoal, segurança e infraestrutura), capazes de garantir a lisura do veredicto a ser proferido.

Nesse contexto, diante da existência de dúvida fundada sobre a imparcialidade do júri, tenho por justificado o desaforamento para a Seção Judiciária de Pernambuco, na Capital do Estado.

Ante tais considerações, julgo procedente o pedido para deferir o pedido de desaforamento do julgamento para a Seção Judiciária de Pernambuco, nesta Capital.

Anote-se, por fim, que o Ministério Público Federal ajuizou a PETTR 4487-PB, com pedido similar ao presente, julgada também nesta data.

É como voto.

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO Nº 126-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigados.: ALEXIANA VIEIRA BRAGA, JOHNSON KENNEDY ROCHA SARMENTO, ELISANDRA BRAGA DOS SANTOS, SANDRA MARIA JUVENAL, JOSÉ JERÔNIMO FILHO, JOSÉ VIEIRA DA SILVA E RODRIGO RODOLFO DE MELO
Advs./Procs.: DRS. LINCON BEZERRA DE ABRANTES, CLÁUDIO ROBERTO LOPES DINIZ, SEBASTIÃO FERNANDES BOTELHO, FABRÍCIO ABRANTES DE OLIVEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO. MUNICÍPIO DE MARIZÓPOLIS/PB. FRAUDE A LICITAÇÃO. MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE VERBA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA.

- Denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em desfavor do atual Prefeito do Município de Marizópolis/PB, da ex-prefeita, dos integrantes da Comissão Especial de Licitação e dos

sócios da empresa Construforte Construtora Ltda., afirmando-se que os denunciados, voluntariamente e com unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se em quadrilha para cometer crimes, em especial para: a) frustrar e fraudar o caráter competitivo da Concorrência 001/2007, que visava à construção de esgotamento sanitário com verba federal oriunda do Convênio nº 2086/2006 (SIAFI 570409), com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação; e b) desviar em proveito próprio ou alheio pelo menos R\$ 29.713,55 oriundos do sobrepço apurado na referida obra pela FUNASA.

- Recebimento da denúncia apenas quanto à suposta prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, e rejeição quanto aos demais delitos: a) por inépcia (art. 395, I, CPP), no tocante ao crime do art. 288 do Código Penal (crime de quadrilha ou bando); b) e por ausência de justa causa (idem, inc. III) quanto ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de abril de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-
REIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em face de ALEXCIANA VIEIRA BRAGA, JOSÉ VIEIRA DA SILVA, JOHNSON KENNEDY ROCHA SARMENTO, SANDRA MARIA JUVENAL, ELISANDRA BRAGA DOS SANTOS, RODRIGO RODOLFO DE MELO e JOSÉ JERÔNIMO FILHO.

Narra a denúncia que os denunciados, voluntariamente e com unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se em quadrilha para cometer crimes, em especial para “a) frustrar e fraudar o caráter competitivo da licitação Concorrência 001/2007, que visava à construção de esgotamento sanitário com verba federal oriunda do Convênio nº 2086/2006 (SIAFI 570409), com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação; e b) desviar em proveito próprio ou alheio pelo menos R\$ 29.713,55 oriundos do sobrepreço apurado na referida obra pela FUNASA”.

O convênio foi celebrado entre o Município de Marizópolis/PB e a FUNASA, em 30 de junho de 2006, e estipulava a transferência voluntária de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) oriundos do Governo Federal, e uma contrapartida de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), a cargo do conveniente, para construção da primeira etapa do sistema de esgotamento sanitário naquela edilidade.

Segundo historia, para dar execução ao convênio, houve a instauração da Concorrência nº 01/2007, sendo licitado, porém, todo o sistema de esgotamento sanitário ao invés da sua primeira etapa, ao custo total de quase cinco milhões de reais, sem que, no entanto, houvesse autorização do órgão concedente, justificativa plausível ou mesmo recursos financeiros suficientes no momento de sua abertura, pois o município dispunha à época de apenas R\$ 927.000 (novecentos e vinte e sete mil reais), nada obstante posterior edição das Leis Municipais nº 70/2007 e 71/2007, autorizando a abertura de crédito especial suficiente à satisfação das obrigações decorrentes da Concorrência nº 01/2007, sem indicarem, contudo, a origem dos recursos necessários ao seu cumprimento.

Isso possibilitou a exigência, a título de qualificação econômico-financeira, de uma garantia de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) e um capital mínimo integralizando a quantia de R\$ 499.000,00, com o objetivo, segundo o MPF, de cercear o caráter competitivo da licitação e assegurar a vitória da empresa pertencente ao mesmo grupo político e familiar integrado pela então prefeita Alexciana Vieira Braga e por seu tio e atual Prefeito José Vieira da Silva.

Aponta, ainda, as seguintes medidas e indícios que tiveram por objetivo frustrar o caráter competitivo da licitação:

a) a publicação do aviso da licitação no *DOU* foi realizada no dia 14.05.2007, exatamente 31 dias antes da data designada para a sessão de abertura das propostas, nos termos do art. 21, I, da Lei das Licitações, não sendo divulgados de forma satisfatória o objeto do certame, o tipo de licitação, a forma de execução e o valor estimado da contratação, dados que poderiam provocar interesse das empresas do ramo;

b) no ato convocatório foi indicado que o Município de Marizópolis era situado no Paraná, confundindo os destinatários e dificultando o conhecimento do certame pelas empresas interessadas, sendo divulgada a sua retificação apenas dez dias antes da data designada para abertura das propostas, informando-se, como telefone para contato, um número que não funcionava normalmente, segundo declarações prestadas pelo Procurador da República no Município de Sousa/PB, Francisco das Chagas da Silva.

c) para ser adquirido o edital, foi cobrada a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), cerca de 4.000% superior aos custos com sua reprodução, ofendendo o disposto no art. 32, § 5º, da Lei 8.666/93, obstaculizando ao máximo sua aquisição pelos potenciais licitantes;

d) apenas duas construtoras demonstraram interesse em participar da licitação: Conserv Construções e Serviços Ltda. e Construforte Construtora Ltda. Porém, não travaram entre si um real embate comercial no curso da concorrência;

e) a então prefeita já integrara o quadro societário da empresa vencedora e que praticamente todos os outros sócios e ex-sócios

da construtora guardam relação familiar ou política com a gestora municipal e seu tio, o atual Prefeito José Vieira da Silva, que ocupava na época o cargo de Secretário de Planejamento;

f) o telefone residencial de Alexciana Vieira Braga, constante nos cadastros da Receita Federal (83) 3521-2207, é o mesmo que consta nos cadastros de José Jerônimo Filho e Francisco de Assis Fernandes, sócios da construtora vencedora durante o período das obras, constando mesmo terminal telefônico nos cadastros de Elisângela Vieira Braga da Costa, Aurenice de Souza Carvalho, José Jofran Jerônimo de Carvalho e Jeremias Jerônimo Gomes, todos integrantes da mesma sociedade;

g) as diligências realizadas pela Polícia Federal constataram que o endereço indicado como sede da licitante Conserv Construções e Serviços Ltda. era uma sala fechada que nunca serviu ao desempenho de qualquer atividade empresarial, segundo declaração dos moradores da localidade e o próprio administrador do imóvel;

h) algumas das empresas que obtiveram cópia do edital são de fachada, sendo conhecidas por suas participações em outras licitações fraudulentas, cujos resultados foram previamente acertados;

i) nenhuma das duas empresas licitantes entregou como garantia o valor estabelecido no edital (R\$ 98.000,00).

Com relação ao desvio, o MPF alega que foram empregados materiais de qualidade inferior ao estipulado no contrato, adquiridos mediante o pagamento de quantias exorbitantes, com o objetivo de incrementar o patrimônio do Prefeito José Vieira da Silva, e que o Parecer Técnico nº 117/2007 da FUNASA aponta um sobrepreço estimado de R\$ 29.713,55 (vinte e nove mil, setecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos).

Notificados, os seguintes denunciados apresentaram resposta: Alexciana Vieira Braga (fls. 56-65); JOHNSON KENNEDY ROCHA SARMENTO (fls. 89-95); ELISANDRA BRAGA DOS SANTOS (fls. 118-125); SANDRA MARIA JUVENAL (fls. 142-155); JOSÉ JERÔNIMO FILHO (fls. 156-165).

A Defensoria Pública da União apresentou resposta pelos denunciados JOSÉ VIEIRA DA SILVA e RODRIGO RODOLFO DE MELO (cf. fls. 546-550).

É o relatório.

VOTO

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

Com relação ao crime de frustração do caráter competitivo do certame, previsto no art. 90 da Lei das Licitações, a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP, não restando configurada nenhuma das hipóteses de sua rejeição previstas no art. 395 do mesmo diploma legal.

Com efeito, a acusação trouxe elementos suficientes à configuração, em tese, do crime em comento.

À primeira vista, não houve justificativa técnica para a abertura da concorrência e adjudicação de todo o sistema de esgotamento sanitário, com custo total de aproximadamente cinco milhões (R\$ 4.990.736,81), quando o convênio celebrado entre o município e a FUNASA previa apenas a construção da primeira etapa do projeto, no valor de R\$ 927.000,00, sem contar que, na época da abertura do certame, inexistia previsão orçamentária para a totalidade da obra.

Foi exigida dos licitantes, a título de qualificação econômico-financeira, a prestação de garantia provisória de R\$ 49.000,00 e o capital mínimo integralizado de R\$ 499.000,00, correspondentes a 1% e 10%, respectivamente, sobre o valor estimado de todo o objeto licitado (R\$ 4.990.736,81).

Entendo que tal procedimento contribuiu para afastar os potenciais licitantes, que embora não dispendo de capacidade para execução de todo o sistema de esgotamento, poderiam executar o serviço relativo à primeira etapa que foi objeto do convênio, cumprindo as exigências de habilitação e qualificação econômico-financeira correspondente ao que iria ser efetivamente executado.

Conseqüentemente, não houve a observância, em princípio, do disposto no § 1º do art. 23 da Lei das Licitações e da orientação contida na Súmula 247 do TCU.¹

A participação de apenas duas empresas no certame, quais sejam, Construforte Construtora Ltda. e a Conserv Construções e Serviços Ltda., apenas vem em reforço a tal conclusão.

A análise de ter havido dolo em tal conduta – ao invés de mero erro técnico – com o deliberado propósito de afastar potenciais participantes e beneficiar a Construforte Construtora Ltda., é algo a ser apreciado com maior profundidade na instrução penal e conjuntamente com outros elementos de prova a serem trazidos aos autos da ação penal.

A denúncia aponta alguns indícios que autorizam a instauração da ação penal:

a) segundo o resultado das diligências da Polícia Federal, o endereço indicado como sede da segunda construtora que participou da licitação, Conserv Construções e Serviços Ltda., era uma sala que nunca serviu ao desempenho de qualquer atividade empresarial;

b) o telefone divulgado no aviso de licitação não funcionava corretamente e houve publicação no ato convocatório de que o Município de Marizópolis/PB era situado no Estado do Paraná, contribuindo para frustrar o caráter competitivo da licitação, e muito embora tivesse havido aviso retificativo, este apenas foi divulgado dez dias antes da data designada para abertura da sessão;

c) depoimento prestado pelo Secretário de Finanças durante a gestão do Prefeito, Francinaldo Gomes de Figueiredo, afirma que

¹ É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

a empresa vencedora do certame pertence de fato a José Vieira da Silva, atual Prefeito.

Consta, ainda, às fls. 09-10 quadro demonstrativo da ligação de parentesco existente entre a então Prefeita, Alexciana Vieira Braga (ex-integrante da referida empresa vencedora e sobrinha do atual Prefeito, José Vieira da Silva), a grande maioria dos integrantes da sociedade Construforte Construtora Ltda., vencedora da concorrência, e os agentes públicos responsáveis à época pela condução do certame.

Diante do que foi trazido, a materialidade delitiva da suposta prática do crime de fraude ou frustração do caráter competitivo do certame encontra-se suficientemente demonstrada para fins de recebimento da denúncia, cabendo à instrução processual maiores aprofundamentos.

A participação da então Prefeita, **Alexciana Vieira Braga**, emerge de ter sido a responsável pela homologação do certame, adjudicação do objeto, além de ter assinado os cheques para pagamento da empresa vencedora.

Os denunciados Johnson Kennedy Rocha Sarmiento, Sandra Maria Juvenal Gomes e Elisandra Braga dos Santos, na qualidade de integrantes da Comissão Especial de Licitação, contribuíram, em princípio, para dificultar a divulgação do certame, sendo responsáveis pela condução da sua fase externa e interna.

José Vieira da Silva, atual Prefeito, seria na época o dono de fato da empresa vencedora (Construforte Construtora Ltda.), principal cabeça do esquema e beneficiário do desvio efetuado em prejuízo ao erário, com indícios de sua vinculação com a Construforte Construtora Ltda. também demonstrado pelo fornecimento de mesmo número de contato apresentado pelo engenheiro responsável pela execução dos serviços e de outro sócio da empresa, quando de sua oitiva na Polícia Federal (cf. fl. 10-v).

Rodrigo Rodolfo de Melo era também representante da empresa vencedora e simultaneamente ocupava na época o cargo de Presidente da Comissão Permanente de Licitação e de Secretário de Saúde, representando, a um só tempo, segundo a denúncia, o tomador de serviço e seu prestador, órgão julgador da licitação e o licitante, agente pagador e seu favorecido.

Já quanto a **José Jerônimo Filho**, primo de José Vieira da Silva, era o administrador da empresa Construforte e que, segundo as informações obtidas no inquérito e do depoimento de José Vieira, foi convidado por este para realizar as obras da 1ª etapa, o que denotaria o caráter fraudulento e simulado da licitação, tendo assinado o contrato com a Prefeitura e outros recibos de pagamentos diversos.

Portanto, há indícios suficientes de que os réus agiram em concurso de agentes, com a finalidade de frustrar o caráter competitivo da concorrência em favor da empresa Construforte Construções Ltda..

No entanto, não há descrição na peça acusatória de que a reunião dos agentes configuraria uma associação estável e permanente voltada à prática de vários crimes, de modo a caracterizar o crime do art. 288 do CP.

O libelo acusatório não cuidou de demonstrar que a reunião dos agentes configuraria uma empresa criminosa, aludindo apenas, à fl. 4, que os réus, *“voluntariamente, em concurso com unidade de desígnios, no período de 30/06/2006 a 30/06/2007, associaram-se em quadrilha, para cometer crimes e, especialmente, concorreram para (...)”*

Deveras genérica, tal menção impossibilita que os denunciados exerçam a ampla defesa quanto à imputação que lhes é endereçada, o que conduz, inelutavelmente, à inépcia da denúncia quanto à respectiva acusação.

Com relação ao crime de apropriação e desvio, cujo montante seria de R\$ 29.713,55, com tipificação legal no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, a denúncia historia o seguinte, no que interessa:

Foram empregados nas obras materiais de qualidade inferior ao estipulado pelo órgão concedente, adquiridos mediante o pagamento de quantias exorbitantes, com objetivo de incrementar o patrimônio pessoal do prefeito José Vieira da Silva, de seus aliados e familiares. Nesse aspecto o Parecer Técnico nº 117/2007 da FUNASA (fl. 360 do ICP Nº 37/2007-13) aponta um sobrepreço estimado em R\$ 29.713,55 (vinte e nove mil, setecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos), apenas com base nas planilhas

orçamentárias constantes do projeto, ou seja, sem ter levado em conta qualquer análise qualitativa dos materiais utilizados nas obras – medida que fatalmente demonstra outras impropriedades de execução. No mesmo passo há registros fotográficos que demonstram o descaso com o qual os serviços foram conduzidos, acarretando prejuízos financeiros ao erário (fls. 370/371 do ICP nº 37/2007-13).

Com efeito, os acusados também concorreram para o desvio de recursos públicos federais em proveito do acusado José Vieira da Silva.

Muito embora a conclusão de que houve sobrepreço de R\$ 29.713,55 (vinte e nove mil, setecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos) em relação ao valor inicialmente orçado, com base no Parecer Técnico da FUNASA elaborado em 28/11/2007 (fl. 34, apenso 3), seja em relação aos ex-participantes da comissão de licitação seja em relação aos demais denunciados, não houve a descrição circunstanciada do *modus operandi* adotado (se houve ajuste de preços, omissão quanto à pesquisa de mercado, aumento inadmissível no preço de alguns itens, simulação, etc.).

O referido parecer consta à fl. 34 do Apenso 3/21, e tal documento apenas constatou que houve sobrepreço em relação ao valor total previsto levando em conta planilha comparativa de preços e serviços, mas não conclui, de forma específica, o que gerou o referido sobrepreço, qual a sua causa.

Imprescindível que houvesse, de forma exemplificativa, quais os itens que contribuíram para o sobrepreço, a fim de ser avaliada, em tese, a sua suposta ilicitude, certo de que nem todo excedente de preço pode ser caracterizado como sobrepreço ou superfaturamento.

Registro que a Corte de Contas da União possui o entendimento de considerar aceitáveis pequenas diferenças de preços em relação ao parâmetro de comparação (cf. Acórdão 394/2003, 1198/2004, 752/2007 e 2130/2010), que a depender do patamar em que situados os preços, podem refletir variações normais de mercado.

Nesse contexto, a diferença para maior de aproximadamente 3,2% entre os quantitativos originais da planilha orçamentária apro-

vada e o total dos serviços efetivamente licitados pela municipalidade naquela época, ao meu sentir, não caracteriza, de forma suficiente, a materialidade delitiva, ante a ausência de indícios e informações que apontem em sentido diverso.

A robustecer tal assertiva – de que a diferença encontrada não denota sobrepreço ou superfaturamento – destaco o Parecer Técnico nº 666/2012 da FUNASA (fls. 167-168, vol. 1), elaborado posteriormente, em 07/12/2012, o qual não fez qualquer alusão ou ressalva a título de sobrepreço, como fora verificado no parecer anterior elaborado quatro anos atrás.

O Parecer Técnico 666/2012 objetivou apreciar pedido de readequação de serviços requerida pela municipalidade (planilha de supressões de itens não executados e planilha de acréscimos de serviços executados), no qual a FUNASA concluiu que o total da obra atendeu à execução física e o objeto pactuado do convênio em 100%, destacando como valor total dos serviços executados a quantia de **R\$ 971.006,94** (novecentos e setenta e um mil, seis reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) da FUNASA e a contrapartida do município R\$ 71.006,94 (setenta e um mil, seis reais e noventa e quatro centavos).

Veja-se. Não se está aqui a afirmar que não houve o desvio ou a apropriação apontados, mas que, se tal prática foi levada a efeito pelos denunciados, a peça acusatória não se desincumbiu do seu mister de demonstrar, no âmbito do juridicamente admissível, a sua suposta ocorrência (materialidade delitiva), quais as circunstâncias de seu cometimento e quem teria praticado, inobservando o comando do art. 41 do CPP, elementos indispensáveis ao pleno exercício da ampla defesa pelos acusados quanto à referida imputação.

Portanto, RECEBO a denúncia apenas quanto à suposta prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, citando-se os réus para que apresentem a sua defesa, e REJEITO a denúncia: a) por inépcia (art. 395, I, CPP), no tocante ao crime do art. 288 do Código Penal (crime de quadrilha ou bando); b) e por ausência de justa causa (*idem*, inc. III) quanto ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Por fim, registro que o rito a se adotar à presente ação é o da Lei nº 11.719/08, sobretudo quanto à realização do interrogatório, designado ao final da instrução, em detrimento da previsão contida na Lei nº 8.038/90, conforme entendimento do STF sobre a matéria (AP 528 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011).

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.705-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO
(CONVOCADO)
Reclamante: SEVERINO GOMES MARINHO
Reclamado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. RAULINO SALES SOBRINHO E OUTRO
(RECTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO DESCRIÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DE QUALIFICADORA NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR A QUALIFICADORA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ANÁLISE PROFUNDA DA PROVA. VEDAÇÃO. JULGAMENTO CONCISO E SUFICIENTE. JUÍZO MONOCRÁTICO COMO CONDUTOR DO FEITO, CUJO JULGAMENTO ÚLTIMO COMPETE AO CONSELHO DE SENTENÇA. COMPETÊNCIA SOBERANA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PARCIALMENTE PROVIDO. - O MPF ofereceu denúncia em desfavor de SEVERINO GOMES MARINHO e JOÃO BATISTA DE ALMEIDA PEREIRA, imputando-lhes, respectivamente, os crimes previstos no art. 121, caput, do CPB (homicídio) e art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo). Para tanto, sustentou que, no dia 22.05.2009, os dois denuncia-

dos, de modo consciente e voluntário, quando realizavam fiscalização na condição de funcionários públicos do IBAMA, teriam portado, sem autorização, armas de fogo com a finalidade de coibirem caça de arribaçãs. E mais, SEVERINO, durante a fiscalização e diante da presença de caçadores de arribaçãs que também se encontravam na mata, desferiu tiro em um deles, quem seja, EMANOEL GESIAN BARBOSA, que faleceu em razão do disparo de arma de fogo efetuado pelo aludido denunciado.

- Após a instrução atinente à primeira fase, o Juízo exarou sentença de pronúncia em desfavor de SEVERINO. Na ocasião, o magistrado pronunciou SEVERINO pelo cometimento dos crimes previstos no art. 121, § 2º, IV, do CPB (homicídio qualificado por ter sido praticado mediante emboscada ou recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima) e no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Quanto ao outro réu – JOÃO BATISTA DE ALMEIDA –, determinou o desmembramento e envio dos autos ao juízo singular, por entender inexistente conexão que justificasse o julgamento conjunto pelo Tribunal do Júri.

- Inconformado, SEVERINO interpôs recurso em sentido estrito, aduzindo, resumidamente, que: 1) não deveria ser aplicada a qualificadora da emboscada que, no caso em apreço, não teria se configurado, pois o réu não estava de tocaia aguardando a vítima; 2) não deveria ser aplicada a qualificadora de utilização de recurso que dificultasse ou tornasse impossível a defesa da vítima, o que também não teria se observado; 3) não haveria provas de que o recorrente teria atirado com o dolo de atingir vítima determinada, causando-lhe a morte, devendo responder, no máximo, por homicídio culposo.

- Antes de tudo, verifica-se que o magistrado, ao proferir sentença de pronúncia, abarcou as

qualificadoras de emboscada e meio que dificulte a defesa da vítima – nos termos sugeridos pelo assistente de acusação –, ao argumento de que, nos autos, não existiriam elementos que as afastassem de pronto, devendo a apreciação de ambas, portanto, ser submetida aos jurados.

- Cumpre rememorar, nesse diapasão, princípio muito importante que norteia o Direito Processual Penal pátrio, inclusive em sede de Tribunal do Júri, qual seja, o princípio da correlação. O princípio da correlação, também conhecido como princípio da relatividade ou da congruência, impõe que haja perfeita correspondência entre a condenação proferida pelo Juízo e a imputação, de modo que o fato descrito na peça inaugural de um processo – queixa ou denúncia – deva sempre guardar estrita relação com o fato constante na sentença pelo qual o réu é condenado. Em outras palavras, tal postulado impõe a correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, representando assim uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, pois assegura ao réu a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de, prévia e pormenorizadamente, ter ciência dos fatos criminosos que lhe são imputados, podendo, assim, defender-se amplamente da acusação.

- Apesar de o juiz estar, de certo modo, adstrito ao requisitório da acusação, não podendo sua sentença afastar-se dos fatos constantes na peça acusatória inicial, cumpre observar a vigência, no Processo Penal, do também princípio da livre dicção do direito (jura novit curia), onde resta consubstanciado que cabe ao juiz conhecer e cuidar do direito (narra mihi factum dabo tibi jus).

- Assim, o réu não deve defender-se da capitulação dada ao crime pelo Ministério Público ou pelo ofendido ou seu representante legal na denún-

cia ou na queixa, respectivamente, mas da descrição fática nela constante, ou seja, dos fatos nela narrados.

- Partindo desses pressupostos, torna-se evidente que, para ser possível, legal e legítimo ao magistrado considerar, em sede de sentença de pronúncia, qualquer qualificadora, estas deveriam estar descritas na denúncia, permitindo ao réu, assim defender-se plenamente das imputações.

- Ao observar a denúncia, especificamente ao trecho em que o MPF descreve a conduta do acusado SEVERINO que, em tese, teria resultado no homicídio, imperioso chegar a uma conclusão. O órgão ministerial limitou-se a afirmar que o acusado atirou na vítima, sem descrever, nem mesmo minimamente, eventos ou circunstâncias – subjetivas ou objetivas – que permitissem antever a configuração de quaisquer qualificadoras, quiçá as consideradas na sentença de pronúncia.

- Em momento algum a acusação descreveu em que circunstâncias SEVERINO desferiu os tiros na vítima; se estava escondido; se atirou pelas costas; se inviabilizou, de alguma forma, sua defesa; se estava no aguardo, em verdadeira tocaia, para atingi-lo. Nada disso foi dito, nem mesmo minimamente.

- O Juízo de primeiro grau, ao considerar na sentença de pronúncia as qualificadoras requeridas em sede de alegações finais apresentadas pelo assistente de acusação – emboscada e meio que dificultou a defesa da vítima, previstas no inciso IV –, terminou por afastar-se do princípio da correlação já tratado, maculando assim outros primados, entre eles o do contraditório e o da ampla defesa.

- É que, como dito, ao acusado tem que ser dado o direito de defender-se de todos os fatos e,

como se viu, os fatos que configurariam, em tese, as qualificadoras não foram narrados pela acusação.

- Aliás, dos fatos declinados, inferiu-se que os denunciados estavam frente a frente com os caçadores, tendo, inclusive, se identificado como fiscais, evento que afasta a tese da tocaia ou do meio que dificulte a defesa da vítima. Ademais, ainda que estivessem armados, o fato é que os denunciados estavam em minoria (eram 2) e os caçadores, em maioria (entre 8 e 12).

- Assim sendo, merece reparo a sentença de pronúncia quando esta considerou a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CPB (emboscada e meio que dificultou a defesa da vítima).

- No mais, com acerto o juízo de primeiro grau em sua fundamentação.

- Inicialmente, relembra-se que reza o art. 413, caput, e § 1º, do CPP, que “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

- O magistrado, de forma objetiva e concisa, declinou, fundamentadamente, o porquê de restar convencido acerca dos indícios de autoria e materialidade delitivas atinentes ao homicídio.

- Não merece acato a tese de que inexistiriam provas de que o crime teria sido doloso.

- Em primeiro lugar, o Juízo esclareceu que anteviu dolo por parte do acusado, máxime diante das próprias alegações finais apresentadas, ocasião em que afirmou ter efetuado disparos de advertência, declaração esta que deixa explícita a intenção de atirar.

- Como se infere, portanto, houve fundamentação quanto ao dolo e esta foi suficiente, constando nos autos indícios de autoria e materialidade.

dade delitiva, ao contrário do que se sustentou em grau de recurso.

- Ademais, cumpre lembrar que, na sentença de pronúncia, a fundamentação adotada pelo magistrado deve ser objetiva, enxuta e concisa. Em outras palavras, não poderia mesmo o Juízo ter analisado com mais profundidade as provas apresentadas, tampouco declinado, de forma pormenorizada, as razões de seu convencimento, sob pena de influenciar os jurados e, assim, macular a soberania inerente ao Tribunal do Júri.

- Como se sabe, o julgamento pelo Tribunal do Júri dos crimes dolosos contra a vida tem natureza soberanamente popular, respaldando-se, para tanto, na Constituição Federal. O Juízo singular, ao exarar sentença de pronúncia, deve ser conciso, comedido e prudente em suas colocações, valorações e, sobretudo, na apreciação das provas. É que o magistrado, nesse procedimento específico e cheio de peculiaridades, funciona verdadeiramente como condutor e preparador da contenda para que esta, uma vez madura, possa ser submetida aos verdadeiros juizes: o conselho de sentença, formado somente por cidadãos, como determina a legislação pátria.

- Bem por isto, o Juízo não poderia, de forma alguma, ter analisado a prova com profundidade, devendo se limitar – como de fato o fez – a inferir se existia a mínima coerência nas teses inculpidas pela defesa e acusação.

- Noutros termos, existindo indícios e razoabilidade a apontarem para a materialidade e autoria delitivas, o Juízo agiu com acerto ao pronunciar o réu, deixando sob a análise posterior dos jurados o arremate quanto à sua comprovação ou não.

- Sentença mantida para pronunciar o réu pelo crime de homicídio simples, afastando a qualificadora.

- Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO:

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por SEVERINO GOMES MARINHO, às fls. 415/423, em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que cuidou de pronunciá-lo pelo cometimento do crime previsto no art. 121, § 2º, IV, do CPB, e art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

O MPF ofereceu denúncia em desfavor de SEVERINO GOMES MARINHO e JOÃO BATISTA DE ALMEIDA PEREIRA, imputando-lhes, respectivamente, os crimes previstos no art. 121, *caput*, do CPB (homicídio) e art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo) e art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo).

Para tanto, sustentou que, no dia 22.05.2009, os dois denunciados, de modo consciente e voluntário, quando realizavam fiscalização na condição de funcionários públicos do IBAMA, teriam portado, sem autorização, armas de fogo com a finalidade de coibirem caça de arribações.

Ainda segundo a acusação, SEVERINO, durante a fiscalização e diante da presença de caçadores de arribações que também se encontravam na mata, desferiu tiro em um deles, quem seja, EMANOEL GESIAN BARBOSA, que faleceu em razão do disparo de arma de fogo efetuado pelo aludido denunciado.

A peça acusatória foi recebida mediante decisão de fls. 115-116.

Os réus apresentaram defesas, acostaram documentos, foram ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes, apresentadas alegações finais e, enfim, às fls. 398-401, o Juízo exarou sentença de pronúncia em desfavor de SEVERINO, objeto do presente recurso em sentido estrito.

Na ocasião, o magistrado pronunciou SEVERINO pelo cometimento dos crimes previstos no art. 121, § 2º, IV, do CPB (homicídio qualificado por ter sido praticado mediante emboscada ou recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima) e no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Quanto ao outro réu – JOÃO BATISTA DE ALMEIDA –, determinou o desmembramento e envio dos autos ao juízo singular, por entender inexistente conexão que justificasse o julgamento conjunto pelo Tribunal do Júri.

Inconformado, SEVERINO interpôs recurso em sentido estrito, às fls. 415/423, aduzindo, resumidamente, que: 1) não deveria ser aplicada a qualificadora da emboscada que, no caso em apreço, não teria se configurado, pois o apelante não estava de tocaia aguardando a vítima; 2) não deveria ser aplicada a qualificadora de utilização de recurso que dificultasse ou tornasse impossível a defesa da vítima, o que também não teria se observado; 3) não haveria provas de que o apelante teria atirado com o dolo de atingir vítima determinada, causando-lhe a morte, devendo responder, no máximo, por homicídio culposo.

Contrarrazões apresentadas pelo MPF às fls. 426-439.

Parecer oferecido pela PRR, às fls. 452-456, opinando pelo provimento parcial do recurso para modificar a decisão de pronúncia, imputando ao acusado o delito de homicídio simples.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator):

Para o deslinde da presente contenda, cumpre historiar, ainda que brevemente, os fatos em apuração.

O MPF ofereceu denúncia em desfavor de SEVERINO GOMES MARINHO e JOÃO BATISTA DE ALMEIDA PEREIRA, impu-

tando-lhes, respectivamente, os crimes previstos no art. 121, *caput*, do CPB (homicídio) e art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo), e art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo).

Para tanto, sustentou que, no dia 22.05.2009, os dois denunciados, de modo consciente e voluntário, quando realizavam fiscalização na condição de funcionários públicos do IBAMA, teriam portado, sem autorização, armas de fogo com a finalidade de coibirem caça de arribações.

E mais, SEVERINO, durante a fiscalização e diante da presença de caçadores de arribações que também se encontravam na mata, desferiu tiro em um deles, quem seja, EMANOEL GESIAN BARBOSA, que faleceu em razão do disparo de arma de fogo efetuado pelo aludido denunciado.

A peça acusatória foi recebida mediante decisão de fls. 115-116.

Os réus apresentaram defesas, acostaram documentos, foram ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes, apresentadas alegações finais e, enfim, às fls. 398-401, o Juízo exarou sentença de pronúncia em desfavor de SEVERINO.

Na ocasião, o magistrado pronunciou SEVERINO pelo cometimento dos crimes previstos no art. 121, § 2º, IV, do CPB (homicídio qualificado por ter sido praticado mediante emboscada ou recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima) e no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Quanto ao outro réu – JOÃO BATISTA DE ALMEIDA –, determinou o desmembramento e envio dos autos ao Juízo singular, por entender inexistente conexão que justificasse o julgamento conjunto pelo Tribunal do Júri.

Inconformado, SEVERINO interpôs recurso em sentido estrito, aduzindo, resumidamente, que: 1) não deveria ser aplicada a qualificadora da emboscada que, no caso em apreço, não teria se configurado, pois o recorrente não estava de tocaia aguardando a vítima; 2) não deveria ser aplicada a qualificadora de utilização de recurso que dificultasse ou tornasse impossível a defesa da vítima, o que também não teria se observado; 3) não haveria provas de que o réu teria atirado com o dolo de atingir vítima determinada,

causando-lhe a morte, devendo responder, no máximo, por homicídio culposo.

Analisemos, um a um, os argumentos de inconformismo.

Antes de tudo, verifica-se que o magistrado, ao proferir sentença de pronúncia, abarcou as qualificadoras de emboscada e meio que dificulte a defesa da vítima – nos termos sugeridos pelo assistente de acusação –, ao argumento de que, nos autos, não existiriam elementos que as afastassem de pronto, devendo a apreciação de ambas, portanto, ser submetida aos jurados.

Cumprе rememorar, nesse diapasão, princípio muito importante que norteia o Direito Processual Penal pátrio, inclusive em sede de Tribunal do Júri, qual seja, o princípio da correlação.

O princípio da correlação, também conhecido como princípio da relatividade ou da congruência, impõe que haja perfeita correspondência entre a condenação proferida pelo Juízo e a imputação, de modo que o fato descrito na peça inaugural de um processo – queixa ou denúncia – deva sempre guardar estrita relação com o fato constante na sentença pelo qual o réu é condenado.

Em outras palavras, tal postulado impõe a correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, representando assim uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, pois assegura ao réu a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de, prévia e pormenorizadamente, ter ciência dos fatos criminosos que lhe são imputados, podendo, assim, defender-se amplamente da acusação.

Sobre o tema, disserta Tourinho Filho que, “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções deduzidas pelo réu. [...] isto é, o juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado”.

Por seu turno, Mirabete aduz que “não pode haver julgamento *extra* ou *ultra petita* (*ne procedat judex ultra petitum et extra peti-*

tum). A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido em que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional”.

Alerta ainda o mesmo doutrinador que na hipótese de haver distorção entre a imputação e a sentença, sem observância dos dispositivos legais pertinentes à matéria, o direito de defesa do réu poderá estar sendo violado, o que, se comprovado, acarretará a nulidade da decisão (RT 526/396, 565/383, JTACrSP 76/271, RJDTACrim 17/15-25).

Apesar de o juiz estar, de certo modo, adstrito ao requisitório da acusação, não podendo sua sentença afastar-se dos fatos constantes na peça acusatória inicial, cumpre observar a vigência, no Processo Penal, do também princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*), onde resta consubstanciado que cabe ao juiz conhecer e cuidar do direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*).

Assim, o réu não deve defender-se da capitulação dada ao crime pelo Ministério Público ou pelo ofendido ou seu representante legal na denúncia ou na queixa, respectivamente, mas da descrição fática nela constante, ou seja, dos fatos nela narrados.

Nesse sentido, decidiu o STF que “o réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa e não da classificação jurídica feita pelo MP, ou querelante” (HC 61.617-8-SP, j. 04.05.1984) e “o réu se defende do crime descrito na denúncia e não da capitulação nela constante” (HC 63.587-3-RS, j. 14.02.1986).

Partindo desses pressupostos, torna-se evidente que, para ser possível, legal e legítimo ao magistrado considerar, em sede de sentença de pronúncia, qualquer qualificadora, estas deveriam estar descritas na denúncia, permitindo ao réu, assim defender-se plenamente das imputações.

E registro: não há a necessidade de tais qualificadoras estarem expressamente tipificadas e consignadas pelo acusador na peça inaugural já que, como dito, cabe ao Juízo, diante dos fatos, “dizer o direito”. O que se exige, isto sim, é que os fatos ensejadores da configuração das qualificadoras estejam descritos, ainda

que minimamente, na denúncia, sendo isto bastante para que o juízo possa conhecê-las e, se for o caso, aplicá-las.

Pois bem.

Voltando-me à denúncia que repousa às fls. 03/08, especificamente ao trecho em que o MPF descreve a conduta do acusado SEVERINO que, em tese, teria resultado no homicídio, imperioso chegar a uma conclusão. O órgão ministerial limitou-se a afirmar que o acusado atirou na vítima, sem descrever, nem mesmo minimamente, eventos ou circunstâncias – subjetivas ou objetivas – que permitissem antever a configuração de quaisquer qualificadoras, quiçá as consideradas na sentença de pronúncia, senão vejamos:

(...).

Os denunciados, de forma livre e consciente, no dia 22 de maio de 2009 (sexta-feira), por volta das 21h00, no Município de Jandaíra/RN, quando realizavam fiscalização na qualidade de servidores do Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA/RN, visando reprimir a caça ilegal de arribaçãs naquela região, portaram arma de fogo de uso permitido sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, incidindo, assim, no tipo penal previsto no art. 14 da Lei n° 10.826/03.

Além disso, o primeiro denunciado, SEVERINO GOMES MARINHO, na mesma ocasião, cometeu, ainda, o delito previsto no art. 121, caput, do Código Penal, matando a pessoa de EMANOEL GESIN BARBOSA (conhecido também por “NEGUINHO”), caçador de arribaçãs (*Zenaida auriculata*) daquela localidade, estudante com 20 (vinte) anos de idade, o qual estava, dentre outras pessoas, na companhia do então adolescente LEANDRO SILVA QUIRINO.

(...).

E a peça acusatória segue esclarecendo que os acusados teriam entrado na mata e lá estavam quando, por volta das 21h00, haviam percebido a chegada de um grupo de 8 (oito) a 12 caçadores de arribaçãs. Logo em seguida, os acusados teriam abordado os caçadores, ocasião em que se identificaram como fiscais do

IBAMA e, na sequência, teriam sido ouvido três tiros, de modo que um deles atingiu a vítima.

É só.

Dessas constatações, chega-se a outra: o Juízo de primeiro grau, ao considerar na sentença de pronúncia as qualificadoras requeridas em sede de alegações finais apresentadas pelo assistente de acusação (fls. 381/384) – emboscada e meio que dificultou a defesa da vítima, previstas no inciso IV –, terminou por afastar-se do princípio da correlação já tratado, maculando assim outros primados, entre eles o do contraditório e o da ampla defesa.

É que, como dito, ao acusado tem que ser dado o direito de defender-se de todos os fatos e, como se viu, os fatos que configurariam, em tese, as qualificadoras não foram narrados pela acusação.

Ademais, como se infere, em momento algum a acusação descreveu em que circunstâncias SEVERINO desferiu os tiros na vítima; se estava escondido; se atirou pelas costas; se inviabilizou, de alguma forma, sua defesa; se estava no aguardo, em verdadeira tocaia, para atingi-lo. Nada disso foi dito, nem mesmo minimamente.

Aliás, dos fatos declinados, inferiu-se, isto sim, que os denunciados estavam frente a frente com os caçadores, tendo, inclusive, se identificado como fiscais, evento que afasta a tese da tocaia ou do meio que dificulte a defesa da vítima.

Ainda que estivessem armados, o fato é que os denunciados estavam em minoria (eram 2) e os caçadores, em maioria (entre 8 e 12).

Assim sendo, merece reparo a sentença de pronúncia quando esta considerou a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CPB (emboscada e meio que dificultou a defesa da vítima).

No mais, com acerto atuou o magistrado.

Inicialmente, relembro que reza o art. 413, *caput*, e § 1º, do CPP, que “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

Ora, como se viu, foi exatamente o que fez o magistrado: de forma objetiva e concisa, declinou, fundamentadamente, o porquê de restar convencido acerca dos indícios de autoria e materialidade delitivas atinentes ao homicídio.

Dessa forma, cumpriu também com precisão o postulado insculpido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”.

E não merece acato a tese de que inexisteriam provas de que o crime teria sido doloso.

Ora, em primeiro lugar, o Juízo esclareceu que anteviu dolo por parte do acusado, máxime diante das próprias alegações finais apresentadas (fls. 358/368), ocasião em que afirmou ter efetuado disparos de advertência, declaração esta que deixa explícita a intenção de atirar.

Como se infere, portanto, houve fundamentação quanto ao dolo e esta foi suficiente, constando nos autos indícios de autoria e materialidade delitiva, ao contrário do que se sustentou em grau de recurso.

Ademais, cumpre lembrar que, na sentença de pronúncia, a fundamentação adotada pelo magistrado deve ser objetiva, enxuta e concisa.

Em outras palavras, não poderia mesmo o Juízo ter analisado com mais profundidade as provas apresentadas, tampouco declinado, de forma pormenorizada, as razões de seu convencimento, sob pena de influenciar aos jurados e, assim, macular a soberania inerente ao Tribunal do Júri.

Sobre o tema, cumpre fazer algumas pontuações.

Ora, como se sabe, o julgamento pelo Tribunal do Júri dos crimes dolosos contra a vida tem natureza soberanamente popular, respaldando-se, para tanto, na Constituição Federal.

Dessa constatação, chega-se à outra: o Juízo singular, ao exarar sentença de pronúncia, deve ser conciso, comedido e prudente em suas colocações, valorações e, sobretudo, na apreciação das provas.

É que o magistrado, nesse procedimento específico e cheio de peculiaridades, funciona verdadeiramente como condutor e preparador da contenda para que esta, uma vez madura, possa ser submetida aos verdadeiros juízes: o conselho de sentença, formado somente por cidadãos, como determina a legislação pátria.

Bem por isto, o Juízo não poderia, de forma alguma, ter analisado a prova com profundidade, devendo se limitar – como de fato o fez – a inferir se existia a mínima coerência nas teses esculpidas pela defesa e acusação.

Noutros termos, existindo indícios e razoabilidade a apontarem para a materialidade e autoria delitivas, o Juízo agiu com acerto ao pronunciar o réu, deixando sob a análise posterior dos jurados o arremate quanto à sua comprovação ou não.

Aliás, o Juízo somente está autorizado a afastar a autoria e materialidade delitivas sinalizadas nos autos se restar evidente sua inocorrência, o que não foi o caso. É que, como se sabe, nessa fase não vinga o princípio do *in dubio pro reo*, mas a máxima *in dubio pro societate*.

Com esses argumentos, é de ver-se que a exigência da defesa no sentido de que não existiriam provas aptas a considerar o crime doloso não procede. É que, como dito, tal julgamento não pode nem deve ser feito pelo Juízo singular, mas sim pelos jurados.

O fato é que, diante do panorama posto nos autos e devidamente analisado pelo Juízo – dentro de seus limites –, deveria mesmo ter ocorrido a pronúncia.

Enfim, o magistrado, ao exarar sentença de pronúncia, o fez de modo conciso e fundamentado em sua suficiência, à exceção da consideração das qualificadoras que, como visto, não vieram descritas na denúncia e, bem por isto, não poderiam ser consideradas.

E registro: nem mesmo a esse órgão de segundo grau seria dado inferir se existem ou não provas do crime em questão, tampouco do elemento volitivo. Ao assim atuar, também estaria usurpando da competência absoluta do Tribunal do Júri para pontuar sobre tais questões.

Nesse diapasão e resumindo todos os argumentos acima expostos, cumpre transcrever entendimento Jurisprudencial:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCESSOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a sentença de pronúncia, nos termos do art. 408 do CPP, deve, sob pena de nulidade, cingir-se, motivadamente, à materialidade e aos indícios de autoria, visto se tratar de mero juízo de admissibilidade da acusação. Uma incursão mais aprofundada no mérito da causa pode influenciar a decisão do Conselho de Sentença, de modo a caracterizar usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri (excesso de linguagem).

2. A inclusão, na sentença de pronúncia, de qualificadora descrita na denúncia não causa prejuízo à defesa, uma vez que o réu se defende dos fatos ali narrados e não da capitulação contida na peça acusatória.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp 738316/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRIPLO HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OCORRÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. DESENTRANHAMENTO DO ACÓRDÃO. ARQUIVAMENTO EM PASTA PRÓPRIA. CERTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais

admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei nº 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Paciente pronunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, combinado com o art. 29, por 3 (três) vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

IV - Alegação de nulidade do acórdão que negou provimento ao recurso em sentido estrito.

V - Integrando o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, a pronúncia corresponde à decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Conselho de Sentença. Referida decisão encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes da autoria e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo *in dubio pro societate*.

VI - O magistrado deve expor os motivos que o levaram a, por exemplo, manter eventuais circunstâncias qualificadoras descritas na denúncia, fazendo-o, contudo, de forma comedida, sob pena de caracterização de excesso de linguagem capaz de influir no posterior convencimento dos jurados. O mesmo raciocínio estende-se à 2ª instância.

VII - *In casu*, o Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pela defesa, durante a análise dos indícios de autoria, usurpou competência exclusiva do Tribunal do Júri, valendo-se de expressões peremptórias, reveladoras de convicção acerca da autoria do delito, que excedem os limites legais, incorrendo em evidente eloquência acusatória.

VIII - O fato do art. 478, I, do Código de Processo Penal vedar, sob pena de nulidade, que as partes façam referên-

cias à decisão de pronúncia ou às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação como argumento de autoridade, seja para beneficiar, seja para prejudicar o réu, não afasta a possibilidade dos jurados serem influenciados pelo excesso de linguagem contido no ato impugnado, ante as disposições dos arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º, do Diploma Processual Penal.

IX - Desse modo, “Reconhecido o excesso de linguagem no acórdão que confirmou a sentença de pronúncia, é vedado entregar aos jurados, após prestarem juramento, cópia da referida peça processual, sob pena de nulidade do julgamento pelo Conselho de Sentença” (HC 193.734/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* de 21.06.2013). Adotada tal providência, em consonância com os preceitos do art. 563 do Código de Processo Penal, não existirá prejuízo efetivo capaz de justificar o reconhecimento da nulidade pretendida.

X - Assim, não obstante o reconhecimento do excesso, em homenagem ao princípio da economia processual e tendo em vista que os jurados formam o seu livre convencimento com base na prova contida nos autos, impõe-se determinar que o Juízo de primeiro grau providencie o desentranhamento do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-o em pasta própria, determinando seja certificado nos autos a conclusão do julgamento.

XI - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo de 1º grau providencie o desentranhamento do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-o em pasta própria, mandando certificar nos autos a condição de pronunciado do paciente, com a menção dos dispositivos legais nos quais incurso, prosseguindo-se no andamento do processo. (STJ, HC 184.522/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2014, *DJe* 25/04/2014.)

Assim sendo, dou parcial provimento ao recurso, mantendo a sentença de pronúncia pelo crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, do CPB), afastando a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CPB.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

7232-PB	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	13
7299-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	20

AGRAVO DE INSTRUMENTO

128776-SE	Rel. Des. Federal Rogério Abreu (Convocado)	36
135962-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	46
136076-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	54
0803000-42.2013.4.05.0000 (PJe)	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	63

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

24595-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	67
29365-CE	Rel. Des. Federal Joaquim Lustosa Filho (Convocado)	83
29916-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	96
29985-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	102

APELAÇÃO CÍVEL

445654-RN	Rel. Des. Federal Fernando Braga	127
527994-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	137
544709-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	147
554446-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	159
564921-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	167
564995-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	175
565644-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	198
566216-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	208
567174-AL	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	219

APELAÇÃO CRIMINAL

10695-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	225
11008-SE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	258

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

29083-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	270
----------	---	-----

HABEAS CORPUS

5427-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	287
---------	--	-----

PETIÇÃO (TURMA)

4486-PB	Rel ^a . Des ^a . Federal Polyana Falcão Brito (Convocada)	294
---------	--	-----

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

126-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	309
--------	--	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1705-RN	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado).	320
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Ct e Adm	Ação Civil Pública. Contas públicas federais, estaduais e municipais do Banco do Brasil S/A em todo o país. Sigilo de dados e documentos. Afastamento. Alegação de inaplicabilidade da Lei Complementar nº 105/2001. Pretensão do MPF de obtenção de dados e documentos por mera requisição, sem prévia autorização do Poder Judiciário. Pedido genérico, sem qualquer relação com investigação ou procedimento administrativo em curso. Extrapolação dos poderes do Ministério Público. AC 527994-CE 137
Amb e PrCv	Ação Civil Pública. Licenciamento ambiental. Cultivo de cana-de-açúcar em área de preservação permanente. Utilização de queimada para limpeza do solo e colheita da cana. Dano ambiental. Restauração. Menção genérica. APELREEX 24595-PE 67
Adm	Ação Civil Pública. MPF. Dano ambiental. Empreendimento imobiliário com irregularidades na instalação e construção. Sistema de tratamento de esgoto sanitário. Anulação de julgamento anterior à minguada de intimação pessoal da União. Preliminar de ilegitimidade passiva. Prejudicialidade. AgTr 128776-SE 36
Adm	Ação Civil Pública. Termo de parceria firmado entre município e OSCIP. Atuação na área de saúde. Possibilidade. Licitação. Ausência de obrigatoriedade. AC 564921-PB 167
Ct e Adm	Ação popular. Alegada nulidade de contrato de permuta de terreno da União com o município responsável por construção de obra

	pública. Alegada invalidade de licença ambiental ante a falta de atribuição do órgão ambiental municipal. Irregularidades não configuradas. AC 445654-RN 127
PrCv e Adm	Ação rescisória. Pensão por morte. Ex-combatente. Intempestividade da ação quanto às filhas capazes. Regência pela legislação da época do falecimento. Benefício regido pela RGPS. Ausência de direito. Rol de dependentes do Regime Geral da Previdência Social. Decadência e improcedência. AR 7299-PE 20
PrCv	Ação rescisória. Reintegração de posse. Indicação de dispositivo acerca de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Petição que não aponta fatos correlatos ao tipo. Pretensão de reapreciação de prova. Descabimento. Violação literal de lei. Inocorrência. AR 7232-PB 13
Prev	Averbação do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde. Contagem especial. Requisitos para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição preenchidos. APELREEX 29365-CE 83

C

Ct e Adm	Convênio com o Ministério do Meio Ambiente. Improbidade. Prejuízo ao Erário. Ressarcimento. Cabimento. AC 566216-CE 208
Trbt e PrCv	Crédito tributário. Constituição. Compensação não declarada. Confissão de dívida. Decadência. Não ocorrência. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Legalidade reconhecida. Encargo legal.

Débito de natureza tributária. Possibilidade.
AC 567174-AL 219

PrPen Crime de homicídio qualificado por motivo torpe e mediante surpresa. Vítima. Defensor de direitos humanos. Fundada dúvida sobre a imparcialidade do júri. Desaforamento. Seção Judiciária de Pernambuco. Desaforamento para a capital. Necessidade. PETTR 4486-PB 294

D

Pen e PrPen Denúncia. Crime praticado por prefeito. Fraude a licitação. Materialidade delitiva e indícios de autoria. Crime de quadrilha ou bando. Inépcia. Apropriação e desvio de verba pública. Ausência de justa causa. Recebimento parcial da denúncia. PIMP 126-PB 309

E

PrCv Embargos de declaração. Embargos à execução fiscal. Contrato de empréstimo tomado junto a consórcio de bancos estrangeiros, por intermédio do Banco do Brasil. Autorização do Conselho Monetário Nacional. Laudo pericial esclarecedor do real valor devido no executivo: momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional (28/12/1997). Inexistência de vícios no acórdão. Rediscussão da matéria. Descabimento. ED na APELREEX 29083-AL 270

Pen e PrPen Extração de areia em área de assentamento do INCRA. Crime ambiental e de usurpação. Concurso formal impróprio e continuidade delitiva. Erro de tipo, estado de neces-

sidade, ausência de justa causa e excesso na aplicação da pena de multa não configurados. Readequação das penas aplicadas. ACr 10695-PE 225

F

Pen Falsificação de orçamentos em procedimentos de contratação de serviço de *buffet*, a ser pago com verba da União, amparados por dispensa de licitação. Fraude ao caráter competitivo. Materialidade comprovada. Dolo da proprietária da empresa vencedora e da ex-diretora da secretaria municipal comprovado. Insuficiência de provas contra a ex-secretária municipal. Absolvição mantida. Reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes. ACr 11008-SE 258

H

PrPen *Habeas corpus*. Sigilo de dados bancários. Receita Federal. Requisição direta. Impossibilidade. Denúncia exclusivamente baseada nos extratos bancários requisitados. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Concessão da ordem. HC 5427-PE 287

M

Amb e Adm Mandado de segurança. Pedido de renovação de licença ambiental. Inércia da administração na análise do requerimento. Ausência de efetivo dano ambiental. Agr 0803000-42.2013.4.05.0000 (PJe) 63

PrCv e Emp Mandado de segurança. Registro e arquivamento na Junta Comercial. Ata de reu-

nião de sócios de sociedade limitada. Código Civil. *Quorum* para deliberação para destituição de administrador. AgTr 135962-CE 46

O

Adm Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Pernambuco. Demora no atendimento do pedido de transferência do registro de advogada da Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS) para a Seccional de Pernambuco (OAB/PE). Pedido devidamente instruído. Sérios dissabores e contratempos experimentados pela advogada. Ato ilícito. Dano indenizável. Nexo de causalidade. Ocorrência. Indenização por dano moral. Possibilidade. AC 565644-PE 198

P

Cv e PrCv Pedido de Indenização por danos morais decorrente de demora no fornecimento de medicamentos pela rede pública. Paciente que veio a óbito no curso do cumprimento da decisão judicial. Inexistência de descumprimento de ordem judicial pelos entes públicos. Ausência de direito à indenização. AC 554446-PE 159

Adm Perseguição política. Militante do Partido Comunista. Prisões por motivação política em diversos períodos de exceção. Regime militar. Prisão e tortura. Imprescritibilidade da pretensão. Inexistência do direito dos herdeiros à reparação econômica instituída pela Lei 10.559/2002. Devida a indenização por danos morais na condição de sucessores e de ofendidos. Responsabili-

	dade objetiva do Estado configurada. APEL-REEX 29985-PE 102
Trbt	PIS/COFINS não cumulativos. Frete <i>inter-company</i> . Operação de venda não caracterizada. Enquadramento como insumo. Impossibilidade. AC 544709-PE 147

R

Cv e PrCv	Responsabilidade civil. Mútuo habitacional. Sistema Financeiro de Habitação. Prédio com risco de desmoronamento. Vícios de construção evidenciados em laudo judicial. Caixa Econômica Federal. Agente financeiro. Responsabilidade com a Caixa Seguradora S/A pela solidez do imóvel. Recuperação do prédio sinistrado. Multa decendial. AC 564995-PE 175
-----------	---

S

Prev e PrCv	Segurado da Previdência Social. Doença incapacitante. Provas nos autos da condição de segurado. Incapacidade total e permanente para as atividades laborativas. Concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e não o de auxílio-doença. APEL-REEX 29916-PB 96
Cv e PrCv	Sentença condenatória por improbidade administrativa. Cumprimento. Separação judicial com partilha homologada judicialmente. Sentença transitada em julgado anteriormente à propositura da ação de improbidade. Doação às filhas com usufruto e administração da ex-esposa. Fraude à execução não verificada. AgTr 136076-CE 54

T

Pen e PrPen Tribunal do Júri. Sentença de pronúncia. Princípio da correlação. Não descrição dos fatos ensejadores da qualificadora na denúncia. Impossibilidade de considerar a qualificadora na sentença de pronúncia. Análise profunda da prova. Vedação. Julgamento conciso e suficiente. Juízo monocrático como condutor do feito. Julgamento último que compete ao Conselho de Sentença. Competência soberana. RSE 1705-RN 320