

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

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

Número 80 - Julho/Agosto - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 80, p. 1-283, Julho/Agosto - 2009

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

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

Apoio Técnico

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

Revista do Tribunal Regional Federal da 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

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

SUMÁRIO

I - Doutrina	13
II - Jurisprudência	39
III - Índice Sistemático	273
IV - Índice Analítico	277

DOUTRINA

MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO PROCESSO CIVIL PELO PROCESSO COLETIVO

Francisco Wildo Lacerda Dantas, Desembargador Federal do TRF da 5ª Região, Prof. aposentado da Faculdade de Direito de Alagoas e Prof. voluntário do Curso de Mestrado da mesma Faculdade

1. Introdução 2. Distinção entre o processo civil clássico e o coletivo 3. Identificação do processo coletivo: 3.1 – Objeto 3.2 - Natureza jurídica 3.3 – O projeto do novo Código de Processo Coletivo e as mudanças a serem introduzidas 3.4 – As transformações já existentes no processo coletivo atual: 3.4.1- A legitimação ativa e passiva 3.4.2 – O interesse processual 3.4.3 – Competência 4. O conteúdo do processo coletivo e as modificações introduzidas no processo civil clássico: 4.1 – No processo em si mesmo: 4.1.1 – Litispendência e conexão 4.1.2 - A coisa julgada: natureza, espécies e alcance 4.1.3 – Execução da sentença 4.1.4 – Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor e aplicação ao processo civil como um todo 4.2 – Na competência do juiz: 4.2.1 – Um caso específico: conflito de competência ajuizado perante o TRF da 5ª Região 4.2.2 – As perspectivas da competência do juiz no mundo moderno em face do processo coletivo 5. Conclusões.

1. Introdução

Aprecio a questão do relacionamento entre o processo coletivo e o processo civil clássico com o propósito de trazer as reflexões ao Curso de Formação dos magistrados realizados pela Escola de Magistratura Federal – ESMAFE – do TRF da 5ª Região, por amável e irrecusável convite do atual diretor, o Desembargador Federal, decano da mesma corte, Doutor Lázaro Guimarães. Esclareço, inicialmente, que a denominação da palestra, registra-

da no presente artigo que se pretende publicar na revista da referida Escola: *as modificações produzidas no processo civil pelo processo coletivo*, foi do autor, a ESMAFE, muito menos seu emérito Diretor não tem nenhuma responsabilidade por isso. Trata-se de uma provocação: o processo coletivo é, indubitavelmente, um processo civil, no sentido de processo jurisdicional não penal, muito embora já seja considerado como um novo ramo do direito processual¹, que, no entanto, se afasta do processo civil usual.

Prefiro denominar de processo civil clássico, porque este último tem por objeto o indivíduo, o cidadão individualmente considerado, *uti singuli*, em uma palavra o *civitas*, de onde herdou o nome direito processual civil, enquanto o processo coletivo, embora também seja civil, tem por objeto o interesse coletivo, *lato sensu*, de que o indivíduo participa e, portanto, não o considera como indivíduo *uti singuli*.

Não desconheço que há autores, como GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA que sustentam que o processo coletivo é um novo gênero de processo e que, agora, há de reconhecer-se: a) o direito processual penal; b) o direito processual civil; e c) o direito processual coletivo, a quem atribui berço e natureza constitucionais², por entender que ambos, o processo civil clássico, como assim o denomino, e o processo civil coletivo tem um objeto comum que é servir de instrumento à realização dos interesses/direitos do indivíduo. O primeiro – direito processual civil – tendo por titular o indivíduo considerado *uti singuli* e o segundo – direito processual coletivo – tendo por titular o indivíduo, considerado *uti universi*.

Prefiro acompanhar a postura de TEORI ZAVASCKY, para quem os mecanismos da tutela jurisdicional se divide, atualmente, em três grandes grupos, sem nenhuma distinção entre o direito Processual civil e um hipotético Direito Processual Coletivo. Distingue, em primeiro lugar, *os mecanismos de tutela de direitos sub-*

¹ - Como o afirma Gregório Assagra de Almeida na obra que tem essa denominação: "Direito Processual Coletivo Brasileiro (Um novo ramo do direito processual)", Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 16.

² - *Idem*, cf. p. 16-20.

jetivos individuais que, por sua vez, se subdividem em *destinados á tutela individual pelo próprio titular*, que prefiro denominar de direito processual clássico, e os *destinados à tutela coletiva dos direitos individuais*. Acrescenta, em seguida, os *mecanismos para tutela de direitos transindividuais*. E, por fim, identifica os *instrumentos para a tutela da ordem jurídica*, assim considerados os mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas³.

Os mecanismos que se referem ao grupo de interesses, que envolve tanto o interesse coletivo, como o interesse difuso e, ainda, o interesse individual homogêneo, bem revela o acerto da evolução humana apontada por THEILARD DE CHARDIN, quando afirmou que o homem estava condenado a evoluir do individual para o social, até atingir o ponto ômega da evolução, identificado com a figura de Jesus Cristo, reclama uma disciplina própria, distinta da disciplina até agora estabelecida para a tutela dos interesses individuais, identificado como direito subjetivo. Nesse sentido, ADA PELEGRINI GRINOVER já reconheceu que o conceito de direito subjetivo não serve para a disciplina da tutela dos interesses difusos⁴, enquanto, em Portugal – país em que esses interesses são tutelados através da ação Popular – afirma que esses tipos de interesses se revelam como pertencentes a um *tertius genus* que sugere sejam considerados como um direito subjectivo público⁵.

³ - Cf. “Processo Coletivo)Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, RT, São Paulo, 2006, p. 27.

⁴ - Ou, como deixou registrado em obra que coordenara: “Vê-se daí que soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a uem de outro direito subjetivo não fosse titular”. Cf. “A Problemática dos Interesses Difuso”, artigo publicado na obra coletiva “A Tutela dos Interesses Difusos”, por ela coordenada, p. 29-45, mais precisamente p. 31. Ed. Max Limonad , 1984.

⁵ - Manteve-se a grafia lusa. Cf. Luís Filipe Colaço Antunes “A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo”, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 62, onde escreveu, precisamente: “De modo que, para dar solução a este problema da natureza jurídica dos interesses difusos, julgamos que a melhor forma não é preencher com novos conteúdos os institutos elaborados no passado, mas avançar para um *tertius genus*, que a meu ver deve ser a figura de um direito subjectivo público”.

2. Distinção entre o processo clássico e o coletivo

Para o propósito dessa exposição, pode-se arriscar uma comparação entre os dois tipos de processos, ainda que ambos se refiram e sejam processo civil. Basicamente, se distinguem entre si pelo objeto e pela estruturação do processo, com ressonância na competência do juízo, como se demonstrará a seguir.

3. Identificação do processo coletivo

3.1 – Objeto

Começo o esforço de estabelecimento dessa distinção com a observação de que enquanto o processo civil clássico tem por objeto a realização do direito, mais precisamente do direito subjetivo que pode ser definido como um interesse individual claramente identificado na pessoa de um titular, justificava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular, como afirmara a já mencionada ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Como se sabe – e o aprofundamento do objeto dessas reflexões⁶ desborda do tema ora apreciado – o direito subjetivo é o substrato do direito de propriedade porque pode ser considerado com o poder, reconhecido por lei, de o titular de um interesse exigir que este seja satisfeito por outrem, pelo que, no entendimento do autor defensor desse posicionamento, o direito implica necessariamente um esforço, uma luta, para que seja realizado⁷.

⁶ - Por que há, como se sabe, o entendimento de sequer existe o direito subjetivo, como sustentam, entre outros, Leon Duguit, cf. "Traité de Droit Constitutionnel", 3ª ed. em cinco volumes, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Éditeurs, Paris, 1927, p. 217-218 e Hans Kelsen, cf. "Teoria Pura do Direito", Martins Fontes Ed., tradução de João Baptista Machado, São Paulo, 1985, 1ª ed. brasileira, p. 138 e s.

⁷ - Como se encontra exposto em sua obra "A Luta pelo Direito", em tradução de Richard Paul Neto, publicada pela Editora Rio, 1983, 4ª ed., que caracteriza o sublime apogeu do sistema jurídico assentado num individualismo exarcebado, a ponto de condenar a solução encontrada pelo Dodge veneziano – o juiz da localidade – ao apreciar a pretensão do judeu Shylock, portador de um contrato que lhe conferia o direito subjetivo de cobrar-se de uma libra de carne de Antônio, na hipótese de não pagamento, tendo proferido julgamento pela impossibilidade ao determinar que isso somente fosse feito se não lhe extraísse nenhuma gota de sangue. Cf. p. 05-08 e p. 29.

Concluo, pois, que enquanto o processo civil clássico tem por objeto a realização/satisfação do direito subjetivo a que serve de objeto, o processo civil coletivo tem por objeto a realização de um direito que se expressa por um interesse metaindividual, seja coletivo, seja difuso, ou, ainda, individual homogêneo – definido pelo CDC, no Parágrafo Único do art. 81, como:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendido, para efeitos deste Código, os metaindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesse ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e, finalmente, III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Observe-se, por primeiro, que a lei menciona, expressamente, interesses ou direitos.

Como a lei não possui palavras inúteis, tem-se que o objeto do processo coletivo é, precipuamente, o interesse transindividual, que se apresenta de forma indivisível porque, sobretudo os difusos, pertencem a todos e não pertencem a ninguém, individualmente, pelo que tais interesses podem ou não se apresentar como um direito subjetivo – naturalmente no sentido clássico de expressar a titularidade de alguém em face de outrem que pode ser excluído do gozo dele. Basta refletir-se sobre a indagação que se atribui a um autor italiano: A quem pertence o ar que respiro?, o que revela, em imagem bem forte, que ninguém pode, razoavelmente, engarrafar todo o ar existente na natureza para apropriar-se dele e, em consequência, excluir do seu gozo – respiração – todos os demais.

3.2 - Natureza jurídica

Não há um direito processual coletivo distinto do processo civil comum, como um ramo novo do direito processual. O processo civil se revela como um microssistema de processo civil, e não um novo ramo distinto e separado do direito processual clássico. É apenas uma nova província desse direito.

3.3 – O projeto do novo Código de Processo Coletivo e as mudanças a serem introduzidas

Seguindo a influência dos estudos modernos sobre o processo civil coletivo, de que dá notícia o encontro de juristas realizado na Venezuela em 2004, quando se criou um modelo de processo coletivo para ibero-americanos, com a participação de renomados autores brasileiros, como ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e ANTÔNIO GIDI, elaborou-se, com a participação prevalente da primeira autora, um anteprojeto e, em consequência, já existe, no Congresso Nacional um projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que apresenta como principais objetivos, os seguintes:

1 – manter, em essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por meio de regras mais claras e, sobretudo, mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas;

2 – promover uma flexibilização da técnica processual, com aumento dos poderes do juiz, com o que se acompanha uma tendência existente até mesmo no processo individual;

3 – introduzir uma reformulação no sistema de preclusões, sempre com uma observância do contraditório;

4 – proceder a uma reestruturação dos conceitos de pedido e de causa de pedir, com permissão para serem interpretados extensivamente;

5 – inovar no tratamento de conceitos como conexão, continência e litispendência, que passam a levar em conta o bem jurídico a ser tutelado;

6 – enriquecer a coisa julgada, com a previsão do julgado *secundus eventus probationis*;

7 – promover a uma ampliação dos esquemas de legitimação, para garantir maior acesso à justiça, com a introdução da observância da *representação adequada*;

8 – ressaltar o aspecto social da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando esses direitos de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

3.4 – As transformações já existentes no processo coletivo atual:

Embora o processo civil coletivo reclame um Código de Processo Coletivo, próprio, distinto do Código de Processo Civil, que denomino de clássico, impõe-se reconhecer que já há alterações no processo civil introduzidas por esse novo processo civil, o processo civil coletivo, que identifico como um microsistema de processo civil, cujas alterações constituem a razão de ser mesma dessas reflexões.

Identifico entre elas, em esforçada síntese: as modificações já introduzidas no processo, propriamente e em respeito à competência do juiz. De referência às mudanças introduzidas no processo propriamente dito, aponto as referentes à legitimação, ao interesse de agir, à coisa julgada e à execução da sentença, entre muitas outras, como as mais importantes e que merecem uma apreciação, ainda que sumária.

Em relação à competência do juiz, creio que as questões relacionadas com a coisa julgada e os limites territoriais do órgão julgador, execução da sentença genérica e os possíveis conflitos de competência que se estabelecem em decorrência disso, questão recentemente julgada pelo TRF da 5ª Região, em que proferi voto vista que motivou o convite para o proferimento da palestra cujo resumo ora se publica, são as mais relevantes para nosso exame.

3.4.1- A legitimação ativa e passiva

A questão da legitimação sempre foi a que rendeu preocupação aos nossos estudiosos. Tratando-se de interesses transindividuais que têm por objeto um bem da vida indivisível e, por titulares, pessoas indeterminadas, que se apresentam como suas características fundamentais, não se poderia aplicar à disciplina processual respectiva a mesma regra expressa no art. 6º do CPC: *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*, norma que bem revela a ideologia individualista burguesa então dominante.

Quando examinou a proteção dos interesses coletivos ou difusos, em trabalho publicado em obra coletiva coordenada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, já mencionado, J. C. BARBOSA MO-

REIRA observou que um dos pontos sensíveis da problemática processual era, exatamente, em respeito à legitimação. Após afastar, por motivos óbvios, a hipótese de exigir-se a propositura conjunta da ação pela totalidade dos litisconsortes, em litisconsórcio unitário, resumiu as soluções apresentadas pela doutrina, às seguintes: “a) atribuir a legitimação, em caráter concorrente, a cada um dos membros da coletividade; b) atribuí-las a pessoas jurídicas (sociedades, associações) cujo fim institucional consista precisamente na defesa dos interesses em foco, ou que, mesmo sem tal requisito, ofereçam boa garantia de ‘representar’ de maneira adequada, com sinceridade e eficiência, o conjunto de interessados; eventualmente, também a entidades não dotadas de personalidade jurídica no plano do direito material, ou até grupos formados com o puro e específico objeto de movimentar o pleito; c) investir daquela qualidade órgãos do próprio aparelho estatal, notadamente o Ministério Público”⁸.

Optou-se, em nosso país, por adotar todas as hipóteses ao reconhecer, no art. 5º da Lei nº 7.347/85, a legitimação de órgãos públicos do aparelho estatal, no caso o Ministério Público (hipótese “c”) aos entes públicos – União, Estado e Municípios – e a integrantes da administração seus membros, como autarquias e empresas públicas, e até sociedades de economia mista (hipótese “b”) e, finalmente, sociedade de economia mista e até associações (hipótese “c”), sendo que neste caso, para evitar que se constitua uma associação com o fim exclusivo de propor a ação coletiva, exige a mesma lei que ela esteja constituída há pelo menos um ano e que tenha entre suas finalidades institucionais a proteção a que a ação civil pública busca proporcionar.

Trata-se, como reconhece a doutrina em uníssono, de uma legitimação concorrente e “disjuntiva”.

⁸ - Cf. “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos”, artigo 9 inserto na obra coletiva “A Tutela dos Interesses Difusos”, coordenada por Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 98-106, mais precisamente p. 99-100.

⁹ - Cf. “Manual do Processo Coletivo”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 162.

É concorrente, explica RICARDO DE BARROS LEONEL, porque qualquer dos legitimados pode propor a ação e é, ao mesmo tempo, disjuntiva, porque a atuação de um legitimado independe da atuação do outro⁹. Além disso, a disciplina brasileira tornou obrigatória a intervenção do Ministério Público que, se não houver ele próprio proposto a ação, atuará como fiscal da lei e, em caso de desistência infundada ou abandono da causa, assumirá a titularidade da demanda, na forma dos parágrafos 1º e 3º da mesma lei.

Já a legitimação passiva é identificada em “todo aquele, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado, mas dotado de capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse supraindividual tutelado, e que em função disso deva ser responsabilizado”, com a observação de que o Ministério Público jamais poderá figurar como sujeito passivo nessa ação, respondendo o ente político de que faz parte, sendo certo que somente haverá direito de regresso deste último, se o representante do Ministério Público atuar com dolo ou fraude¹⁰.

3.4.2 – O interesse processual

O interesse processual – interesse necessidade ou interesse adequação – é geralmente considerado como presumido para todos os entes públicos legitimados, notadamente para o Ministério Público, porque decorre mesmo dessa legitimação, mas RICARDO DE BARROS LEONEL faz uma observação que me parece correta a respeito da exata compreensão que se deve atribuir a esse entendimento.

É que, embora não se deva estabelecer uma distinção entre o interesse material e o interesse material que o ente público legitimado procura defender, por estarem identificados na legitimação que lhes atribui a lei, há que se reconhecer que tal presunção se aplica, sem dificuldade, ao órgão do Ministério Público.

Em respeito aos entes públicos, porém, esse interesse estará limitado à abrangência territorial de cada qual. Por outro lado, em

¹⁰ - *Idem, ibidem*, p. 201-202.

relação às associações privadas, não há essa presunção, devendo aferir-se-lhe a existência em cada caso¹¹. Além disso, em relação à atuação do Ministério Público onde ainda permanece renhida discussão sobre a legitimação, que assenta na existência ou não de interesse processual, para defesa dos interesses individuais homogêneos, alguns, notadamente os juristas que integram o Ministério Público – sustentam que essa legitimação é irrestrita e alcança inclusive os direitos individuais homogêneos¹², enquanto outro, como TEORI ALBINO ZAVASCKI, distingue tal atuação, por considerar que quando: “... a ação civil pública (ou qualquer outra ação coletiva, ousou acrescentar) tem por objeto a tutela de direitos e interesses metaindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público, pela Constituição (art. 129, III) deve ser entendida em sentido irrestrito e mais amplos possível, em limites suficientes e necessários para a obtenção da tutela jurisdicional completa e compatível com a natureza e magnitude da lesão ou da ameaça aos bens e valores tutelados”.

Mas, registrou em seguida, não se confundem os interesses coletivos e difusos com os interesses individuais homogêneos, pelo que me permito concluir que a esse respeito não se reconhece uma legitimação irrestrita em respeito à atuação do Ministério Público na defesa judicial desses interesses¹³.

Concluo, então, que somente haverá interesse processual e, em consequência, legitimação para agir do Ministério Público quando o interesse individual homogêneo se apresentar, também, como interesse que se apresenta como relevante interesse social ou que se trata de interesse individual indisponível¹⁴.

¹¹ - *Idem, ibidem*, p. 207-210.

¹² - Veja-se, por todos, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “Código Processual Civil Anotado”, São Paulo, RT, 4ª ed. atualizada até 10.03.1999, p. 1506.

¹³ - Cf. “Processo Coletivo (Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, RT, São Paulo, 2006, p.133.

¹⁴ - Nesse sentido, Motauri Ciocchetti de Souza, “Ação Civil Pública e Inquérito Civil”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 40.

3.4.3 – Competência

A apreciação da questão da competência do juiz para funcionar na ação coletiva implica admitir-se a distinção procedida por TEORIALBINO ZAVASCKI entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, em que considera a primeira quando se tem por objeto os interesses coletivos e difusos e, a segunda, quando diz respeito a interesses individuais homogêneos

A distinção é indispensável para bem se compreender a regra do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública: *As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Observe-se, para logo, que muito embora se refira à competência de foro, ou do juiz do local do dano, se trata, mesmo, como o refere a lei, com precisão, de competência funcional e, portanto, absoluta, cabendo entender que se trata de competência territorial-funcional*¹⁵.

Territorial, porque se parte do critério de foro – limites territoriais onde o juiz exercita validamente a jurisdição – e funcional, não só porque a lei o diz expressamente, senão porque a lei atribui a mesmo magistrado diversas funções¹⁶.

Assim, em relação à tutela coletiva de direitos – interesses coletivos e difusos – aplica-se, com inteireza, o art. 2º da LACP. Em respeito à tutela de direitos coletivos – interesses individuais homogêneos – no entanto, a competência do magistrado fica limitada, nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁷, aos limites de sua competência territorial. Acrescen-

¹⁵ - Como o afirma o mesmo autor e na mesma obra citados na nota anterior, à p. 28

¹⁶ - Como observa, com correção, Ricardo de Barros Leonel, ob. cit., p. 216.

¹⁷ - Como se sabe, a Lei da Ação Civil Pública (ACP) forma, com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) um microsistema de processo coletivo: o art. 90 do CDC manda aplicar, no que couber, a ACP nas demandas coletivas prevista pelo CDC e a LACP, por sua vez, manda aplicar, no art. 21 – e naturalmente, no que couber – as normas do CDC aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos.

te-se, ainda, que, nos exatos termos do art. 94 do CDC, o magistrado está obrigado a publicar edital no órgão oficial, para que os interessados possam intervir como litisconsortes, o que produzirá importantes efeitos na coisa julgada, como se examinará adiante.

4. O conteúdo do processo coletivo e as modificações introduzidas no processo civil clássico:

4.1 – No processo em si mesmo:

Penso que a disciplina do processo coletivo – tanto o destinado à tutela dos direitos coletivos quanto a tutela coletiva dos direitos, na visão de TEORIA ALBINO ZAVASCKI – produziu importantes modificações no que prefiro denominar de processo civil clássico, notadamente em respeito à litispendência e conexão, ao alcance da coisa julgada, à execução da sentença, à inversão do ônus da prova, como me esforçarei por demonstrar.

4.1.1 – Litispendência e conexão

Como se sabe, a litispendência e a conexão são institutos próprios do direito processual clássico que buscam evitar que ações idênticas ou semelhantes recebam julgamentos diferentes. Partem ambos da teoria do *tri eadem*: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, para a litispendência (processo idênticos), que provoca a extinção do processo sem exame do mérito, na forma do art. 267, V, do CPC, ou quando se repetir, em outra ação, a mesma causa de pedir ou o mesmo pedido, que caracteriza a conexão objetiva ou a continência como espécie desta, , ou processos semelhantes, em que o CPC impõe a reunião das causas para julgamento em um único processo – ou *simultaneus processus* – na forma do art. 105 do CPC.

Quando se trata de processo coletivo, no entanto, esses institutos reclamam um novo tratamento, bem expresso nos objetivos apontados para o Código de processo Coletivo, devendo-se levar em conta o bem da vida a ser tutelado.

Observa-se, no entanto, que quando se propõe duas ações coletivas, com identidade entre a causa de pedir e o pedido, ainda que o autor – e, pois, legitimado ativo, inexistente identidade de partes – seja diferente, deve-se considerar a hipótese de litispendência, pelo que já se reconheceu havendo concomitância entre ação co-

letiva (ACP) e ação popular, por lhes serem comuns a causa de pedir e o pedido, a hipótese é de litispendência, em razão do que deverá ser extinta a ação movida em segundo lugar, sem exame do mérito, até porque entendimento diverso conduzirá a decisões distintas, com o que não se compadece o ordenamento jurídico¹⁸.

De modo bem semelhante, tendo havido um derramamento de óleo no mar, de que podem decorrer lesões a interesses difusos (meio ambiente) e a interesses individuais (impossibilidade de os pescadores exercerem sua atividade, por determinado espaço de tempo), poder-se-ia propor duas ações coletivas, inclusive por legitimados diversos: Ministério Público e associação de pescadores e, nessa hipótese, impõe-se o reconhecimento de conexão¹⁹.

4.1.2 - A coisa julgada: natureza, espécies e alcance

Outro instituto que tem tratamento diferenciado no processo coletivo é o da coisa julgada.

Passou a ter outro tratamento em respeito ao processo coletivo, com novas definições, e segura influência no processo civil clássico, notadamente na chamada tutela coletiva de direitos, na denominação de TEORI ALBINO ZAVASCKY.

Essa questão se apresenta como o terceiro ponto sensível identificado por BARBOSA MOREIRA, por entender que, como o objeto da tutela dos interesses metaindividuais é um bem da vida indivisível e como era impossível exigir-se a presença em juízo de todos os interessados, havia necessidade de criar-se uma disciplina nova. Nasceu, a partir daí, a coisa julgada *secundum eventus litis*, ou coisa julgada segundo o evento da lide, que se encontra presente no art. 18 da Ação Popular, art. 16 da Ação Civil Pública e, finalmente, art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)

Na forma estabelecida no art. 103 do CDC – que se aplica a todas as demandas coletivas e não apenas àquelas disciplinas

¹⁸ - Nesse sentido, com remissões a muitos doutrinadores pátrios, cf. Ricardo de Barros Leonel, ob. cit., p. 253 e notas de pé de página nºs 279/280.

¹⁹ - Cf. Motoauri Ciocchetti de Souza, “Ação Civil Pública e Inquérito Civil”, ob. cit., p. 33.

nesse diploma legal, por força do art. 21 da LACP, a sentença produzirá coisa julgada *erga omnes*, com o seguinte alcance:

a) se o pedido da ação coletiva for atendido, a sentença produzirá efeitos em favor de toda a coletividade, que poderá invocar o julgado para viabilizar indenização individual;

b) o pedido é rejeitado por insuficiência de prova. Não se forma coisa julgada para nenhum legitimado, ordinário ou extraordinário. Pode-se propor outra ação, desde que se indique novas provas;

c) o pedido é rejeitado, com o exame do mérito. Os efeitos da coisa julgada se estendem a todos os legitimados. Ressalvam-se, no entanto, os direitos individuais, que poderão ser tutelados através de ação própria²⁰.

4.1.3 – Execução da sentença

A execução da sentença no processo coletivo apresenta peculiaridades em decorrência do direito a que se visa tutelar. Basicamente, apresenta as seguintes características: embora predominante específica, contempla a execução de quantias devidas aos beneficiários, ainda que não tenham participado diretamente da relação processual, em face da natureza *erga omnes* de que se reveste, na forma do art. 103 do CDC.

Essa regra se aplica, inclusive, às hipóteses denominadas por TEORI ALBINO ZAVASCKY de tutela coletiva de direitos²¹ ou, mais precisamente na execução de sentença envolvendo os direitos individuais homogêneos, onde se distingue a existência de uma condenação genérica, na forma do art. 95 do CDC. A sentença se caracteriza por se limitar a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados – ou a indenização devida pela não satisfação de

²⁰ - Resumo semelhante se encontra em trabalho do Desembargador Federal Francisco Barros Dias, sob o nome “Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo”, que se consultou em apostila, desconhecendo-se se houve alguma publicação.

²¹ - Cf. “Processo Coletivo (Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, ob. cit.

uma obrigação que lhe competia – em razão do que qualquer legitimado a que se refere o art. 82 do CDC tem a iniciativa de proceder-lhe a liquidação e execução individual, na forma do art. 97 do CDC, ainda que não tenham participado da relação jurídica do processo de conhecimento onde foi prolatada a sentença genérica.

Observe-se, de logo, que, em qualquer das hipóteses da ações coletivas – tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos – a execução é individual. A previsão da ação coletiva, no art. 98 do CDC, somente se fará se houver a iniciativa de qualquer dos legitimados da ação coletiva, na forma do art. 82 do CDC. De qualquer maneira, observa ADA PELLEGRINI GRINOVER que “tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis. Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução”, tendo acrescentado, em seguida: “... o que importa realçar é que, na técnica do Código do Consumidor, a sentença da ação coletiva que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo ainda cada litigante de um processo de liquidação, e, portanto, de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu não só sobre o *quantum debeatur*, mas também quanto à própria existência do dano individual e do nexu etiológico com o prejuízo globalmente causado”²².

Questão importante que decorre desse entendimento diz respeito ao juízo competente para promover a liquidação/execução da sentença genérica.

É bem verdade que foi vetado o parágrafo único do art. 97 do CDC que tinha a seguinte redação:

Parágrafo Único – A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só o nexu de causalidade, o dano e seu montante.

²² - Cf. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)”, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 2001, 7ª ed., p. 557 a 559.

Essa modificação, por si só, conduz a interpretações equivocadas, quando não se procede a uma interpretação sistêmica, qual a de entender-se que a liquidação/execução somente se procederá perante o juízo prolator da sentença genérica. Deve-se atentar, no entanto, para a cuidadosa observação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, uma das autoras responsáveis pela elaboração do anteprojeto do CDC: “É que, vetado o dispositivo em tela, permaneceu íntegro o § 2º, inciso I, do art. 98 – que se refere ao juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, para a execução individual (acrescento: § 2º - *É competente para a execução do juízo: I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual*). Assim fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título II”. E conclui, de modo categórico:

O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o inciso I do art. 2º permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parecer ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inciso I (*acrescento: art. 101 – na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I a ação pode ser proposta no domicílio do autor*) e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante²³.

4.1.4 – Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor e aplicação ao processo civil como um todo

O art. 6º do CDC incluiu entre os direitos básicos do consumidor, precisamente no inciso VIII, *a facilitação da defesa de seus direitos com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.*

²³ - *Idem, ibidem*, p. 558 a 561.

Tal dispositivo reclama uma apreciação sumária, ainda que no bojo de uma resumida comparação em ter o processo coletivo e o processo civil clássico, com vistas a identificar-lhes as possíveis modificações introduzidas.

A primeira observação diz respeito ao fato de que tal norma somente foi criada para disciplinar-se as relações de consumo, cabendo apreciar em que condições deve ser exercido mais esse poder que se atribui ao juiz e se pode ou não ser estendida ao processo coletivo em geral.

Já se reconheceu que a inversão do ônus da prova opera *ope judicis*, isto é, restritamente no âmbito do poder de convencimento interno do juiz, que lhe deverá fundamentar a convicção e não, *ope legis*, como mera decorrência da lei.

Em conseqüência, não se pode concluir que o juiz está obrigado a inverter o ônus da prova, tanto que ocorra um dos requisitos para isso exigido: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência da parte. Parece-me, pois, que o magistrado é juiz da conveniência e oportunidade de aplicar-se o dispositivo, ainda que tal decisão possa ser reapreciada pela instância superior, já se tendo concluído que somente quando o magistrado concluir que sem a inversão do ônus da prova – em hipótese em que se satisfaz um dos requisitos da verossimilhança da alegação **ou da hipossuficiência da parte** – não terá condições de proferir uma decisão, ou seja, quando ocorreria uma hipótese de *non liquet*, se deverá promover essa inversão.²⁴

Embora a regra se destine especificamente às relações de consumo, entende-se que, desde que satisfeitos os requisitos para ela exigidos e com as cautelas mencionadas, tem aplicação ao processo coletivo em geral e não apenas às relações de consumo.

²⁴ - Como o refere Nelson Néri Júnior, como remissão a Kasuo Watanabe, “Comentários ao CDC”, p. 498 e a precedente jurisprudências TJSP-RT 706/67. Cf. CPC Comentado e legislação processual civil em vigor”, em parceria com Rosa Maria Andrade Nery, RT, 4ª ed. revista e ampliada, atualizada até 10.02.1999, p. 1805.

4.2 – Na competência do juiz:

As modificações introduzidas no processo civil em face da disciplina do processo coletivo repercutiram na competência do juiz.

Registra-se, além das questões já apreciadas em respeito à execução da sentença coletiva, mais, uma questão que tem sido objeto de apreciação doutrinárias nem sempre coincidentes. Refiro-me à modificação introduzida em respeito à disciplina da coisa julgada nos processos coletivos, mais precisamente à modificação introduzida no art. 16 da LACP pela Medida Provisória nº 1.570/97, depois convertida na Lei nº 9.494/97, que deu nova redação ao art. 16 da LACP:

*Art. 16 – A sentença civil fará coisa julgada **erga omnes**, nos limites da competência territorial do órgão prolator (modificação introduzida) , exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

A esse respeito, assentou NELSON NÉRY JÚNIOR:

12. Ineficácia e inconstitucionalidade. *A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 **caput**. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACVP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e CDC 103.*

*De conseqüência, não há a limitação territorial para a eficácia **erga omnes** da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada no LACP, quer no CDC²⁵.*

²⁵ - Cf. "CPC Comentado e legislação processual civil extravagante", em parceria com Rosa Maria Andrade Nery, ob. cit., p. 1540-1541.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por sua vez, após reconhecer que essa modificação foi introduzida pelo Governo Federal por haver-se sentido impossibilitado de levar avante o seu projeto de privatização em razão das sucessivas liminares obtidas em ações civis públicas e de reconhecer que a modificação não havia obedecido à melhor técnica porque – segundo averbou – a coisa julgada se limita pelo pedido (demanda) e não pela competência, pelo que “... segundo a tradição de nosso direito e pelas exigências do próprio bom senso, o réu domiciliado em qualquer ponto do território nacional, desde que inserido na relação processual, está sujeito a suportar os efeitos da coisa julgada oriunda de sentença de juiz de qualquer parte do território brasileiro”, procedeu, em acréscimo, ao seguinte comentário:

Mas isto não impede que haja litígios que somente devam ser decididos pelo juízo do foro do réu ou da situação da coisa ou da verificação do fato.

A lei pode, dentro de sua soberania normativa, regular das mais diferentes maneiras o problema da competência. Se não o faz segundo a melhor técnica, pode merecer a censura ou a crítica dos doutos. Nem por isso deixará de ser eficaz enquanto não revogada ou alterada por outra lei.

Penso que se deve ressaltar a respeito o ponto comum de ambas as apreciações: o lamentável equívoco técnico de estabelecer-se limites à eficácia da declaração, correspondente ao que LIEBMAN denominava de eficácia natural da sentença, à autoridade da coisa julgada, ou *auctoritas rei iudicatae*.

Deve-se refletir sobre os pontos divergentes em respeito a considerar-se inconstitucional a modificação e, ao mesmo tempo, ineficaz, em face da manutenção de outros dispositivos do CDC. Tenho dificuldade em identificar a inconstitucionalidade apontada porque não consigo enquadrar como desrespeito a qualquer norma definida da atual Constituição. Por outro lado, lembro-me bem que o nosso TRF já afastou um incidente de inconstitucionalidade que se provocou a respeito. Quanto à ineficácia da modificação, isso dependerá de cada caso concreto.

4.2.1 – Um caso específico: conflito de competência ajuizado perante o TRF da 5ª Região

Chego a um dos tópicos de nossa reflexão que rendeu ensanchas ao irrecusável convite do nosso estimado decano: o julgamento do Pleno, em que atuei, em respeito a um conflito de competência, cuja cópia do voto vista que proferi buscarei distribuir entre os interessados.

Tratou-se da hipótese em que o Sindicato Estadual dos Trabalhadores das Escolas Federais de 1º e 2º Graus do Estado da Paraíba havia proposto ação coletiva, no caso uma ação ordinária, perante o Juiz Federal da 4ª Vara, na Capital, logrando obter sentença favorável que determinava a implantação do percentual de 28,86% no vencimento básico dos professores, no caso, substituídos, à exceção de dois servidores que já a tinham recebido, com transação homologada nos autos, acrescida a condenação das parcelas vencidas desde janeiro de 1993.

Posteriormente, como não tivesse havido a implantação do referido percentual em seus vencimentos e tampouco o pagamento das parcelas vencidas, uma servidora, cujo nome não vem ao caso, entre com a ação de execução na 8ª Vara Federal, no município de Sousa, no mesmo Estado da Paraíba, onde é domiciliada.

O douto magistrado da 8ª Vara, em Sousa, reconheceu a sua incompetência, por alegar que, na hipótese, o juízo competente era o que havia prolatado a sentença trãnsita em julgado, na forma do art. 575, II, do CPC, no caso o juiz Federal da 4ª Vara, na Capital. Este último magistrado, porém, entendeu que se tratava de causa que versava sobre direitos individuais homogêneos, pelo que a execução individual poderia ser feita no domicílio do beneficiado.

Foi relator o Desembargador Vladimir de Carvalho, que votou pela competência do juízo suscitado, ou seja, o da 8ª Vara, na cidade de Sousa. Depois de alguns votos, veio o substancial voto vista do Desembargador PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que, após examinar a questão, entendeu que embora se tratasse de uma ação coletiva, a execução deveria se promovida perante o juiz prolator da sentença, com fundamento no art. 575, II, do CPC.

Votou, pois, pela competência do Juiz Federal da 4ª Vara, na Capital.

Observei, no voto vista, que a questão envolvia muitas questões jurídicas e que, como o próprio havia ressaltado autor do voto vista que me havia antecedido, tratava-se de questão absolutamente inédita em nossa Corte.

Fundamentei meu voto na apreciação de três questões que havia considerado importante ao deslinde da causa: 1ª - Tratava-se ou não de uma ação coletiva? 2ª - A depender da resposta que obtivesse à questão anterior, os autores – ou autor, no caso – tinha ou não legitimidade para ingressarem no feito como parte e, nessa condição, iniciar a execução? 3ª - E, finalmente, perante qual juízo deveria ser iniciada a execução: o prolator da sentença condenatória ou o juiz do domicílio dos servidores?

Depois do exame atento, em que me socorri de contribuições jurisprudenciais citadas no texto, encontrei resposta positivas a todas as perguntas que havia formulado, pelo que considerei competente, acompanhando o voto do Relator nesse sentido, o juízo suscitante, ou seja, O Juiz Federal da 8ª Vara Federal, na cidade de Sousa.

4.2.2 – As perspectivas da competência do juiz no mundo moderno em face do processo coletivo

Observo, por fim, que o disciplinamento do processo coletivo – seja na perspectiva da tutela de direitos coletivos – Ação Civil Pública ou Ação fundada no Código de Defesa do Consumidor – seja na perspectiva da tutela coletiva de direitos – na hipótese da ação coletiva para 4.2.2 – promoveu-se profunda modificação na competência do juiz, como bem ressaltado pela Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes Rocha.

Esclareceu Sua Excelência, em lúcido artigo, como soe acontecer, que, modernamente, o juiz não é mais representante do Príncipe nem juiz do Estado, O ponto de partida e de chegada de sua atuação considera o justo como entendido socialmente segundo a necessidade de cada um e de todos os indivíduos, e não apenas o que for interessante ou conveniente para a pessoa jurídica estatal, tendo acrescentado, de forma categórica:

Diversamente do juiz pacificador ou do juiz árbitro, o juiz da sociedade contemporânea não tem “competência negativa”, mas “competência afirmativa”. Antes, o juiz negava o Direito a uma das partes e, assim, assegurava o da outra. Não é o que se tem na atualidade, quando o juiz afirma direitos, não apenas de uma parte que a ele requer, mas a todos que na mesma circunstância se encontram (direitos de minoria, categorias profissionais, etc.). A conduta do juiz não apenas a dirimir uma lide, mas a prevenir outras na sociedade, resolvendo as pendências incipientes em determinado grupo e sintonizando as dificuldades a serem superadas antes mesmo de se firmarem como conflitos sociais²⁶.

5. Conclusões

A disciplina do processo coletivo, que deixou de ser limitado à tutela do direito subjetivo, que reproduzia a ideologia presente na escola das pandectas, sistematizadora de todo o direito clássico, inclusive o processo civil, que a ele serve de instrumento, promoveu verdadeira revolução nos institutos processuais.

Já se passou a considerar que já existe, hoje, um Direito Processual Coletivo, de matriz constitucional, que envolve o processo coletivo civil, bem como ações do controle de constitucionalidade, o Direito Processual Penal, limitados às causas de natureza penais, não cíveis e o Direito Processual Civil, fundado no direito subjetivo a que visa tutelar

Rejeito essa tricotomia processual. Existem, tão somente, o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal. O Direito Processual Civil sistematiza todas as normas que instrumentalizam a realização e satisfação do direito material de natureza cível, por dizer respeito ao cidadão, quer o considere *uti singuli* quer o contemple *uti universi*.

Neste último caso, as normas que disciplinam o processo coletivo, em respeito à tutela dos interesses difuso, coletivos e in-

²⁶ - Cf. “O Juiz na Nova Ordem Social”, artigo inserto na obra coletiva “Perspectivas do Direito Público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes), Livraria Del Rey, 1995, p. 247-273, mais precisamente, p. 247 e 257.

dividuais homogêneos, formam um novo corpo de normas processuais, cuja disciplina desafia a criação de um novo Código de Processo Coletivo, cujo projeto já se encontra no Congresso Nacional.

Conveniente a distinção da doutrina de que se deve distinguir a tutela coletiva de direitos, assim considerada a tutela jurisdicional que se presta aos interesses metaindividuais em sua essência, os difusos e os coletivos e a tutela coletiva de direitos, a destinada aos direitos individuais homogêneos.

A disciplina do processo coletivo, em qualquer das formas de tutela, forma um microsistema processual autônomo que influenciou fortemente o processo civil clássico, como prefiro denominá-lo, descabendo aplicar institutos criados para o processo civil clássico no julgamento próprio desse microsistema.

A modificação mais importante introduzida pela disciplina desse microsistema se encontra na revolução procedida em respeito à competência do juiz, que deixou de ser apenas a de declarar direitos – na forma do processo civil tradicional – para transformar o papel do juiz, não apenas no representante do Príncipe ou do Estado, mas como autoridade irremediavelmente comprometida com as necessidades da sociedade, para considerar que o ideal de justiça por ele buscado é formulado pela sociedade e para a sociedade.

Nessas condições, a par das modificações apontadas no texto sobre o processo civil clássico, em face da disciplina do processo coletivo, não se pode mais identificar a competência do juiz como era disciplinada no processo civil clássico. Não é mais uma competência negativa, no sentido de, para reconhecer o direito de uns, negar o direito de outros, mas uma competência afirmativa, no sentido de que, deixando o papel de juiz meramente pacificador, passou a atuar, notadamente no julgamento dos interesses coletivos *lato senso*, com competência afirmativa, pois busca evitar lides futuras, afirmando direitos de uma coletividade ou grupo e não apenas de um indivíduo.

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 64.934-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Agravante: REYNALDO JOSÉ RAMOS
Agravada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. GUSTAVO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DISCIPLINAR. FORMAÇÃO. SERVIDORES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. LEGALIDADE. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM OUTRO ESTADO. PAGAMENTO DE DIÁRIAS E DESPESAS AO INVESTIGADO E SEU DEFENSOR. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AMPLA DEFESA. DENEGAÇÃO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. NÃO OFENSA AO CONTRADITÓRIO; EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

- Nos termos dos arts. 143, § 3º, e 149 da Lei nº 8.112/90, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (I) estabilidade dos seus membros, (II) a compatibilidade do seu grau de escolaridade e (III) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido tanto no próprio Estado em que trabalham quanto em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação.

- Não há qualquer ilegalidade na designação de comissão disciplinar de outro Estado, ainda que exista no lugar do processo administrativo disciplinar comissão permanente designada para esse fim, ao contrário com essa designação prestigia-se ainda mais o disposto no art. 150 da Lei nº 8.112/90 (imparcialidade dos membros).

- As testemunhas, sejam do processo judicial ou administrativo, têm o direito de ser inquiridas no local de seu domicílio ou ao menos no local em que se encontrem.

- Nos termos do art. 173 da Lei nº 8.112/90, os membros da Comissão Disciplinar, que se deslocam de seu local de trabalho para colher depoimentos de testemunhas em outro Estado, bem como o próprio investigado, quando convocado a prestar depoimento em local diverso daquele da sua repartição, na qualidade de testemunha, denunciado ou indiciado, fazem jus ao custeio de seu transporte e ao pagamento de diárias, contudo, a disposição legal não se refere ao servidor investigado, que precise se deslocar para acompanhar a inquirição de outras testemunhas que vão depor no processo administrativo disciplinar em que se apuram fatos imputados à sua pessoa, ou seja, quando ele se desloca apenas na condição de investigado.

- Inexiste qualquer ofensa ao disposto no art. 156, caput, da Lei nº 8.112/90 nem qualquer mácula ao princípio constitucional da ampla defesa, se foi o investigado intimado com antecedência da designação da audiência de inquirição de testemunhas em outro Estado, bem como se foi nomeado em seu favor defensor ad hoc, ante à sua ausência e a de seu defensor constituído ao ato.

- O § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112/90 permite ao presidente da Comissão denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. Se a inquirição de testemunha é desnecessária para extirpar contradição com depoimento de outra testemunha, solucionável mediante o cotejo dos demais elementos de prova, bem como tem intuito protelatório, deve realmente ser indeferida.

- A jurisprudência pátria firmou entendimento no

sentido de que a inobservância do prazo legal estabelecido para a conclusão do processo administrativo não acarreta a sua nulidade, mormente quando houve uma prorrogação e o excesso, ao final, foi de apenas cinco dias, tendo o próprio investigado dado causa, em parte, ao atraso, na medida em que requereu adiamento de interrogatório e reinquirição de testemunhas, sendo o caso de aplicar-se, analogicamente a Súmula nº 64 do STJ.

- Agravo de Instrumento a que se nega provimento, cassando-se a liminar antes deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 64934-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 24 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão exarada pelo Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 834/841), nos autos de Ação Anulatória de Ato Administrativo, por meio da qual se denegou a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, por não se vislumbrarem vícios capazes de inquinar de ilegal o processo administrativo disciplinar questionado, instaurado para apurar possíveis irregularidades atribuídas ao ora recorrente, Sr. Reynaldo José Ramos, enquanto servidor da Polícia Federal no Estado de Pernambuco.

2. Segundo a decisão recorrida, os argumentos do autor, ora agravante, não estavam acompanhados de provas firmes, tendo sido afastados pelas seguintes razões:

a) inexistência de ilegalidade na formação de Comissão Disciplinar por servidores de outras Unidades da Federação, quando o órgão é de abrangência nacional, de modo a manter-se a imparcialidade de seus membros (art. 150 da Lei nº 8.112/90), tendo sido fielmente observado o disposto no art. 149 da Lei nº 8.112/90;

b) inexistência de cerceamento de defesa pelo fato de a oitiva de duas testemunhas ter sido realizada em São Paulo, já que lá residiam ambas, sendo perfeitamente possível à Comissão optar por colher pessoalmente os depoimentos, ao invés de remeter-se carta precatória para esse fim, não havendo qualquer previsão legal de direito do servidor investigado de ter seu deslocamento (ou o de seu defensor) custeado pelos cofres públicos para acompanhar a realização do ato; estando comprovada a cientificação do investigado quanto à realização da audiência, com a antecedência devida, não ofende a sua ampla defesa a nomeação de defensor *ad hoc* em caso de sua ausência e na de seu causídico constituído, mormente porque foram pelo servidor apresentadas perguntas escritas destinadas às testemunhas oitivadas, as quais foram a elas encaminhadas e devidamente respondidas;

c) nos termos do art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112/90, o presidente da Comissão Disciplinar pode denegar pedidos considerados impertinentes, protelatórios ou de nenhum interesse para o deslinde dos fatos, entre eles incluindo-se o pleito de inquirição de testemunha; e

d) a extrapolação de prazo para a conclusão de processo administrativo, por si só, não acarreta nulidade absoluta, se não demonstrado o prejuízo decorrente, mormente quando o próprio investigado colabora para a delonga do término da investigação administrativa, requerendo adiamento de seu interrogatório e reinquirição de testemunhas (Súmula nº 64/STJ).

3. De acordo com as razões recursais, em que se renovaram as alegações da inicial do feito originário, o processo administrativo disciplinar em foco estaria eivado dos seguintes vícios, que lhe

comprometiam a legalidade: a) a Comissão Disciplinar não pode ser formada por servidores de outro(s) Estado(s), mormente quando existe comissão permanente naquele em que instaurado o PAD; b) a tomada de depoimentos em São Paulo, sem que fosse custeada a locomoção do investigado ou de seu defensor, causa cerceamento de sua defesa, assim como a negativa de inquirição de testemunha por ele arrolada; e c) o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar acarreta-lhe nulidade.

4. Foi concedida a tutela recursal liminar substitutiva, fls. 848/849, com o fim de, por cautela, suspender o andamento do processo administrativo disciplinar em questão até o pronunciamento da Turma Julgadora.

5. Foram oferecidas contra-razões ao presente agravo pela União, fls. 853/861.

6. Sobreveio a prolação de sentença de improcedência pelo Juízo *a quo*, dela decorrendo a conclusão da Comissão Disciplinar pela imposição da pena de demissão do servidor, declarada no processo administrativo disciplinar e expedida pelo Ministério da Justiça a respectiva portaria de demissão (Portaria nº 913, de 14/05/2007).

7. Informado esse fato nos autos deste Agravo, foi prolatada pelo Desembargador então Relator a decisão de fls. 884/886, determinando-se a ultratividade da liminar substitutiva deferida neste feito e, pois, a suspensão dos efeitos da Portaria/MJ nº 913, de 14/05/2007, até a decisão do mérito deste recurso. O *decisum* foi cumprido, consoante comunicação de fl. 925 e comprovação de fl. 927.

8. A União interpôs, contra essa última decisão, agravo regimental (fls. 889/896) e pedido de reconsideração (fls. 915/923).

9. O agravante peticionou às fls. 1001/1002, requerendo a juntada dos documentos de fls. 1003/1004.

10. O processo foi incluído em pauta e devidamente cientificadas as partes.

11. É o relatório.

VOTO

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

1. O cerne da questão devolvida ao Tribunal neste recurso cinge-se às seguintes matérias: a) formação da Comissão Disciplinar por servidores de outras Unidades da Federação quando existe formada no local de tramitação do Processo Administrativo Disciplinar - PAD uma Comissão permanente; b) inquirição de testemunhas no PAD em outro Estado e formas de viabilizar-se o exercício do direito de defesa do investigado nesse ato; c) possibilidade de denegação de oitiva de testemunha arrolada pela defesa; e d) excesso de prazo para conclusão do PAD.

2. No que concerne à possibilidade de formação de Comissão Disciplinar por membros de outros Estados, quando há comissão permanente formada no local da tramitação do processo, é de se frisar de logo que inexistente vedação legal nesse sentido.

3. Com efeito, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 143, § 3º, estabelece que a autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a apurá-la mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, podendo essa **apuração**, a critério da aludida autoridade, ser feita por **autoridade de órgão ou entidade diverso** daquele em que ocorrida a suposta irregularidade, desde que essa última possua competência específica para essa finalidade, a ela delegada em caráter **permanente ou temporário** pela autoridade máxima do Poder a que submetido o órgão ou a entidade.

4. Significa, portanto, que, num órgão de abrangência nacional, como o é a Superintendência da Polícia Federal, a Comissão Disciplinar Permanente (ou a temporariamente formada para determinada apuração de irregularidade) de um Estado da Federação pode desempenhar suas funções na averiguação de irregularidades ocorridas em outro Estado da Federação.

5. Nos termos do artigo 149 da Lei 8.112/90, ademais, *“o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, **observado o disposto no § 3º do art. 143**, que indicará, dentre eles, o*

seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”.

6. Como se vê, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (I) estabilidade dos seus membros, (II) o seu grau de escolaridade e (III) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido no próprio Estado em que trabalham ou em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação.

7. Demais disso, é de acrescentar-se que uma Comissão formada por servidores de outro Estado provavelmente será até mesmo mais imparcial nas apurações do que se formada por servidores do mesmo local de trabalho do investigado, servindo ainda mais aos ditames do art. 150 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual “*A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração*”.

8. Não se questionando a estabilidade ou o grau de escolaridade dos membros da Comissão e inexistindo mácula em serem eles servidores do mesmo órgão, mas lotados em outra Unidade da Federação, não há falar-se em qualquer ilegalidade na formação da Comissão.

9. A jurisprudência pátria não dissente dessa conclusão, como se confere da ementa de julgado da Terceira Turma deste Tribunal, a seguir ementada:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR ENGENDRADA CONTRA PORTARIA QUE DETERMINOU A CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COMPOSTA POR SERVIDORES LOTADOS EM BRASÍLIA, PARA APURAÇÃO DE FALTA FUNCIONAL DE SERVIDOR LOTADO EM SERGIPE. CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DOS MEMBROS DA COMISSÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

(...).

4. Inexiste ilegalidade ou imoralidade no ato administrativo que constitui comissão de inquérito composta por membros residentes em Brasília, para apuração de falta disciplinar de servidor lotado em Sergipe, por conveniência administrativa, pois tal critério é de cunho essencialmente discricionário; tal circunstância confere, inclusive, maior imparcialidade ao procedimento, tendo em vista que os fatos serão apurados por pessoas estranhas, e, em tese, mais isentas do que servidores lotados na mesma localidade, com quem o acusado poderia manter laços de amizade ou inimizade, beneficiando, assim, o próprio acusado.

(...).

6. Apelação improvida.

(TRF - 5ª Região. Apelação Cível - 122326. Processo: 9705297606 UF: SE Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 10/12/1998. Fonte *DJ* - Data: 14/07/2000 - Página: 318. Relator(a) Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Decisão Unânime).

10. Dessarte, rejeito a alegação de nulidade do processo administrativo disciplinar pela formação da Comissão respectiva mediante membros de outra Unidade da Federação.

11. Por sua vez, no que pertine à alegação de cerceamento de defesa do investigado, pelo fato de duas testemunhas arroladas terem sido inquiridas em outro Estado e não se lhe haver custeado a locomoção (ou ao menos a de seu advogado), bem como pelo fato de haver sido denegada a oitiva de testemunha arrolada pela defesa, algumas considerações se impõem, para ao final rechaçarem-se os argumentos do agravante.

12. Primeiramente, é de registrar-se que as testemunhas, sejam do processo judicial ou administrativo, têm o direito de ser inquiridas no local de seu domicílio ou ao menos no local em que se encontrem.

13. No caso dos autos, Antônio Carlos e Juliana Florêncio, trata-se das principais testemunhas do processo, haja vista que, nos termos da acusação, elas eram envolvidas com a organização criminosa que teria sido alvo de exigências indevidas pretensamente realizadas pelo investigado, e ambas eram residentes em

São Paulo, havendo a Comissão Disciplinar corretamente optado por inquiri-las naquele Estado, visando à colheita da prova.

14. De acordo com o art. 173 da Lei nº 8.112/90, serão assegurados transporte e diárias (I) tanto ao **servidor** convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, **na condição de testemunha, denunciado ou indiciado**, (II) quanto aos **membros da comissão** e ao **secretário**, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

15. Como se vê, os membros da comissão, que se deslocam de seu local de trabalho para colher depoimentos de testemunhas em outro Estado, fazem jus ao custeio de seu transporte e ao pagamento de diárias. De seu turno, também quando o próprio investigado é convocado a prestar depoimento em local diverso daquele da sua repartição, na qualidade de testemunha, denunciado ou indiciado, igualmente fará jus às mesmas verbas.

16. Note-se, contudo, que a disposição legal não se refere ao servidor investigado, que precise se deslocar para acompanhar a inquirição de outras testemunhas que vão depor no processo administrativo disciplinar em que se apuram fatos imputados à sua pessoa, ou seja, quando ele se desloca apenas na condição de investigado.

17. Por essa razão, não merece acolhimento a irresignação do agravante nesse ponto. A negativa de pagamento de transporte e passagens suas ou de seu defensor, para acompanhar a inquirição de testemunha a ser oitivada em São Paulo, não ofende qualquer direito a ele assegurado por lei, tampouco ofende o seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório.

18. Ao revés, no caso em foco, verifica-se que houve a intimação do agravante em 08/06/2005 quanto à designação da audiência para o dia 16/06/2005, com antecedência, portanto, de oito dias (v. fl. 66), para que providenciasse seu deslocamento e o de seu defensor, ou ao menos para que se fizesse representar no ato por algum defensor de São Paulo por ele eventualmente contactado e, como nenhuma das duas hipóteses se concretizou, foi-lhe nomeado defensor *ad hoc*, (fls. 383, 386, 388 e 394) de modo a não se vislumbrar qualquer mácula ao seu direito de defesa e ao contradi-

tório, entendido este como a viabilização da possibilidade de o direito de defesa ser exercido.

19. Restou plenamente observado, pois, o disposto no art. 156, *caput*, da Lei nº 8.112/90, segundo o qual “*É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial*”.

20. Por sua vez, o § 1º do aludido art. 156 da Lei nº 8.112/90 expressamente adverte que “*O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos*”.

21. *In casu*, questiona a defesa o fato de lhe haver sido negado o pleito de inquirição da testemunha Marcos André. Em suas alegações, referida testemunha precisaria ser inquirida porquanto se evidenciou clara contradição entre seu depoimento e o da testemunha ANTÔNIO CARLOS, acima já referenciada, no tocante à pretensa entrega de dinheiro ao investigado, que, segundo a acusação, ter-lhe-ia sido encaminhado por essa última testemunha, por intermédio daquela, fato negado pelo aludido Marcos André.

22. Entende, portanto, que a negativa dessa oitiva importaria claro cerceamento de defesa.

23. A Comissão Disciplinar entendeu que a alegada contradição já estava sanada por outros elementos de prova coligidos e a pretendida reinquirição representava medida protelatória, portanto devendo ser indeferida. Eis a transcrição das razões invocadas pela Comissão para a negativa de inquirição ora questionada (fls. 55/59):

(...).

Baseado na segunda oitiva de ANTÔNIO CARLOS DE MEDEIROS ALVES (fls. 526/527), que apenas ratifica, com mais ênfase, o que já havia dito em seu primeiro depoimento (fls. 352/359), não trazendo nenhum fato novo aos autos, o indiciado e seu defensor, alegando contradições entre esse depoimento e o depoimento de Marcos André, em especial no tocante a de que MARCOS ANDRÉ repassava valores para REYNALDO e que essa afirmativa confl-

ta expressamente com o depoimento de MARCOS ANDRÉ, requerem uma nova ouvida de testemunha.

No Despacho de Instrução e Indiciação às fls. 477/479, uma das conclusões a que chegou essa Comissão foi a de que, como parte do pagamento exigido em 12/02/2004, através de conversa telefônica, REYNALDO recebeu de ANTÔNIO CARLOS estadia paga por um final de semana, nos dias 14 e 15/02/2004, no HOTEL BEIRA-MAR, cidade de Aracaju/SE, bem como o aluguel de um veículo Celta de placas HBM2272, da Empresa Localiza e R\$ 1.000,00 (um mil reais), por meio de um cheque emitido por ANTÔNIO CARLOS e entregue a REYNALDO, em 13/02/2004, por intermédio de MARCOS. Portanto, o que importa nos autos é a comprovação do recebimento desse valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por parte de REYNALDO.

ANTÔNIO CARLOS afirma, já em seu primeiro depoimento e ratifica no segundo, que emitiu um cheque de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e o repassou a REYNALDO por intermédio de MARCOS, para as despesas de viagem que REYNALDO fez até Aracaju/SE. E Marcos que, comprovadamente, recebeu o cheque, por sua vez, nega tê-lo repassado a REYNALDO.

Referida contradição não necessita, para ser dirimida, de uma nova oitiva de MARCOS, é mais do que suficiente analisar em conjunto os depoimentos de ANTÔNIO CARLOS e a transcrição da interceptação telefônica com o número de referência 014, à fl. 188 dos autos e abaixo apresentada. Onde MARCOS é categórico ao dizer que está com o cheque de MIL REAIS e que tem que dar esse cheque para REYNALDO, e REYNALDO diz claramente para MARCOS ir aonde ele está, porque vai trocar esse negócio, ou seja, o cheque.

(...).

Não resta dúvida para essa Comissão que a contradição alegada está sanada, o que torna desnecessária uma nova oitiva de MARCOS ANDRÉ.

Devemos levar em consideração também que tal medida é evidentemente protelatória, senão vejamos:

O indiciado, após a sua citação, teve 10 (dez) dias de prazo para apresentar sua defesa escrita. Concomitantemente à apresentação da defesa escrita, ferindo o rito processual normal do Processo Administrativo Disciplinar, requereu diligências, impugnações de atos, reinquirições

de testemunhas. Naquele momento já havia a contradição entre o depoimento de Marcos André e Antônio Carlos, haja vista que o segundo depoimento de ANTÔNIO CARLOS apenas ratificou o primeiro. Por que então, já nessa primeira fase da Defesa escrita o indiciado e seu defensor não alegaram a contradição? A Comissão, naquela primeira oportunidade, acatou as reinquirições de testemunhas, e, após serem cumpridas, devolveu novamente o prazo de 10 (dez) dias, para que a defesa se manifestasse sobre as diligências realizadas.

Exaurido o segundo prazo de 10 (dez) dias, em 25.08.2005, o indiciado e seu defensor apresentaram uma nova Defesa escrita, que de nova não tem nada, ela é cópia literal da primeira, ou seja, 10 (dez) dias foi tempo que a defesa levou para chegar a tão-somente uma conclusão: de que o depoimento de MARCOS e de ANTÔNIO CARLOS eram contraditórios, e não poderiam ser de outra forma, pois MARCOS ANDRÉ SILVEIRA ROCHA LEÃO é a pessoa que, em conluio com REYNALDO JOSÉ RAMOS, exigia vantagens indevidas de ANTONIO CARLOS DE MEDEIROS ALVES; sua oitiva, a de MARCOS, foi a mais abrangente possível, com duração aproximada de 07 (sete) horas, resultando em 21 (vinte e uma) laudas (fls. 305/325). Se o indiciado e seu defensor realmente estivessem interessados em encerrar o presente processo e se realmente achassem imprescindível para a defesa uma nova oitiva de Marcos, não teriam utilizado todos os 10 (dez) dias de que dispunha apenas para apresentar a mesma defesa escrita, idêntica à anterior, com a única conclusão de que os depoimentos de MARCOS e ANTÔNIO são conflitantes. Teriam, no mínimo, entregue a “nova” defesa escrita, restando um dia para o fim do prazo de vista, de modo que pudessem utilizá-lo novamente na análise da diligência solicitada, na hipótese de ser realizada.

Mesmo que a Comissão atendesse mais esse pedido, não teriam o indiciado e seu defensor prazo de vista para se manifestarem nos autos a respeito daquela oitiva, em virtude, como já frisado anteriormente, do total exaurimento daquele prazo.

24. Ora, não estando demonstrada a utilidade da inquirição, de modo a saber-se em que a testemunha poderia acrescentar ao esclarecimento da verdade, não há qualquer óbice a que o Presi-

dente da Comissão indefira a oitiva, como se deu no caso em apreço.

25. Não vislumbro, pois, qualquer cerceamento de defesa que haja sofrido o agravante na tramitação do processo administrativo disciplinar instaurado para apuração de supostas irregularidades a ele atribuídas.

26. Por fim, questiona o agravante o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar em foco.

27. A respeito do assunto, a Lei nº 8.112/90 expressamente aduz, em seu art. 152, que “*O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem*”.

28. No caso em apreço, o término do processo administrativo disciplinar somente se deu em 31/08/2005 (data da entrega do relatório final da comissão - fls. 830 e 831), 125 dias após a publicação do ato por meio do qual foi constituída a comissão respectiva (Portaria nº 28/2005-GAB/SR/DPF/PE, de 18/04/2005) e devidamente instaurada esta última (em 26/04/2005 - fl. 216).

29. Ocorre que houve uma primeira prorrogação, após decorridos os primeiros sessenta dias de apuração, como se confere às fls. 69, 74 e 81, por mais sessenta dias.

30. Houve, portanto, excesso de apenas cinco dias.

31. Não obstante isso, a jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que a inobservância do prazo legal estabelecido para a conclusão do processo administrativo não acarreta a sua nulidade. Há diversos precedentes nesse sentido, tanto do STJ quanto de Turmas deste Tribunal, como se confere a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ULTRAPASSAGEM DO PRAZO PARA CONCLUSÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. FALTA DE DEFESA POR ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

1. A compreensão pacificada da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é de que a ultrapassagem do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar

não caracteriza nulidade capaz de invalidar o procedimento.

2. “A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral” (MS nº 7.078/DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, *DJU* de 9/12/2003).

3. Ordem concedida para anular o processo administrativo disciplinar a que respondeu o impetrante, desde a instauração, sem prejuízo de sua renovação.

(MS 9807 / DF. Relator: Ministro Paulo Galloti. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 12/09/2007. Data da Publicação/Fonte *DJ* 11/10/2007 p. 287).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INASSIDUIDADE HABITUAL. (...). EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. (...).

1. (...).

2. Embora o processo administrativo tenha sido concluído fora do prazo estabelecido pelo art. 133 da Lei nº 8.112/90, a jurisprudência pátria firmou o entendimento no sentido de que a inobservância do prazo legal estabelecido para a conclusão do processo administrativo não acarreta a sua nulidade. Precedentes do STJ e dessa egrégia Primeira Turma.

3. (...).

(TRF-5ª Região - AGTR 80438 - 1ª Turma. Decisão unânime. Data do Julgamento: 20/02/2008. Relator: Desembargadora Federal Convocada Joana Carolina Lins Pereira).

32. Acrescente-se, ainda, como bem ponderado na decisão agravada, que parte do atraso para conclusão do processo disciplinar deveu-se a pleitos do próprio investigado, tanto de adiamento de seu interrogatório, quanto de reinquirição de testemunhas (fls. 456/457), devidamente acatados pela Comissão Disciplinar (fl. 461), em homenagem ao seu irrestrito direito de defesa, não podendo ele invocar, pois, nulidade a que, em parte, teria dado causa.

33. Impõe-se a aplicação, pois, por analogia, do enunciado da Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL O EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO, PROVOCADO PELA DEFESA.

34. Dessarte, **não visualizando qualquer prejuízo à defesa do investigado pelo extrapolar do prazo de encerramento do processo administrativo disciplinar, não há nulidade a ser declarada no caso.**

35. Posto isso, rejeito as alegações do agravante e nego provimento ao agravo.

36. Como foi deferida monocraticamente pelo Desembargador Federal Relator que me antecedeu na Relatoria liminar determinando a suspensão dos efeitos da Portaria de demissão do ora agravante, fica a liminar doravante expressamente cassada, restabelecendo-se os efeitos da Portaria nº 913/2007.

37. Ciência ao Ministério da Justiça e ao Juízo monocrático.

38. Expedientes de estilo.

39. É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 93.852-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Agravante: UNIÃO

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE, EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR À UNIÃO O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CONSISTENTE NA REVISÃO DE VALORES PAGOS PELO DESEMPENHO DE FUNÇÃO PARLAMENTAR, OBSERVANDO O TETO REMUNERATÓRIO CONSTITU-

CIONAL (ART. 37, XI, DA CF). DISCUSSÃO, NO ÂMBITO DO AGRAVO, QUE SE RESTRINGE À LEGITIMIDADE PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. POSTERIOR PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO, QUE ESGOTOU A MATÉRIA OBJETO DO RECURSO. CESSÃO DA EFICÁCIA DA LIMINAR PROFERIDA NO AGRAVO. RECURSO QUE FICOU PREJUDICADO.

- Agravo de Instrumento manejado em face do ato que determinou à União o cumprimento de obrigação de fazer, consistente na revisão/redução dos valores pagos pelo desempenho de funções parlamentares, tomando-os cumulativamente com as pensões vitalícias de ex-Governador, observando-se o teto remuneratório constitucional previsto no art. 37, XI, da Carta Republicana, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

- Irresignação da agravante consistente na impossibilidade/dificuldade no cumprimento da decisão agravada, ao argumento que seria de atribuição do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal – já que a redução da paga em questão deverá ser feita nos subsídios pagos a Deputado Federal e a Senador da República – vez que não teria autorizado nem estabelecido qualquer cumulação, não podendo exercitar ingerência sobre outros Poderes.

- Pedido formulado às fls. 90/103 que se rejeita, vez que não há como se possa admitir o ingresso dos parlamentares-peticionantes, identificados nos autos, porque os mesmos, embora diretamente atingidos pela decisão agravada e tendo dela sido devidamente intimados, não recorreram, de sorte que, admiti-los, nessa oportunidade processual, como interessados, equivaleria a tangenciar-se, por via oblíqua, a ocorrência da preclusão temporal, o que não é juridicamente possível.

- Com a prolação da sentença de mérito nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.85.00.003795-6, onde houve manifestação expressa sobre a legitimidade da União para o cumprimento da obrigação de fazer, fica esvaziado de objeto o presente agravo, posto que o julgamento da causa exauriu o exame da matéria ora discutida. Agravo prejudicado, pela perda superveniente de objeto.

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, julgar prejudicado o agravo, pela perda superveniente de objeto, no termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Agravo de instrumento desafiado pela União, com pedido liminar, com o intuito de suspender a decisão da lavra do MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.85.00.003795-6 proposta pelo Ministério Público Federal, que deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando que a União cumprisse, no prazo de 15 (quinze) dias e sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a obrigação de fazer, consistente na revisão dos valores pagos pelo desempenho da função parlamentar, considerando-os cumulativamente com o benefício vitalício de ex-governador recebidos do Estado de Sergipe pelo

Senador da República Antônio Carlos Valadares e pelo Deputado Federal Albano do Prado Franco Pimentel, respeitando-se o teto remuneratório constitucional previsto no art. 37, XI, da Carta Política de 1988, tal como se encontra em vigor.

A União disse, em síntese, que não lhe caberia o cumprimento da decisão agravada, o que seria da atribuição exclusiva, pela ordem, do Presidente do Senado Federal e do Presidente da Câmara dos Deputados (já que a redução da paga em questão deverá ser efetuada nos subsídios pagos a Deputado Federal e a Senador da República), dado que a ordem constitucional vigente não autorizou nem estabeleceu qualquer cumulação, não podendo exercer ingerência sobre outros Poderes.

Por fim, disse que não poderia suportar qualquer sorte de punição pela demora no efetivo cumprimento da obrigação de fazer, posto que a mesma dependeria das Autoridades já mencionadas, sobre as quais não recaiu qualquer multa.

Foi requerida a atribuição de efeito suspensivo ao Agravo, "... determinando-se a obrigação de fazer aos órgãos e pessoas com a atribuição devida, com o afastamento da multa imposta à União. Em sendo mantida a multa, que seja dirigida a todos aqueles que devem cumprir a obrigação".

O Relator do Agravo, o eminente Desembargador Federal convocado Élio Siqueira, atribuiu efeito suspensivo ao Agravo, ao menos até que ocorresse a manifestação do Presidente do Senado sobre a legitimidade para o cumprimento da ordem deferida (fls. 45/46), sendo que as informações solicitadas, fornecidas pela Mesa do Senado da República, acham-se estampadas às fls. 68/82. Vieram para os autos, também, cópias dos ofícios 527/2008 e 2/2009, da Direção Geral da Câmara dos Deputados, acompanhadas de documentos, e que haviam sido enviadas para a Seção Judiciária Federal de Sergipe - fls. 83/85.

Nesses papéis, informou-se que a implementação da decisão será consignada na remuneração relativa ao mês de janeiro de 2009, vez que os pagamentos relativos ao mês de dezembro já haviam sido efetuados ao tempo da ciência da decisão (fls. 83/87).

O Ministério Público Federal ofertou contraminuta, requerendo o improvimento do Agravo - fls. 60/65.

Albano do Prado Pimentel Franco e Antônio Carlos Valadares requereram suas admissões no feito, como interessados, e que fosse reconhecida a prevalência da decisão liminar proferida neste Agravo, que houvera concedido o efeito suspensivo no tocante ao ato do Juízo monocrático que, em sede liminar, proferida na ação que se encontrava em curso na Seção Judiciária de Sergipe, havia determinado a glosa dos subsídios recebidos pelos dois parlamentares já identificados - fls. 90/98.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Em primeiro lugar, e no tocante ao pedido constante da petição de fls. 90/103, indefiro-o, de vez que não há como se possa processualmente admitir o ingresso dos peticionantes Albano do Prado Pimentel Franco e Antônio Carlos Valadares no presente feito, porque os mesmos, embora diretamente atingidos pela decisão agravada e tendo dela sido devidamente intimados, não esboçaram, a tempo e modo, os recursos que entendesse cabíveis, de sorte que, admiti-los como interessados, nesta oportunidade, equivaleria a tangenciar a ocorrência da preclusão temporal, o que não é juridicamente possível.

Por outro lado, compulsando-se o sistema de acompanhamento processual da Seção Judiciária de Sergipe, constata-se haver sido proferida sentença de mérito nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.85.00.003795-6, confirmando – na exata medida em que fora outorgado o provimento liminar – a decisão da qual ora se agrava.

Em face da realidade processual noticiada nos autos, penso que ficou esvaziado de objeto o presente agravo, de vez que a questão da legitimidade para o cumprimento da decisão agravada foi resolvida na sentença de mérito, que exauriu o exame da matéria, não podendo a liminar (concedida monocraticamente pelo Relator), e que era tutela de natureza precária, prevalecer em face da decisão de mérito.

Ademais, cumpre que não se perca de vista o fato de que, a medida liminar que fora exarada nos autos, neste Juízo, estabeleceu um limite temporal para sua eficácia: foi concedida tão-só para emprestar efeito suspensivo ao Agravo ao menos **até a manifestação do Presidente do Senado**, manifestação essa que ocorreu às fls. 68/82, e que fora protocolizada neste Tribunal em 16 de fevereiro de 2009 - fl. 68.

Tendo sido assim, e uma vez prolatada a sentença no Juízo *a quo*, determinando que a União cumprisse a obrigação de **fazer a revisão dos valores pagos pelo desempenho das funções legislativas exercidas pelos dois parlamentares já identificados nesta decisão, tomando-os cumulativamente com o benefício vitalício de ex-governador pago pelo Estado de Sergipe, observando o teto remuneratório constitucional previsto no art. 37, XI, da Carta Republicana**, não há dúvida de que cessou a eficácia da liminar cuja discussão cingia-se, exclusivamente, à questão da legitimidade para cumprir a mencionada decisão.

Transcrevo o excerto da sentença onde foi examinada a questão da legitimidade da União para figurar no pólo passivo da lide (que pode ser encontrada na 'Internet' no sítio da Justiça Federal de Sergipe):

2.2.1. Legitimidade passiva da União

O Legislativo Federal, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal é um poder independente e harmônico, assim como o são o Executivo e Judiciário (art. 2º da CR). Entrementes, é evidente que a despeito desta qualificação, o Legislativo Federal não possui existência autônoma e separada da União. É esta que detém a personalidade jurídica e quem deve figurar no pólo passivo nesta ação, cujo pleito reside na obediência de teto remuneratório, nada sequer aparentado com a autonomia das Casas Legislativas ou algo que o valha.

Já o receio da União, no sentido de que citado ente público seja obrigado a arcar com astreinte por descumprimento de uma ordem judicial dirigida ao Legislativo, tal preocupação é excessiva e não condiz com a realidade, até porque tanto a Câmara dos deputados como o Senado Federal, prontamente cumpriram a ordem anterior emanada deste juízo. Também não há como partir do princípio que a Casa

Legislativa irá sempre descumprir as ordens judiciais.
Rejeito a preliminar.

Desse modo, esgotada a finalidade da liminar pelo julgamento do mérito da causa, não há mais nada a ser discutido no âmbito deste recurso.

Daí por diante, vale dizer, a partir do instante em que foi prolatada a sentença no V. Juízo *a quo*, as Partes, se entenderem conveniente, poderão valer-se dos recursos cabíveis, ao fito de tentarem conseguir o almejado efeito suspensivo ativo, conforme lhes faculta o artigo 558, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC – no que diz com o recurso de Apelação – e os artigos 21, IV e 34, V, dos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal - STF e Superior Tribunal de Justiça - STJ, respectivamente, quanto aos recursos extremos.

Esforçado nessas razões, julgo prejudicado o agravo, pela perda superveniente de objeto. Anotações. Intimações. Expedientes.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 94.617-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: MARIO AUGUSTO PEREIRA DIAS CHAVES
Agravada: UNIÃO
Advs./Procs.: DR. ADAIR BORGES COUTINHO NETO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO MILITAR. ESTUDANTE DE MEDICINA. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 4º, § 2º, LEI Nº 4.375/64. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 95, DECRETO Nº 57.654/66.

- O agravante, na qualidade de “estudante candidato à matrícula em Institutos de Ensino destinados à formação de médicos, farmacêuticos,

dentistas e veterinários - IEMFDV”, poderia ter tido sua incorporação adiada pelo Exército quando de sua apresentação para cumprimento de serviço militar obrigatório (art. 29, e, e § 4º, Lei nº 4.375/64; art. 98, 1, c, Decreto nº 57.654/66; art. 7º, § 1º e § 3º, Lei nº 5.292/67). Contudo, o agravante obteve a dispensa do serviço militar por ter sido incluído no excesso de contingente (Certificado de Dispensa de Incorporação - fl. 60).

- O agravante apenas poderia ter sido convocado até 31 de dezembro de 2000, ano em que se apresentou ao serviço militar (art. 95, Decreto nº 57.654/66).

- Não há que se falar em aplicação do art. 4º, caput e § 2º, Lei nº 4.375/64, porquanto aplicável apenas àqueles que já eram estudantes em IEMFDV à época de sua apresentação ao Exército.

- Ademais, há que se ressaltar a limitação física do agravante – o autor apresenta “espondilólise associada a espondilolistese”, que o impede servir ao Exército como médico militar, pois não poderá se submeter aos treinamentos impostos aos que estão em serviço militar.

- Comprovado perigo da demora diante da possibilidade de perda de vaga em residência médica e de agravamento da condição de saúde do recorrente.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda 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 que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 2 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo demandante Mario Augusto Pereira Dias Chaves contra decisões que negaram pedido de antecipação de tutela (fls. 28/33; fls. 35/37) para que fosse imediatamente suspensa a sua convocação/incorporação ao serviço militar.

Na primeira decisão interlocutória, o juízo de primeira instância entendeu que a Lei nº 5.292/67, a qual disciplina o serviço militar específico para os médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários (MFDV), determina que poderá haver convocação para prestação de serviço militar de estudantes ainda não ingressados em cursos da área de saúde – sob os quais cabe a aplicação da Lei nº 4.375/64 –, que detenham certificado de dispensa de incorporação, ao final de suas graduações (art. 4º, § 2º). Por sua vez, os médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários (MFDV), quando tenham se apresentado ao Exército já na qualidade de estudantes dos cursos de medicina, farmácia, odontologia e veterinária e tenham obtido o adiamento de incorporação, prestarão serviço militar obrigatório, ao término da graduação.

Em sua segunda decisão, em sede de embargos declaratórios, entendeu o juízo *a quo* ausente a verossimilhança da alegação de impossibilidade de prestação do serviço militar por limitação do estado de saúde do autor, vez que o atestado médico apresentado não está pautado em exames mais apurados e por se reportar a quadro clínico diagnosticado em 2001.

O agravante, em suas razões recursais, alega: 1. que não mais deverá prestar o serviço médico militar, por ter sido dispensado, tendo em vista sua inclusão no excesso de contingente, de acordo com certificado de dispensa de incorporação (CDI), com base no art. 95, Decreto nº 57.654/66, que regulamentou a Lei nº 4.375/64; 2. que se apresentou ao Exército em 2000 e foi dispensado por excesso de contingente, sendo devida sua convocação até 31 de dezembro de 2000; 3. que não solicitou adiamento de sua incorporação, motivo pelo qual não lhe seria aplicável o art. 4º, Lei nº 5.292/67.

Requer, ao final, o provimento do agravo de instrumento para que seja concedida a tutela antecipada, suspendendo-se a convocação militar, e que o mesmo tenha efeito suspensivo ativo.

Decisão monocrática de fls. 140/142, no qual a Desembargadora convocada Joana Carolina Lins Pereira indeferiu o pedido liminar, entendendo não ser cabível a concessão do efeito suspensivo ativo requerido, segundo os seguintes fundamentos: 1. que o feito ainda não se encontra suficientemente instruído de modo a proporcionar os efeitos da tutela; 2. que é descabida a tese de que não mais caberia a prestação de serviço militar, por ter sido dispensado à época de sua apresentação, vez que poderá ser novamente requisitado, com base na Lei nº 5.292/67; 3. que o STJ firmou entendimento segundo o qual apenas se à época da convocação com fundamento na Lei nº 4.375/64 o convocado já fosse estudante de alguns dos cursos antes mencionados, e dispensado por excesso de contingente, não poderia ser novamente convocado nos ditames da Lei nº 5.292/67; 4. que não estaria impedido de realizar sua residência médica, já que poderia requerer o adiamento do serviço militar obrigatório até a conclusão desta.

Contrarrazões apresentadas pela União (fl. 149/155).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Com todo respeito ao fundamento da decisão anteriormente proferida, entendo que merece provimento o presente agravo de instrumento e, conseqüentemente, a concessão da devida tutela antecipada.

No caso dos autos, restou comprovada a verossimilhança nas alegações do agravante, vez que sua continuidade no serviço militar obrigatório seguramente lhe prejudicará.

Primeiramente, é necessário fazer as devidas considerações acerca da convocação para o exercício de serviço militar obrigatório dos estudantes matriculados ou que se candidatem à matrícula em Instituições de Ensino Superior de Medicina, Veterinária, Odontologia e Farmácia.

A Lei nº 4.375/64 – norma geral que trata do serviço militar – discorre em seu art. 29, e, e § 4º, sobre o adiamento de incorporação para estudantes na categoria acima citada:

Art. 29. Poderão ter a incorporação adiada:

e) os que estiverem matriculados ou que se candidatem à matrícula em Institutos de Ensino destinados à formação de médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários, até o término ou interrupção do curso.

§ 4º Aqueles que tiverem a incorporação adiada, nos termos da letra e, deste artigo, e concluírem os respectivos cursos terão a situação militar regulada em lei especial. Os que não terminarem os cursos, e satisfeitas as demais condições, terão prioridade para matrícula nos órgãos de Formação de Reserva ou incorporação em unidade da ativa, conforme o caso.

Por sua vez, o Decreto nº 57.654/66, que regulamentou a Lei acima citada, sobre o adiamento da incorporação ao serviço militar, determina:

Art. 98. Poderão ter a **incorporação adiada**:

1) por 1 (um) ano ou 2 (dois) anos:

c) **os que se candidatem à matrícula em Institutos de Ensino, oficiais ou reconhecidos, destinados à formação de médicos, dentistas, farmacêuticos ou veterinários, desde que aprovados no 2º ano do Ciclo Colegial de Ensino Médio**, à época da seleção da sua classe.

A Lei nº 5.292/67 – lei de caráter especial sobre a prestação de serviço militar para estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária – em seu art. 7º, trata de adiamento de incorporação:

Art. 7º **Aos estudantes candidatos à matrícula nos IEMFDV que**, na época da seleção das respectivas classes, pelo menos estejam aprovados no 2º ano do Ciclo Colegial do Ensino Médio, **poderá ser concedido adiamento de incorporação**, por um ou dois anos.

§ 1º Os que tiverem obtido adiamento de incorporação por dois anos deverão apresentar-se, após decorrido um ano, ao órgão do Serviço Militar competente.

§ 3º O adiamento de incorporação de que trata este artigo será concedido mediante requerimento do interessado.

Diante dos citados diplomas legais, é mister esclarecer o perfil no qual se encaixa o demandante, ora agravante.

Este se apresentou ao serviço militar em maio de 2000, quando já concluíra o ensino médio, mas seguia na tentativa de ingressar na Faculdade de Medicina, motivo pelo qual, para efeito destas normas legais, estaria na categoria de “estudante candidato à matrícula em Institutos de Ensino destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários - IEMFDV”. Portanto, lhe seriam aplicáveis tanto a Lei nº 4.375/64 e o Decreto nº 57.654/66 quanto a Lei nº 5.292/67, devendo os mesmos ser interpretados conjuntamente.

O Exército, quando da apresentação do agravante – na qualidade de estudante candidato à IEMFDV –, poderia ter-lhe concedido o adiamento de incorporação ao serviço militar para que após o término de sua graduação em Medicina pudesse ser convocado. Contudo, o demandante obteve a dispensa do serviço militar por ter sido incluído no excesso de contingente (Certificado de Dispensa de Incorporação - fl. 60), fato este que demonstra o desinteresse no possível profissional MFDV, motivo pelo qual não mais seria cabível sua convocação.

Há que se colocar também que, ao contrário do que fora exposto na decisão agravada¹, entendo que o § 2º, art. 4º, Lei nº 5.292/67 é aplicável apenas aos que à época do alistamento já eram estudantes de IEMFDV – que não é o caso do agravante –, segundo entendimento do STJ:

¹ Fl. 29: “07 - Se, ao contrário, houve dispensa do serviço militar obrigatório da Lei nº 4.375/64, por excesso de contingente ou outro motivo, quando o dispensado ainda não era estudante do curso de medicina, farmácia, odontologia ou medicina veterinária, isso não o impedirá de ser convocado para o serviço militar obrigatório específico:

Art. 4º [...]

§ 2º Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. APLICAÇÃO DO ART. 4º, § 2º, DA LEI Nº 5.292/67. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, que trata de adiamento de incorporação, é inaplicável aos médicos que são dispensados do serviço militar por excesso de contingente. (AgRg no Ag 823887 / RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 12/05/2008).

2. A norma em comento não pode ser aplicada a quem sequer era estudante à época de sua dispensa, porquanto a norma contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, trata de estudantes de medicina, figuras nitidamente distintas.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AGA nº 1079844/RS. Sexta Turma. *DJ*, 16/02/2009)

Tendo em vista que a Lei especial nº 5.292/67 não cuida dos casos de dispensa por excesso de contingente, há que se aplicar, subsidiariamente, o art. 95 do Decreto nº 57.654/66, segundo o qual:

Art. 95 Os incluídos no excesso do contingente anual, que não forem chamados para incorporação ou matrícula até 31 de dezembro do ano designado para a prestação do Serviço Militar inicial da sua classe, serão dispensados de incorporação e de matrícula e farão jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação, a partir daquela data.

Assim, o agravante apenas poderia ter sido convocado para incorporação até 31 de dezembro de 2000, ano em que se apresentou ao Exército, findo o qual restou satisfeita sua obrigação com o serviço militar.

Ademais, há que se ressaltar a limitação física do agravante – o autor apresenta “espondilólise associada a espondilolistese”, que o impede servir ao Exército como médico militar, pois não poderá se submeter aos treinamentos impostos aos que estão em serviço militar, sob pena de ser agravada sua patologia.

Portanto, entendo que restou comprovada a verossimilhança nas alegações do agravante, tendo em vista que a demora na concessão da antecipação de tutela poderá lhe ocasionar a perda de

vaga em residência médica, bem como poderá agravar seu problema físico, os quais se configuram evidentes danos irreparáveis.

Por oportuno, apresento outro julgado do STJ sobre o tema em comento, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE DE MEDICINA. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não pode a Administração, após ter dispensado o autor de prestar o serviço militar obrigatório por excesso de contingente, renovar a sua convocação depois da conclusão do Curso de Medicina.

Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ. AGREsp nº 1072234/RJ. Sexta Turma. DJ, 02/03/09)

Diante do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, concedendo a tutela requerida para que seja suspensa a convocação militar do agravante.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.023-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)

Agravante: UNIÃO

Agravado: MUNICÍPIO DE SENADOR GEORGINO AVELINO - RN

Adv./Proc.: DR. JOÃO EIDER FURTADO DE MEDEIROS (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. GRAVE LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO. RISCO NÃO DEMONSTRADO.

- Nada obstante inexista prazo legal para apresentação da medida excepcional, como este incidente constitui instrumento de contracautela com vistas a salvaguardar do risco de grave lesão o interesse público, seu manejo deve obedecer à urgência e à rapidez necessárias ao afastamento do periculum in mora.

- Hipótese em que o ato jurisdicional atacado foi exarado em abril/2008, em sede de tutela antecipatória, a qual restou confirmada por sentença prolatada em agosto/2008, tendo o pedido extremo, todavia, somente sido formulado em fev/2009. Assim, o potencial risco de lesão aos bens juridicamente tutelados, alegado pela agravante, esmaece ante o alongado lapso temporal divisado.

- Quanto à regularidade dos ajustes promovidos no FUNDEF, seu exame demanda inevitável incursão meritória, cuja verificação é inadmissível nesta via, sob pena de emprestar-lhe nítida feição recursal.

- A concretização do efeito multiplicador da decisão impugnada, à vista de várias demandas análogas, reclama demonstração de danos in concreto, hipótese aqui não verificada.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto pela União contra decisão que indeferiu pedido de suspensão de execução de tutela antecipada, concedida nos autos de ação ordinária movida pelo Município de Senador Georgino Avelino - RN, com vistas a estornar quantia (R\$ 165.138,25) deduzida pela União, com arrimo na Portaria nº 743/05 do Ministério da Educação, a título de complementação do Fundo de Movimentação e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF.

A agravante sustenta que o estorno determinado na medida antecipatória representa grave lesão à ordem e economia públicas, na medida em que, ao arrepio das balizas estabelecidas na Lei nº 9.494/97, impede a concretização das deduções devidas ao ajuste financeiro do aludido Fundo. Aponta, ainda, o efeito multiplicador advindo da decisão que se busca suspender, tendo em vista a existência de várias demandas idênticas em curso. Por fim, ressalta a existência de precedente favorável no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Intimado para contra-arrazoar o agravo, o Município/requerido deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado (v. fl. 135)

O Ministério Público Federal, instado a se pronunciar, reiterou os termos do parecer que dormita às fls. 96/98, ocasião em que opinou pelo improvemento da suspensão.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão que indeferiu pedido de suspensão de execução de tutela antecipada, concedida com vistas a estornar valor descontado pela União, a título de repasse relativo à complementação do FUNDEF.

A análise da questão a ser dirimida há de ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste

em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público/ flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo em sede do recurso adequado. A suspensão de segurança, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

In casu, não vislumbro a presença dos pressupostos legais.

Nada obstante inexistir prazo legal para apresentação da medida excepcional, como este incidente constitui instrumento de contracautela com vistas a salvaguardar do risco de grave lesão ao interesse público, seu manejo deve obedecer à urgência e à rapidez necessárias ao afastamento do *periculum in mora*.

A esse respeito, trago o escólio de Marcelo Abelha Rodrigues (**in Suspensão de Segurança** – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público, São Paulo: RT, 2ª Ed., 2006, p. 167-168):

Se fizermos uma busca nos dispositivos legais que cuidaram do incidente de suspensão de execução de decisão judicial requerida ao presidente do tribunal competente, veremos que nenhum deles se referiu a prazo para que o legitimado exercesse a medida excepcional. Todavia, pa-

rece-nos que, se o instituto se presta a uma tutela preventiva (de grave lesão ao interesse público), que exige urgência e rapidez, é de bom alvitre que o legitimado utilize a medida o mais rápido possível, não só para evitar que a eficácia da decisão surta efeitos deletérios aos bens da coletividade, mas também para servir de parâmetro da demonstração do *periculum in mora* que está ínsito ao requerimento do incidente. (...).

É óbvio que nessas situações, em que se utiliza tal remédio para suspender a execução já iniciada, será muito mais difícil para o legitimado justificar o interesse no incidente, na medida em que teria demorado tanto tempo para utilizar um instrumento que prima pela urgência e lepidéz. (...).

Na hipótese *sub examine*, o ato jurisdicional atacado foi prolatado em abril/2008, em sede de tutela antecipatória (fl. 28), a qual restou confirmada por sentença em agosto/2008 (fl. 34), tendo o pedido extremo, todavia, somente sido formulado em fev/2009 (fl. 02), pelo que, o potencial risco de lesão aos bens juridicamente tutelados, alegado pela agravante, esmaece ante o alongado lapso temporal divisado.

Quanto às demais questões veiculadas (regularidade dos ajustes promovidos no FUNDEF), seu exame demanda inevitável incursão meritória, a qual, conforme já salientado, não admite verificação nesta via, sob pena de emprestar-lhe nítida feição recursal.

Igualmente, não socorre a agravante a apontada concretização do efeito multiplicador da decisão impugnada, à vista de várias demandas análogas, pois tal alegação reclama demonstração de danos *in concreto*, hipótese aqui não verificada.

Nesse sentido, colaciono o precedente a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA NÃO CONFIGURADAS.

1. No pedido de suspensão não se analisa o mérito da controvérsia, tampouco eventual erro de julgamento ou de procedimento, cuja apreciação deve se dar nas vias recursais ordinárias.

2. A alegação de potencial “efeito multiplicador” da demanda deve vir acompanhada de elementos que a evidenciem.
3. Sem a demonstração do risco de dano alegado, impõe-se o indeferimento do pedido de suspensão proposto como sucedâneo recursal. Precedentes.
4. Agravo Regimental não provido.
(STJ, Corte Especial, AGSS 1480-MT, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29.08.05, p. 132).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.025-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Agravados: MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO E CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ VASCONCELOS DA ROCHA E OUTROS (2º AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA E ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA.

- A teor do art. 4º da Lei nº 4.348/64, a suspensão de execução de sentença proferida contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

- Hipótese em que os pressupostos legais para o deferimento da medida extrema não estão con-

cretamente comprovados, sendo certo que a mera presunção de sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior deste incidente processual, sendo insuficiente, portanto, para o seu acolhimento.

- Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto contra decisão em que se indeferiu pedido de suspensão de execução da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara/RN, que, em ação mandamental, concedeu a segurança e garantiu a Marco Bruno Miranda Clementino e Carlos Wagner Dias Ferreira o direito à participação no concurso para o provimento do cargo de Professor Assistente I, da disciplina de Assistência Jurídica do curso de Direito da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, independentemente de registro na Ordem dos Advogados do Brasil, assegurando-lhes, em caso de aprovação, a nomeação, a posse e o exercício.

A UFRN sustenta, em síntese, que o cumprimento imediato da sentença encontra obstáculo no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, aduzindo que ocasionará, além de prejuízos econômicos, embaraços para as suas atividades de ensino, pois prejudicará a prestação

dos serviços de assistência jurídica aos necessitados, já que os impetrantes, que exercem a magistratura, não dispõem de inscrição na OAB, a qual é indispensável para supervisionar e acompanhar os alunos no desempenho da prática forense real e de outros atos jurídicos extrajudiciais que demandam o auxílio do advogado. Defende, ainda, que a habilitação legal é decorrência lógica do plano, do programa e dos seus objetivos educacionais (autonomia didático-científica), traçados com base em orientações ditadas pelo MEC (Portaria nº 1.886/94). Alfim, afirma que, ao ser executado o *decisum* emanado do Juízo *a quo*, haverá sérios danos à ordem e à economia públicas.

Intimados para responder ao agravo, os recorridos deixaram transcorrer *in albis* o prazo assinalado (v. fl. 203).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 206/210, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

A matéria posta a exame deste egrégio Tribunal diz respeito à sustação do cumprimento da sentença que garantiu aos agravados o direito de participarem de concurso para o cargo de Professor Assistente I, da disciplina de Assistência Jurídica, no âmbito do Departamento de Direito Privado da UFRN, e, caso obtenham êxito, sejam-lhes assegurados a nomeação, a posse e o exercício.

A análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo

em sede do recurso adequado. A medida excepcional, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 4.348/64:

Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

In casu, não vislumbro a presença dos pressupostos legais.

Com efeito, limitou-se a requerente a sustentar a possibilidade de grave lesão à ordem e à economia públicas sem trazer aos autos quaisquer elementos que demonstrem o potencial ofensivo aos bens juridicamente protegidos, sendo certo que a mera presunção de sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior da suspensão de segurança, sendo, portanto, insuficiente para o seu acolhimento. A esse respeito, conferir: STJ, CE, AgRg na SLS 191/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 10.04.06, p. 94.

Registre-se, por oportuno, que a veiculação do presente incidente, além de apresentar nítidas características de sucedâneo recursal, está basicamente voltada a defender uma suposta ofensa à ordem jurídica, a qual não se encaixa dentro do conceito de ordem pública tutelado pela medida extrema.

Convém ressaltar, ainda, que a pretensão deduzida na exordial demonstra, com clareza meridiana, a existência de um litígio entre interesses particulares (dos impetrantes e da UFRN), secundários, passando ao largo de um caso em que se busca proteger interesses públicos primários, escopo por excelência do instituto da suspensão.

Alfim, destaque-se a plausibilidade do direito invocado pelos agravados, uma vez que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) não exige, para o exercício do cargo de professor

universitário, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, de sorte que a previsão constante no edital nº 29/2008, da UFRN, extravasa os limites da razoabilidade.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 279-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, UNIÃO E MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE - PB

Apelados: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, UNIÃO E MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE - PB

Partes Rés: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS E COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF

Advs./Procs.: DRS. ISAAC MARQUES CATÃO E OUTROS (CEF), RODRIGO AZEVEDO GRECO E OUTROS (3º APTE.), PAULO CESAR BEZERRA DE LIMA E OUTRO (1º APDO.) E MAURÍCIO BARBOZA DE MELO (2º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO DE MUNICÍPIO INSCRITO NO SIAFI E NO CADIN POR FORÇA DE IRREGULARIDADES EM CONVÊNIOS CELEBRADOS COM ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. SITUAÇÕES PREVISTAS NA IN/STN Nº 01/97, C/ A REDAÇÃO DADA PELA IN/STN Nº 05/01. SUSPENSÃO DA RESTRIÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

- O pedido da tutela jurisdicional não está condicionado à prévia postulação administrativa. Exigir-se de forma diversa, estar-se-ia negando ao autor direito fundamental contido na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), concernente à inafastabilidade de apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito. Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada.

- Conformando-se o autor com o despacho inicial que determinou o chamamento da CHESF, da ELETROBRÁS e da PETROBRÁS para integrar o pólo passivo da relação processual, a ele caberá arcar com o ônus da sucumbência em relação a ditas empresas, que, ao final do processo, foram consideradas partes ilegítimas. Condenação que se mantém.

- O FDNE e a FUNASA são entes públicos dotados de personalidade jurídica própria, razão pela qual é UNIÃO parte ilegítima para responder pelos atos por elas praticados.

- Cumpridas, pelo ente político (Município de Campina Grande - PB), as exigências contidas no § 2º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, ou seja, (a) ter outro administrador que não o faltoso, (b) comprovar a instauração da devida tomada de contas especial e (c) comprovar a imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do potencial responsável em conta de ativo "Diversos Responsáveis", devem ser anuladas as inscrições de inadimplência registradas no SIAFI e/ou do CADIN pela União e pela CEF, em virtude das situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da referida Instrução Normativa.

- Ainda que tenha sido considerado ilíquido o título executivo relativo aos débitos resultantes da prestação de serviços postais, tal situação não se enquadra naquelas previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação

**dada pela IN/STN nº 05/01. Improcedência da ação em relação à inscrição feita pela ECT.
- Apelações e remessa oficial desprovidas.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações 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, 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações interpostas pelo Município de Campina Grande, pela Caixa Econômica Federal e pela União contra sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que, julgando procedente, em parte, a presente ação de nulidade de ato, determinou que a União e a CEF suspendessem, dentro de suas respectivas competências, as inscrições feitas no CADIN e no SIAFI, referentes a dois convênios, celebrados entre o primeiro apelante e as duas outras recorrentes. (fls. 730/758)

Em seu apelo, de fls. 765/771, insiste a CEF pela improcedência da ação, uma vez que a suspensão das inscrições no CADIN e no SIAFI só se mostra cabível com o atendimento de todas as exigências contidas no § 2º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 01/01, o que não foi feito pelo requerente, apesar de ter instaurado a tomada de contas especial. Alega, portanto, a recorrente que, a prevalecer os fundamentos da sentença recorrida, estará se negando vigência ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da CF, bem como os demais dispositivos do ordenamento jurídico relacionados com a matéria sob exame.

A União, em suas razões de fls. 822/836, suscita a preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que o Município requerente, em momento algum, demonstrou haver sofrido qualquer negativa da Administração à sua pretensão de ver suspensa a restrição decorrente do descumprimento de termos do convênio pela gestão municipal anterior, para que pudesse obter transferências de recursos federais para obras e ações destinadas a suprir as necessidades prementes da população do Município. No mérito, defende os mesmos argumentos apresentados pela CEF, em sua apelação.

Já o último apelante, o Município de Campina Grande, às fls. 775/787, insurge-se contra os itens I, III e VII da r. sentença que: a) excluiu a CHESF, a ELETROBRÁS e a PETROBRÁS do pólo passivo da ação, ao fundamento de que ditas empresas foram chamadas a integrar a lide por determinação do próprio julgador *a quo* (fl. 66); b) reconheceu a ilegitimidade passiva da UNIÃO, quanto às inscrições no CADIN/SIAFI efetivadas pelo FNDE e pela FUNASA, e c) julgou improcedente a ação, em relação à sua inscrição no CADIN efetivada pela ECT, pois, segundo alega, a suspensão da referida inscrição independe do oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, em razão de gozar da presunção de solvabilidade, por ser pessoa jurídica de direito público. Acrescenta, ainda, que a dívida que ensejou a questionada inscrição no CADIN foi considerada ilíquida e incerta por esta egrégia 4ª Turma, nos autos dos Embargos à Execução nº 2005.82.00.012128-5, quando do julgamento da AC 406788-PB, ocorrido em 02.10.2007.

Aduz, por fim, que a Prefeitura Municipal de Campina Grande, através da sua atual gestão, tomou todas as providências possíveis e necessárias de modo a responsabilizar os antigos gestores, não podendo, portanto, ser penalizada, como também a população local, pelos erros das administrações passadas.

Contra-razões apresentadas pela ECT (fls. 804/807), pela PETROBRÁS DISTRIBUIDORAS S/A (fls. 809/818) e pela UNIÃO (fls. 838/847).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, passo a examinar a preliminar suscitada pela UNIÃO, consubstanciada na falta de interesse de agir do autor, o Município de Campina Grande - PB, também apelante.

Alega a União que, em momento algum, o Município autor demonstrou ter sofrido qualquer negativa, por parte da Administração, quanto à sua pretensão de ver suspensa a restrição decorrente do descumprimento de termos do convênio pela gestão municipal anterior, até porque, nos termos do art. 26 da MP nº 2095-74/2001, a alegada restrição encontra-se suspensa para a execução de ações sociais, bastando, portanto, ao referido município levar ao conhecimento da Administração a sua situação concreta, a fim de se adequar ao que se acha previsto na legislação de regência.

Com efeito, diante do dispositivo acima indicado, em princípio, bastaria que o autor pleiteasse administrativamente a suspensão da questionada restrição, o que tornaria desnecessária a invocação da tutela jurisdicional, por não ter se caracterizado, ainda, a resistência à pretensão autoral.

Acontece, que o pedido da tutela jurisdicional não está condicionado à prévia postulação administrativa. O entendimento firmado por este Tribunal é no sentido de que a ausência de tal postulação não constitui óbice à instauração da ação judicial.

Exigir-se de forma diversa, estar-se-ia negando ao autor direito fundamental contido na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), concernente à inafastabilidade de apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Afasto, portanto, a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela União.

Quanto à questão de mérito impugnada tanto pela CEF como pela União, em suas apelações, também não enxergo o que reformar na sentença sob exame, que tão bem analisou a matéria relativa à anulação das restrições feitas ao autor decorrentes de sua inscrição no CADIN e no SIAFI.

Por oportuno, transcrevo trecho do referido julgado, que ora adoto como razão de decidir:

[...]

Desse modo, a suspensão das inscrições no CADIN e no SIAFI só se mostra cabível em uma das seguintes hipóteses:

I - quanto às situações de não prestação de contas, final ou parcial, de recursos recebidos através de convênio ou de não aprovação pelo órgão/ente concedente da prestação de contas por qualquer fato que resulte em prejuízo ao erário, conforme previsto nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, quando a entidade atender aos requisitos previstos no § 2º do mesmo artigo, ou seja, (a) ter outro administrador que não o faltoso, (b) comprovar a instauração da devida de (*sic*) tomada de contas especial e (c) comprovar a imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do potencial responsável em conta de ativo “Diversos Responsáveis” sendo a suspensão da inadimplência realizada por ato expresso do ordenador de despesas do órgão concedente;

II - nessas situações e nas demais, se obtida a suspensão da exigibilidade do crédito originador do registro, seja administrativa ou judicialmente, na forma da lei, ou se ajuizada ação para discutir a existência ou o valor desse crédito e oferecida garantia idônea e suficiente ao Juízo, nos termos da lei.

Quanto à hipótese indicada no item I do parágrafo anterior, entendo que a norma do art. 5º, §2º, da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, dirige-se à regulamentação da atuação do ordenador de despesas do órgão concedente em relação à suspensão da inadimplência, devendo, em relação à postulação judicial desta inadimplência, ser interpretada com algum temperamento em relação aos requisitos ali estabelecidos:

I - pois, das exigências ali feitas, apenas a de ter outro administrador que não o faltoso e a de requerer a instauração de tomada de contas especial estão sob a responsabilidade exclusiva da entidade beneficiária do convênio, vez que a instauração em si da tomada de contas especial e a inscrição, pela unidade de contabilidade analítica do concedente, do potencial responsável em conta de ativo “Di-

versos Responsáveis” são atribuições a serem exercidas pelo concedente;

II - e, portanto, em face do explicitado no item anterior, não pode a demora nessas duas últimas providências ser imputada à entidade beneficiária do convênio, razão pela qual, cumprindo ela as outras duas primeiras exigências referidas ou cumprindo ela a primeira dessas duas outras exigências (ter outro administrador que não o faltoso) e já devendo ter sido realizadas pelo concedente as três outras em face do trâmite da fiscalização da execução do convênio, é de ser-lhe concedida a suspensão judicial da inadimplência registrada no SIAFI e/ou do CADIN em virtude das situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01. (Fls. 750/752).

Examinadas as apelações da CEF e da União, passo a apreciar as razões recursais do Município de Campina Grande, autor desta ação.

Primeiramente, no tocante à insurgência do apelante contra a parte da sentença que excluiu da lide a CHESF, a ELETROBRÁS e a PETROBRÁS, entendo que não lhe assiste razão, pois, se é certo que o chamamento de ditas empresas para integrar o pólo passivo da relação processual decorreu da determinação do Juízo *a quo*, também é certo que, contra a referida decisão, o autor não manifestou a sua irresignação através da interposição de recurso próprio.

Ora, conformando-se o autor com o que restou decidido à fl. 66 e vindo as referidas empresas aos autos, tendo, inclusive, contestado a ação, uma vez reconhecida, ao final, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, é forçoso reconhecer que caberá ao autor arcar com o ônus da sucumbência.

Quanto ao reconhecimento da ilegitimidade passiva da UNIÃO em relação às inscrições no CADIN/ SIAFI efetivadas pelo FNDE e pela FUNASA, entendo, igualmente, não haver o que reformar no *decisum* vergastado, uma vez que o FNDE e a FUNASA são entes públicos dotados de personalidade jurídica própria.

Por fim, sobre a improcedência do pedido em relação à suspensão da inscrição no CADIN efetivada pela ECT, entendo não

prosperarem as alegações em sentido contrário apresentadas pelo apelante.

É que, como bem salientou o MM. Juiz de 1º grau, *in verbis*:

Os documentos de fls. 156/201 indicam que a dívida que levou à inscrição pela ECT do MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE no CADIN diz respeito a débitos relativos a prestação de serviços postais, tendo sido esses débitos objeto de notificação extrajudicial ao referido Município, conforme documentos de fls. 385/386, além de ter o requerente firmado, em sua Administração anterior, o termo de confissão de dívida de fls. 200/201.

Vê-se, pois, que a inadimplência originadora do registro no CADIN realizado pela ECT não se enquadra nas situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, razão pela qual a alegação do requerente de cumprimento em relação a essa inscrição das exigências previstas no parágrafo 2º, do referido dispositivo legal não tem qualquer idoneidade para ensejar a sua suspensão pleiteada na inicial. (Fl. 752) Grifei

Desta forma, ainda que tenha sido considerado ilíquido o título executivo relativo aos débitos resultantes da prestação de serviços postais, como informou o Município recorrente, tal situação não se enquadra naquelas previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01. Improcedência da ação em relação à inscrição feita pela ECT.

Forte nestes fundamentos, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.738-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: RAQUEL MARIA DE FREITAS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. JOSÉ AIRTON GONCALVES DE ABRANTES (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCESSÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO APÓS QUASE 22 ANOS, SOB ALEGAÇÃO DE FRAUDE. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 103-A DA LEI 8.213/91. RESTA-BELECIMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA ADVO-CATÍCIA. ADEQUAÇÃO À SÚMULA 111-STJ.

- No que concerne ao pedido de efeito suspen-sivo ao recurso, tem-se que havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, pode o apelante se valer de uma peculiar medida ante-cipatória (art. 558 do CPC).

- Comprovada a condição de rurícola da deman-dante e a sua incapacidade laborativa permanen-te para o trabalho, através de início de prova material, prova testemunhal e laudo médico ofi-cial, o qual atestou cegueira total (CID: H54.0).

- O cerne da questão diz respeito à possibilidade de a Administração Pública, após passados qua-se 22 (vinte e dois) anos, suspender benefício previdenciário (aposentadoria por invalidez) sob a alegação de fraude em sua concessão, posto que, à época, apenas as mulheres que fossem arrimo de família faziam jus a benefício previ-denciário, o que não era o caso da autora, por-quanto era casada no religioso.

- ***Não há que se falar em má-fé da parte autora na postulação do benefício posto que consoante constatação da própria autarquia previdenciária, a demandante não omitiu o fato, uma vez que juntou ao processo a certidão do casamento religioso***
- ***O benefício foi suspenso em 2006, durante a vigência do artigo 103-A da Lei nº 8.213/91, pelo que resta configurado o prazo decadencial para anulação do ato de concessão do benefício previdenciário da requerente, devendo o mesmo ser restabelecido.***
- ***A verba honorária advocatícia, arbitrada no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, foi fixada de acordo com a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, pelo que mantendo o percentual fixado, e, considerando que não deve incidir sobre parcelas vincendas, hei por bem ajustá-la aos termos da Súmula 111-STJ.***
- ***Apelação e remessa oficial parcialmente providas.***

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 unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Convocado):

I. Exposição da causa

1.1 Sentença

Trata-se de remessa oficial e apelação contra sentença que, antecipando os efeitos da tutela, condenou o INSS a restabelecer o benefício de aposentadoria por invalidez da demandante, desde a data da suspensão, bem como ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

1.2 Razões do(s) recorrente(s)

Requer, inicialmente, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ante o evidente *periculum in mora* inverso.

Aduz, no mérito, que à época da concessão da aposentadoria por invalidez da autora, apenas as mulheres que fossem arrimo de família faziam jus a benefício previdenciário, o que não era o caso da autora, posto que era casada no religioso.

Acrescenta que, uma vez que houve fraude na concessão do benefício, não incide o prazo decadencial previsto no art. 103-A da Lei nº 8.213/91.

Pugna pela reforma da sentença ou, restando vencido, a redução da verba honorária ao percentual de 5% (cinco por cento) sobre as parcelas vencidas.

1.3 - Razões do(s) recorrido(s)

Regularmente intimada, a apelada apresentou contra-razões, defendendo os fundamentos da sentença e requerendo sua ratificação.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Relator Convocado):

II. Fundamentação

1.1 Preliminar

No que concerne ao pedido de efeito suspensivo ao recurso, tem-se que havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, pode o apelante se valer de uma peculiar medida antecipatória (art. 558 do CPC).

Assim, afasto a preliminar suscitada.

1.2 Mérito

A aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprida a carência, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, sendo o benefício pago enquanto permanecer nessa condição.

Ao segurado especial, no entanto, a concessão do benefício em comento independe de carência¹.

No presente caso, a condição de rurícola da autora/apelada, assim como sua invalidez permanente restaram comprovadas através de início de prova material corroborado pela prova testemunhal², bem como pela perícia oficial³ que atestou ser a segurada portadora de cegueira total⁴.

O cerne da questão, no entanto, diz respeito à possibilidade de a Administração Pública, após passados quase 22 (vinte e dois) anos, suspender benefício previdenciário (aposentadoria por invalidez) sob a alegação de fraude em sua concessão, posto que, à época, apenas as mulheres que fossem arrimo de família faziam jus a benefício previdenciário, o que não era o caso da autora, porquanto era casada no religioso.

A Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, dispõe em seu artigo 103-A:

O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Incluído pela Lei nº 10.839/2004)

¹ Art. 26, inciso III, da Lei 8.213/91

² Fls. 27, 33 e 106, respectivamente

³ Fls. 90/91

⁴ CID H 54.0

No presente caso, não há que se falar em má-fé da parte autora na postulação do benefício posto que consoante constatação da própria autarquia previdenciária⁵, a demandante não omitiu o fato, uma vez que juntou ao processo a certidão do casamento religioso.

Ademais, o benefício foi suspenso em 2006, durante a vigência do artigo acima referido, pelo que resta configurado o prazo decadencial para anulação do ato de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez da requerente, devendo o mesmo ser restabelecido.

Neste sentido colaciono jurisprudência desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR RURAL. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO DECADENCIAL. ART. 103-A DA LEI Nº. 8.213/91. RESTABELECIMENTO.

1. Cinge-se a questão em verificar a possibilidade de a administração pública suspender benefício previdenciário (pensão por morte de trabalhador rural), após 20 (vinte) anos de sua concessão.

2. A Lei nº 8.213/91 em seu artigo 103-A, incluído pela Lei nº 10.839/04, reza: “o direito da previdência social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

3. No caso dos autos, o benefício previdenciário foi concedido em 1980 e suspenso em 2001, antes, portanto, da vigência do dispositivo acima citado. Contudo, antes da vigência do mencionado artigo, e sem embargo da inexistência de qualquer previsão legal quanto a prazo para anulação dos atos administrativos, poder-se-ia entender pela existência de um prazo, *de lege ferenda*, não se compadeceria com o nosso ordenamento jurídico, que preza a segurança das relações, a imprescritibilidade, consoante lição de Maria Sylvania Zanella di Pietro, não poderia prevalecer o entendimento segundo o qual a administração pode-

⁵ Fls. 126

ria anular seus atos a qualquer tempo. Seria razoável – e coerente com os princípios de nosso ordenamento – entender-se pela prescritibilidade.

4. Assim, no presente caso, já se consumou o prazo decadencial para a previdência social anular o ato administrativo.

5. Por fim, vale ressaltar, mais uma vez, que, apesar de o art. 103-A da Lei nº 8.213/91 (incluído pela Lei nº 10.839/04) não estar vigente à época dos fatos, sua redação consistiu em mera “positivação” de regras que já constituíam entendimento doutrinário e jurisprudencial.

6. Assim, resta por configurado o prazo decadencial para anulação do ato de concessão do benefício previdenciário (pensão por morte de trabalhador rural) da requerente, devendo o mesmo ser restabelecido como determinou o MM. juiz *a quo*.

7. Honorários advocatícios, em função da remessa oficial, fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), com fundamento no art. 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, diante da simplicidade do feito.

8. Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF5. AC 435454/AL (2008.05.99.000054-1). JUL: 14/02/2008. DJ: 15/04/2008 - PÁG: 513. DES. FEDERAL: JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (SUBSTITUTO). 1ª TURMA. DECISÃO UNÂNIME).

Relativamente à verba honorária advocatícia, arbitrada no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tenho que a mesma foi fixada de acordo com a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, pelo que mantendo o percentual fixado, e, considerando que não deve incidir sobre parcelas vincendas, hei por bem ajustá-la aos termos da Súmula 111 do STJ.

III. Dispositivo

Diante destas razões, **dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial** para ajustar a verba honorária aos termos da Súmula 111 do STJ.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.851-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: MARIA JOSELINA PEREIRA DA SILVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO DA SILVA ARAUJO E OUTRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. RESTABELECIMENTO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. LAUDO MÉDICO PERICIAL COMPROBATÓRIO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA. PORTADORA DE SEQUELAS DE TUMOR CEREBRAL. FATORES SÓCIO-ECONÔMICOS QUE CONDUZEM À IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE LHE GARANTA SUBSISTÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA.

- O benefício de aposentadoria por invalidez é devido ao segurado que, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação, dependendo, para tanto, apenas da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico pericial.

- Restou provado nos autos, através de laudo médico-pericial (fl. 207), que o autor é portador de sequelas por Neuromioma do Acústico à esquerda que comprometem a marcha, fala, audição e visão, patologia de caráter permanente e progressivo, necessitando de tratamento contínuo para evitar o agravamento motor e neurológico, com limitações que o incapacitam para o exercício de atividade laborativa, conforme consta do referido laudo.

- **Comprovada a incapacidade laborativa do segurado, e verificado que se encontra totalmente incapacitado para a reabilitação em outra atividade que lhe garanta a subsistência, deve ser mantida a sentença que lhe concedeu a aposentadoria por invalidez.**
- **Nos casos de benefícios previdenciários, deve ser confirmada a antecipação da tutela contra o INSS, pois o risco de irreversibilidade da medida não deve ser observado em detrimento da própria subsistência do segurado.**
- **Em se tratando de débitos previdenciários, cuja natureza é alimentar, devem incidir juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação (Súmula 204 do STJ).**
- **Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 2851-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação cível do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 17 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta pelo INSS contra sentença de fls. 219/226, da lavra da eminente Juíza Federal da 8ª Vara da SJ/CE que julgou procedente o pedido formulado na peça exordial, determinando ao INSS que seja procedido o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, com a

conversão em aposentadoria por invalidez, em favor da autora, pagando-lhes as parcelas em atraso devidas desde a cessação, acrescidas de atualização monetária e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; a Autarquia Previdenciária foi condenada, ainda, no pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação (Súmula 111 do STJ).

2. O INSS, em sede de razões recursais, alega em síntese que: (a) não poderia ter se concedido antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o que infringe frontalmente o ordenamento jurídico; (b) requer a atribuição de efeito suspensivo à apelação, para que se obste a implantação do benefício; (c) não resta comprovada a incapacidade irreversível e permanente do recorrido e, da mesma forma, não há indicação da data de incapacidade a ensejar a continuidade do pagamento da aposentadoria por invalidez; (d) conforme precedentes jurisprudenciais, quando o laudo não esclarece a data de início da incapacidade, o termo inicial do benefício deve ser a partir do ajuizamento da ação. Requer, por fim, caso seja mantida a decisão de primeiro grau, a modificação do julgado no que se refere à condenação em juros de mora.

3. Contra-razões apresentadas às fls. 255/261.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. A matéria tratada nos presentes autos versa sobre a possibilidade (ou não) de restabelecimento do benefício de auxílio-doença e sua transformação em aposentadoria por invalidez.

2. Aduz o INSS, em preliminar, que não poderia ter se concedida antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o que infringe frontalmente o ordenamento jurídico, assim, requer a atribuição de efeito suspensivo à apelação, para que se obste a implantação do benefício.

3. Respeitando os posicionamentos adversos, entendo que a antecipação de tutela deve ser confirmada, tendo em vista que restou demonstrado, por meio de laudo pericial conclusivo pela

inaptidão ao trabalho, o direito à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ora postulado; restou demonstrado, ainda, por meio de início de prova material corroborada pela prova testemunhal que a autora é segurada especial na qualidade de trabalhadora rural.

4. Ademais, nos casos de benefícios previdenciários, deve-se levar em conta a natureza alimentícia da prestação, cuja demora na concessão pode acarretar graves prejuízos à sobrevivência da demandante. Assim, diante do estado de pobreza da segurada e em face da verossimilhança dos fatos alegados, o risco da irreversibilidade da medida não deve ser observado a ponto de comprometer a proteção de direitos fundamentais, como a própria subsistência do jurisdicionado.

5. Ao adentrar no mérito da demanda, vale tecer algumas considerações acerca do benefício de auxílio-doença e dos requisitos para a sua transformação em aposentadoria por invalidez.

6. O auxílio-doença é benefício pago em decorrência de incapacidade temporária, sendo devido enquanto permanecer a incapacidade, e renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. Conforme preceitua o art. 59 da Lei 8.213/91, 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 sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

7. Compulsando os autos, verifica-se que o INSS concedeu à ora apelada, em 1997, o benefício de auxílio-doença, em razão da mesma encontrar-se incapacitada para o exercício de suas atividades laborais, sendo que o cancelamento do referido benefício previdenciário ocorreu em 2003, quando a perícia médica teria constatado a inexistência de incapacidade para trabalhar.

8. Portanto, o cerne da questão para o restabelecimento do benefício de auxílio-doença é a constatação da incapacidade para o exercício da atividade laborativa.

9. Constata-se, à fl. 207 dos autos, que o perito médico, designado pelo Juízo, concluiu que a autora é portadora de seqüelas por Neuromioma do Acústico à esquerda que comprometem a mar-

cha, fala, audição e visão à esquerda, paralisia facial com acentuado desvio da comissura labial à direita, com limitações que a incapacitam para o exercício de qualquer atividade laborativa.

10. Respondendo aos quesitos, o perito sustentou, ainda, que as seqüelas são de caráter permanente e definitivo necessitando de tratamento continuado para evitar o agravamento motor e neurológico.

11. Observo, *a priori*, que a Autarquia Previdenciária não poderia ter cancelado o auxílio-doença da autora como o fez, em 2003, sem que a mesma estivesse apta a desempenhar sua atividade habitual ou tivesse sido reintegrada ao trabalho em atividade compatível com a sua condição física.

12. O artigo 62 da Lei 8.213/91 prescreve, *in verbis*:

Art. 62 - O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, aposentado por invalidez.

13. Por outro lado, é de se observar que, para conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, outros aspectos relevantes ao caso, como a idade e as condições sócio-econômicas e profissionais, devem ser consideradas, uma vez que o segurado não pode permanecer *ad eternum* percebendo auxílio-doença, ainda que a sua incapacidade laborativa seja parcial.

14. É sabido que a Administração Pública pode rever os seus próprios atos e anulá-los, em caso de vício, ou revogá-los, por inoportunos ou inconvenientes, sendo essa prerrogativa administrativa uma real e inafastável necessidade, em vista de erros, equívocos e fraudes que podem efetivamente ocorrer na confecção dos atos que emite.

15. Entretanto, na suspensão ou cancelamento do mencionado benefício não pode haver quaisquer arbitrariedades por parte da autarquia previdenciária, devendo o ente público, ao verificar qualquer irregularidade, averiguar claramente a recuperação do

segurado e sua possibilidade de reinserção no mercado de trabalho, devendo conceder-lhe, ainda, oportunidade para prestar esclarecimentos e produzir provas que avaliar necessárias.

16. No caso dos autos, é de se considerar que a autora, além de ser portadora de diversas sequelas de tumor cerebral, que a tornam definitivamente incapacitada para o exercício de qualquer atividade laborativa, conforme consta do laudo pericial, é quinquenária (nascida em 1959) e não tem o grau de instrução necessário para a prática de outras atividades, ou seja, para o exercício de profissão que, apesar de não exigir esforço físico, requeira alguma capacidade intelectual; o que seria pura utopia imaginar-se que uma pessoa nessas condições, encontraria facilidade em inserir-se no mercado de trabalho, hipótese sequer possível para aquelas que são jovens, iniciando sua vida profissional, como é sabido.

17. Destaque-se que a disciplina do ordenamento jurídico denominado Direito Previdenciário possui certas especificidades que servem para distingui-la das demais disciplinas, haja vista tratar-se de parte do sistema jurídico que cuida de questões fundamentais para a vida humana, quais sejam a vida e a saúde.

18. Ademais, já é pacífica a jurisprudência pela qual, em face da idade avançada e das peculiaridades do caso, é de ser deferida a aposentadoria por invalidez, cuja situação é sabidamente mais rigorosa, ainda que o autor não seja totalmente incapaz para qualquer atividade, por ausência de condições de ser inserido no mercado de trabalho:

PREVIDENCIÁRIO. INCAPACIDADE LABORATIVA. CONVERSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO NATALINA DEVIDA.

1. Deve-se levar em consideração, para fins de conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, outros aspectos relevantes ao caso, como a idade do autor e as condições sócio-econômicas e profissional de seu trabalho, nos exatos termos do comando do art. 5º da LICC. (TRF5, AC 127.231-PE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, *DJU* 30.10.98, p. 235).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. CONCESSÃO DE

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO.

Comprovado pelo conjunto probatório que o segurado é portador de moléstia que o incapacita para o exercício de atividade habitual e não é passível de reabilitação profissional, concede-se a aposentadoria por invalidez a contar do laudo pericial. (TRF4, AC 200371140015182-RS, Sexta Turma, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, *DJU* 29.09.04, p. 770).

19. Assim, diante dos fundamentos aqui expostos, é mais coerente com o texto constitucional brasileiro, que apregoa com tanta força o dever de observância aos valores da saúde e da vida, entender-se insubsistentes as alegações formuladas no recurso de apelação do INSS, devendo ser mantida a sentença de Primeiro Grau que condenou a Autarquia apelante ao restabelecimento do benefício de auxílio-doença da autora a partir da suspensão indevida, com a transformação em aposentadoria por invalidez, tendo em vista que, em razão de sua limitação física, idade e condições sócio-econômica e profissional, encontra-se insusceptível de reabilitação para o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência

20. Ressalto, por fim, que, nas causas previdenciárias, aplica-se a Lei nº 6.899/81 e suas alterações posteriores no cálculo da correção monetária das parcelas em atraso (Súmula nº 148/STJ), bem assim, sobre os juros de mora, incide o percentual de 1% ao mês, a partir da citação.

21. Tal é o posicionamento uníssono no Superior Tribunal de Justiça, como se depreende da ementa abaixo transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. PERCENTUAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 148/STJ.

1. É entendimento desta Corte que os juros de mora, nas ações previdenciárias, incidem a partir da citação, à razão de 1% ao mês. Aplicação da súmula 204 - STJ. Precedentes.

2. Este Tribunal consolidou o entendimento no sentido do cálculo da correção nos termos da Lei 6.899/81, devendo, entretanto, ser aplicada às parcelas devidas anteriormente ao ajuizamento da ação, ante o caráter alimentar do benefício previdenciário, de acordo com o critério estabe-

lecido pelas Súmulas 43 e 148/STJ. (REsp. 396.424-CE, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU02.09.02, p. 261).

22. Desta forma, tendo em vista os fundamentos expendidos, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantendo a sentença pelos seus próprios e doutos fundamentos.

23. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.263-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: UNIÃO, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA DO NORTE - AL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRs. CARLOS ANDRÉ CANUTO DE ARAÚJO E OUTROS E MICHELALMEIDA GALVÃO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. UNIÃO E CEF. CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DA UNIÃO. CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DA UNIÃO PARA O MUNICÍPIO. CONSTRUÇÃO DE PRAÇA MULTI-USO. IRREGULARIDADES DO MUNICÍPIO PERANTE O CADASTRO ÚNICO DE EXIGÊNCIAS PARA TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS A ESTADOS E MUNICÍPIOS (CAUC), DO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA (SIAFI). NULIDADE DA INSCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL (ARTS. 46 DA LEI 11.178/2005). LIBERAÇÃO DOS RECURSOS. AÇÕES SOCIAIS. ARTS. 25, § 3º, DA LC 101/2000, E 26, § 2º, DA LEI 10.522/2002. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. INCABIMENTO. APELAÇÕES DA UNIÃO E CEF E REMESSA PROVIDAS, EM PARTE. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO IMPROVIDA.

- *A inscrição do Município no Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias para Estados e Municípios (CAUC), do SIAFI, é condição para a realização dos convênios celebrados entre os Estados, Distrito Federal e Municípios e a União, bem como para a liberação de recursos, a teor dos arts. 46 e 47, da Lei 11.178/2005, destinando-se, por conseguinte, a entes adimplentes e inadimplentes, não havendo que se falar em notificação de tal inscrição, como entendeu o Município e o juízo a quo.*
- *A impossibilidade de liberação dos recursos pela CEF deu-se por estar o Município irregular perante o CAUC, do SIAFI.*
- *O Contrato de Repasse 0213632-37/2006 tem natureza de ação social, caracterizadora das exceções apontadas nos arts. 25, § 3º, da LC 101/2000, e 26, § 2º, da Lei 10.522/2002, por se tratar de construção de praça multiuso, oportunizando lazer à comunidade, bem como sendo um recurso social contra a marginalidade.*
- *O Município de Santa Luzia do Norte tem direito líquido e certo à liberação dos recursos pertinentes ao Contrato de Repasse 0213632-37/2006, ainda que se encontre irregular perante o CAUC, do SIAFI, por se tratar de transferência de recursos para ações sociais, mantendo, em parte, a sentença, ainda que por fundamentos diversos.*
- *A majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença, de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos réus, não procede, pois, o valor fixado para a verba honorária deve prestigiar e valorizar o trabalho realizado pelo causídico, o grau de zelo, o lugar da prestação do serviço, a natureza da ação e o tempo em que se processou (apreciação eqüitativa).*
- *Não há que se falar em sucumbência recíproca, uma vez que o Município decaiu de parte mínima do pedido, qual seja a de nulidade de ins-*

crição no CAUC, sendo vencedor do cerne da questão, que é o direito à liberação de recursos do convênio firmado, ainda que inadimplente junto ao CAUC, do SIAFI, estando caracterizada a sucumbência mínima do autor, impondo-se, in casu, a aplicação do disposto no parágrafo único, do art. 21, do CPC, para efeito de condenar apenas os réus ao pagamento dos honorários advocatícios.

- A doutrina e a jurisprudência admitem o cabimento da tutela antecipada no julgamento da apelação.

- Antecipação de tutela concedida, em parte, para a liberação imediata dos recursos ao Município de Santa Luzia do Norte, mantendo sua inscrição no CAUC; dar provimento, em parte, às apelações da União, da CEF e à remessa oficial, bem como negar provimento à apelação do Município.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder, em parte, a tutela antecipada, dar provimento, em parte, às apelações da União, da CEF e à remessa oficial e negar provimento à apelação do Município, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 30 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação ordinária, com pedido liminar, movimentada pelo Município de Santa Luzia do Norte, Estado de Alagoas, contra a Caixa Econômica Federal e a União, tendo em vista o encerramento do

contrato de repasse para a construção de praça multiuso, fl. 12, por expiração do prazo de vigência e impossibilidade de sua prorrogação, em face da inadimplência do Município junto ao Cadastro Único de Convênio (CAUC). Requer, tanto liminarmente quanto no mérito, a nulidade da inscrição do autor no CAUC e a liberação do crédito pela CEF, conforme as medições (da obra) realizadas.

Liminar indeferida, fls. 592-593.

A sentença, fls. 667-675, julgou procedente o petitório emoldurado na inicial, cancelando a inscrição do autor no CAUC e determinando a liberação dos valores pertinentes ao convênio celebrado com o Ministério das Cidades e realizado pela CEF (Contrato de Repasse 0213632-37/2006).

A União apela, fls. 680-692, agitando, preliminarmente, representação ilegal do Município em juízo, em face do art. 12 do CPC, por estar sendo representado por advogado particular, contratado sem licitação. Argúi que o CAUC não se equipara aos cadastros de restrição ao crédito, sendo apenas uma ferramenta útil contendo informações acerca da situação financeira dos entes públicos, nos termos da Instrução Normativa STN 1/2005, destinando-se a entes adimplentes e inadimplentes, sem qualquer distinção.

Atroa que as pendências financeiras do Município em epígrafe é que foram responsáveis pela retenção dos valores recebidos para a construção da obra destacada e não, a inscrição no CAUC, auxiliando o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Argumenta, ainda, o cumprimento da Lei de Diretrizes Orçamentárias, arts. 46 e 47, que prevê consultas e prévia inscrição em tal sistema.

Embargos de declaração interpostos pelo Município, fls. 697-699, pedindo a reapreciação da tutela antecipada, visando à nulidade da inscrição do embargante no CAUC e a condenação das embargadas em honorários advocatícios.

Contrarrazões do Município contra a apelação da União, fls. 708-712.

Pedido de tutela antecipada formulado pelo Município ao juízo de 1º grau, que não o examinou, em face do art. 463 do CPC, fls. 714-715.

A sentença dos embargos, fls. 717-718, condena os réus ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, com lastro no art. 20, § 4º, do CPC. No que tange à reapreciação do pedido de antecipação de tutela, há que se atentar que não tem o magistrado o dever de reapreciar tal pedido por ocasião da sentença, fl. 717.

A CEF apela, fls. 721-730, agitando, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, impossibilidade jurídica do pedido e ausência do interesse processual no aspecto utilidade. No mérito, atoa que o Município não apresentou, dentro do prazo, a Certidão Negativa de Débito do INSS; não estava adimplente junto ao CAUC, a teor do art. 48 da Lei 11.439/2006; a necessidade de estar regular quanto ao pagamento de tributos, multas e demais encargos fiscais, de contribuições devidas ao INSS, de parcelas do FGTS, bem como de prestação de contas de recursos anteriormente recebidos da União, com fincas no art. 3º, II, a e § 3º, da Instrução Normativa STN 01/2001 da Secretaria do Tesouro Nacional. Por fim, salienta que o Ofício GIDUR 0548/2008, enviado em 17 de abril de 2008, pode ser considerado substitutivo da notificação exigida pelo juízo *a quo*.

O Município de Santa Luzia do Norte apela do valor fixado para os honorários advocatícios, requerendo sua majoração, fls. 738-743.

Ratificação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, fls. 745-746, instruído com documentos, sobre a qual o juízo *a quo* despachou no sentido de ser impossível ao magistrado a apreciação de tal requerimento, em face do art. 463 do CPC, porque consiste em atividade inovadora incompatível com a fase atual do feito, já com sentença prolatada. Nada impede, entretanto, venha o egrégio TRF 5ª Região apreciar e mesmo deferir a medida, fl. 753.

Contrarrrazões do Município à apelação da CEF, fls. 757-761.

Contrarrrazões da União contra a apelação do Município, fls. 765-767.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Inicialmente, analiso as várias preliminares arguidas pela União e CEF, para afastá-las.

O Município de Santa Luzia do Norte está representado nos autos pelo Sr. Michel Almeida Galvão, no exercício do cargo comissionado de Sub-Procurador Adjunto, da Procuradoria Municipal, fl. 09, portanto, por servidor público investido em função própria para o desempenho da atividade de representação em juízo do Município respectivo. Diferentemente do que afirma a União, dizendo tratar-se de advogado particular, fl. 683: *Entretanto, observa-se na presente lide que o município em questão está sendo representado nos autos por advogado particular, o que nos afigura ilícito, pois tal contratação não prescinde de licitação, mormente por se tratar de um serviço técnico especializado, conforme se extrai da dicção do art. 13 da Lei 8.666/93, a seguir transcrita: (...).*

Relativamente à preliminar de ausência de interesse processual no aspecto utilidade, tenho que não assiste razão à CEF, porque as decisões judiciais não se subordinam à disponibilidade orçamentária de exercícios financeiros.

Adoto como razões de decidir, no que tange às demais preliminares agitadas pela CEF, os fundamentos da sentença, que por oportuno transcrevo trechos, fls. 669-670:

(...) Começo pela ilegitimidade passiva, dizendo que, apesar de anuir com os pressupostos teóricos do instituto traçados pelo banco oficial, discordo da aplicação deles ao caso concreto. Embora a CEF afirme ser mera agente operadora, nessa condição praticou atos jurídicos, os quais obstaram o acesso do Município a valores do convênio. Os motivos que levaram a essa medida, sejam eles o cumprimento de orientações da União Federal ou a observância de regras contratuais, não afastam a relação entre o Banco e o demandante, podendo refletir-se, quando muito, em possíveis demandas dentre a CEF e a outra ré. É visível o direcionamento de pedido contra a Caixa Econômica Federal, mesmo porque foi ela a responsável por obs-

*tar o pagamento do valor conveniado.
Ainda no campo das preliminares, incidiu em grave equívoco a instituição financeira ao invocar a impossibilidade jurídica do pedido, pois confundiu a aludida preliminar com o próprio mérito da demanda. (...)*

Rejeito as preliminares agitadas.

Passo à análise do mérito arguido na apelação da CEF.

Trata-se de pedido de nulidade da inscrição do autor perante o CAUC e de liberação do crédito pela CEF (Contrato de Repasse 0213632-37/2006), firmado entre o Município de Santa Luzia do Norte e a União. O termo final do contrato foi em 28 de dezembro de 2007, fl. 12.

A IN STN 01/97, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos, em seus arts. 3º, § 1º, 4º, III, e 5º, com alterações posteriores, determina:

Art. 3º A obrigação de os entes federativos e respectivos órgãos ou entidades vinculados comprovarem sua situação de regularidade, perante os órgãos ou entidades públicos federais, e o atendimento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal será procedida mediante apresentação da devida documentação impressa ou, alternativamente, conforme previsto na lei federal de diretrizes orçamentárias, via consulta ao Cadastro Único de Convênio (Cauc), de que trata a Instrução Normativa nº 1, de 17 de outubro de 2005, desta Secretaria.

§ 1º A comprovação de que trata o *caput* deste artigo deve ser realizada no ato de celebração (assinatura) do convênio ou respectivos aditamentos, se houver, e quando da liberação de cada parcela de recursos envolvidos.

(...)

Art. 4º Atendidas as exigências previstas no artigo anterior, o setor técnico e o de assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente, segundo as suas respectivas competências, apreciarão o texto das minutas de convênio, acompanhado de:

(...)

III - comprovante pertinente à pesquisa do concedente junto aos seus arquivos e aos cadastros a que tiver acesso,

em especial ao Cadastro do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI e ao Cadastro Informativo - CADIN, demonstrando que não há quaisquer pendências do proponente junto à União, à entidade da Administração Pública Federal indireta ou a entidade a elas vinculada; e

(...)

Art. 5º É vedado:

I - celebrar convênio, efetuar transferência, ou conceder benefícios sob qualquer modalidade, destinado a órgão ou entidade da Administração Pública Federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, ou para qualquer órgão ou entidade, de direito público ou privado, que esteja em mora, inadimplente com outros convênios ou não esteja em situação de regularidade para com a União ou com entidade da Administração Pública Federal indireta;

A inscrição do Município no Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias para Estados e Municípios (CAUC), do SIAFI, é condição para a realização dos convênios celebrados entre os Estados, Distrito Federal e Municípios e a União, bem como para a liberação de recursos, a teor dos arts. 46 e 47 da Lei 11.178/2005, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006, *in verbis*:

Art. 46. A comprovação da entrega dos documentos exigidos dos Estados, Distrito Federal e Municípios pelos órgãos concedentes, para a celebração de instrumento de transferência voluntária, deverá ser feita por meio de extrato emitido pelo subsistema Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para Estados e Municípios - CAUC do SIAFI, instituído pela Instrução Normativa MF/STN no 01, de 4 de maio de 2001, ou outro que vier a substituí-lo.

§ 1º O conveniente será comunicado pelo órgão concedente da ocorrência de fato que motive a suspensão ou o impedimento de liberação de recursos a título de transferências voluntárias.

§ 2º A Secretaria do Tesouro Nacional manterá na internet relação atualizada dos entes que apresentarem motivos de suspensão ou impedimento de transferências voluntárias.

Art. 47. Nenhuma liberação de recursos transferidos nos

termos desta Subseção poderá ser efetuada sem o prévio registro nos subsistemas CAUC e Cadastro de Convênios do SIAFI, observado o disposto no § 3º do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 2000, disciplinada pela Instrução Normativa no 1, de 4 de maio de 2001, da Secretaria do Tesouro Nacional.

O mencionado art. 25, § 3º, da Lei Complementar 101/2000 apregoa:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

No mesmo diapasão, o art. 26, § 2º, da Lei 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades não federais, preconiza:

Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo aos débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, exceto quando se tratar de transferências relativas à assistência social.

Depreende-se, a teor dos arts. 46 e 47 da Lei 11.178/2005, que a inscrição no sistema CAUC do SIAFI destina-se a entes adimplentes e inadimplentes, não havendo que se falar, em notificação de tal inscrição, como entendeu o Município e o juízo *a quo*. Providas, em parte, as apelações da União e da Caixa Econômica, bem como à remessa oficial, no que tange a este aspecto.

O segundo ponto a ser discutido, é a impossibilidade de liberação dos recursos pela CEF por estar o Município irregular perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios (CAUC), do SIAFI, fl. 16.

Ressalto que o objeto do termo de contrato firmado consiste na transferência de recursos financeiros da União para a construção de praça multi-uso com jardins, no Município de Santa Luzia do Norte, fl. 12, ou seja, para ações sociais. Explico.

O Contrato de Repasse 0213632-37/2006 tem natureza de ação social, caracterizadora das exceções apontadas nos dispositivos legais acima transcritos, por se tratar de construção de praça multiuso, oportunizando lazer à comunidade, bem como sendo um recurso social contra a marginalidade.

No mesmo sentido, precedentes deste Tribunal:

[1] Administrativo. Mandado de Segurança. CEF. Contrato de repasse de recursos financeiros da União para o Município. Execução de unidades habitacionais. Irregularidades do Município perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios (CAUC) e Sistema de Administração Financeira (SIAFI). Prorrogação do contrato. Ações sociais. Arts. 25, § 3º, da LC 101/2000, e 26, § 2º, da Lei 10.522/2002. Apelação e remessa improvidas.

1. Impossibilidade de prorrogação contratual no âmbito administrativo, por estar o Município irregular perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios, bem como junto ao Sistema de Administração Financeira, a teor da IN 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional.

2. O objeto do termo de contrato firmado consiste na transferência de recursos financeiros da União para a execução de construção de unidades habitacionais, no Município de Tenório, Estado da Paraíba.

3. Não assiste razão à CEF, porque o Contrato de Repasse 0195386-69/2006 tem natureza de ação social, caracterizadora das exceções apontadas nos arts. 25, § 3º, da LC 101/2000, e 26, § 2º, da Lei 10.522/2002.

4. O Município de Tenório tem direito líquido e certo à prorrogação do Contrato de Repasse 0195386-69/2006, ainda

que se encontre irregular perante o CAUC e SIAFI, por se tratar de transferência de recursos para ações sociais, devendo, por conseguinte, ser mantida a concessão da segurança.

5. Apelação e remessa improvidas (APELREEX 2214-PB, de minha relatoria, julgado em 19 de março de 2009).

[2] Administrativo. Ação ordinária. Transferência voluntária de recursos federais. Obstáculo. Restrição registrada no SIAFI, por inadimplência. Ações sociais. Inteligência dos artigos 26 da Lei nº 10.522/2002, e 25, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2001.

1. A restrição ao repasse de recursos federais, por transferência voluntária, em decorrência de inadimplência do Município, registrada no SIAFI, não se aplica quando se cuida de verbas destinadas a ações sociais, conforme os artigos 26, da Lei nº 10.522/2002, e 25, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2001.

2. Como os recursos previstos nos contratos em questão tinham a referida natureza, não existe o óbice alegado pela Caixa Econômica Federal - CEF à assinatura dos mesmos e à sua execução.

3. Apelação improvida (AC 338.816-PB, Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgado em 16 de dezembro de 2004).

[3] Agravo. Administrativo. Inscrição do Município no cadastro de inadimplentes. SIAFI/CADIN. Transferência de recursos. Possibilidade.

I - Não deve prosperar a alegação de ilegitimidade da União, pois, embora o convênio que gerou a inscrição do Município no CADIN tenha sido realizado com a FUNASA, é a União quem repassa as verbas destinadas à execução de ações sociais em faixa de fronteira.

II. Encontrando-se o Município com o seu nome inscrito no SIAFI/CADIN, em razão da existência de débito decorrente do descumprimento de convênio em gestão anterior, tem-se como descabida a retirada da inscrição no órgão referido, enquanto pendente o débito municipal.

III. Tal entendimento não traz gravames ao Município vista que a Lei Complementar 101/2000 e a Lei 10.522/2002 não obsta a transferência de verbas públicas federais, em função de inadimplência verificada, para os setores de saúde, educação e social, que não podem ficar paralisados.

IV. Agravo de instrumento improvido. Embargos declaratórios prejudicados (AGTR 87.309-PB, Des. Margarida Cantarelli, julgado em 15 de julho de 2008).

Nesse aspecto, assento que o Município de Santa Luzia do Norte tem direito líquido e certo à liberação dos recursos pertinentes ao Contrato de Repasse 0213632-37/2006, ainda que se encontre irregular perante o CAUC, do SIAFI, por se tratar de transferência de recursos para ações sociais, mantendo, em parte, a sentença, ainda que por fundamentos diversos.

Relativamente à apelação do Município que pleiteia a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença, de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos réus, não procede, pois, o valor fixado para a verba honorária deve prestigiar e valorizar o trabalho realizado pelo causídico, o grau de zelo, o lugar da prestação do serviço, a natureza da ação e o tempo em que se processou (apreciação eqüitativa).

Ressalto, a despeito dos honorários, que não há que se falar em sucumbência recíproca, uma vez que o Município decaiu de parte mínima do pedido, qual seja a de nulidade de inscrição no CAUC, sendo vencedor do cerne da questão, que é o direito à liberação de recursos do convênio firmado, ainda que inadimplente junto ao CAUC, do SIAFI, estando caracterizada a sucumbência mínima do autor.

Impõe-se a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC, para efeito de condenar apenas os réus ao pagamento dos honorários advocatícios.

No que tange à concessão de tutela antecipada no julgamento da apelação, a doutrina e a jurisprudência têm permitido seu deferimento a qualquer tempo, entendendo, inclusive, ser ela cabível em qualquer instância recursal, com o intuito de dar maior efetividade ao processo, a teor do que Humberto Theodoro Júnior afirma *in* Tutela antecipada e Tutela cautelar, Revista Forense, v. 342, p. 116:

O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para postulação e deferimento da antecipação da tutela. Poderá tal

ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória [...] Mesmo após a sentença e na pendência do recurso será cabível a antecipação da tutela, caso em que medida será endereçada ao tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os pressupostos [...] Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência de medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.

Nesse sentido, precedentes deste Tribunal: AC 358.604-RN, Des. Ridalvo Costa, julgado em 04 de agosto de 2005; ANTAC 280.470-RN, Des. Napoleão Maia Filho, julgado em 10 de dezembro de 2002.

Por este entender, concedo, em parte, a tutela antecipada para a liberação imediata dos recursos ao Município de Santa Luzia do Norte, mantendo a sua inscrição no CAUC; dou provimento, em parte, às apelações da União, da CEF e à remessa oficial, bem como nego provimento à apelação do Município.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.320-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Apelado: ANDREO ALEKSANDRO NOBRE MARQUES
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Procs.: DR. EDUARDO SERRANO DA ROCHA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. CARGO DE PROFESSOR ASSISTENTE. DISCIPLINA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA.

REGISTRO PERANTE A OAB. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. JUIZ DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

- Os objetivos e o conteúdo a serem apresentados na disciplina Assistência Jurídica encontram identidade com as atividades vivenciadas pelo magistrado tanto quanto as de qualquer outro candidato que possua o título de mestre e o efetivo registro na OAB.

- A “atuação advocatícia” a que se refere a UFRN, diante dos termos do edital, é apenas presumida, já que apenas se exige o registro na ordem e não atestado de atividade jurídica específica.

- As Universidades têm o poder de decidir sobre as matérias que serão ministradas em cada semestre letivo dos diversos cursos oferecidos, bem como os dias e horários em que serão disponibilizadas, dentro de um planejamento necessário à melhor formação de seus alunos. Inobstante se trate de caso sujeito à discricionariedade da Administração Pública, a quem incumbe avaliar a situação com uma certa margem de liberdade, devem ser levadas em consideração as circunstâncias concretas do caso e o interesse público.

- A discricionariedade não deixa a Administração totalmente livre para decidir os fatos que lhe são submetidos. Deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. Onde tal discricionariedade não autoriza a imposição de restrições ao livre desempenho de atividade profissional, no caso de magistério, inclusive com atuação constitucionalmente assegurada.

- A imposição do requisito de registro na ordem para o cargo de professor Assistente da disciplina Assistência Jurídica do Departamento de Direito privado da UFRN não possui qualquer am-

paro legal. A ilegalidade do ato de impedimento de nomeação, posse e exercício do referido cargo de professor permite ao Poder Judiciário interferir na seara administrativa da Instituição de Ensino, para afastar tal exigência.

- Inócuo falar sobre relevância da atuação advocatícia no núcleo de assistência jurídica, já que não se resume em exercício da advocacia o objetivo/conteúdo da disciplina em epígrafe, nem são as “práticas peculiares” desenvolvidas no núcleo de assistência jurídica da UFRN que respaldam a exigência de registro na ordem, posto que em total afronta ao Princípio da Reserva legal.

- A atividade jurisdicional é bastante flexível, no sentido de que não se restringe ao horário do Fórum, nem está limitada a este ou aquele turno. De modo que à Universidade cabe tão-somente verificar a atuação do docente nessa condição, se condizente ou não com as atividades letivas programadas, e não pretender vedar o acesso à carreira de magistério ao que possui a condição de magistrado, quando o próprio Judiciário assim não o faz.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 2 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Andreo Aleksandro Nobre Marques impetrou mandado de Segurança contra ato do reitor da UFRN, objetivando ver assegurada a nomeação, a posse e o conseqüente exercício no cargo de professor assistente I da disciplina Assistência Jurídica, para o qual foi aprovado dentro do número de vagas, independentemente de registro perante a OAB - Ordem dos Advogados do Brasil, posto que encontra-se impossibilitado de cumprir tal exigência editalícia, em virtude de exercer o cargo de juiz de direito.

Liminar deferida, às fls. 39/40, em 27.12.08. Parecer ministerial opinando pela concessão da ordem.

Ao final, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança. Duplo grau obrigatório.

Inconformada, apela a UFRN, com as razões de fls. 143/159, argumentando sobre a discricionariedade do Administrador e a impossibilidade do Judiciário analisar o mérito do ato; sobre a motivação e a legalidade do ato administrativo, em respeito ao edital do concurso; sobre relevância da atuação advocatícia no núcleo de assistência jurídica e a violação da isonomia da carreira e, ainda, sobre a incompatibilidade de horário entre o exercício da magistratura estadual e o magistério na disciplina assistência jurídica. Pede efeito suspensivo ao recurso.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, ressalto para o fato de que o requisito exigido, constante do Anexo I do edital nº 29/2008, a que se refere a presente demanda, para o candidato a lecionar a disciplina de Assistência

Jurídica do Departamento de Direito Privado da UFRN, consistiu em “Mestrado em Direito e Registro na OAB”.

De maneira que o cerne da questão posta nos autos refere-se à exigibilidade desse registro para o candidato aprovado no certame que, apesar de ter obtido aprovação no cômputo geral das provas que constituíram o exame da ordem realizado perante a Seccional do Rio Grande do Norte, não possui o referido registro na OAB/RN por estar impossibilitado de obtê-lo em virtude de exercer o cargo de juiz de direito.

A CF/88, em seu artigo 95, parágrafo único, assim dispõe:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

(...)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Por sua vez, a Lei nº 8.909/94, em seu artigo 28, inciso II, dispõe:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

(...)

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8).

Ocorre que, no caso em tela, conforme exposto no relatório, não se trata de exercício de advocacia, mas de lecionar a disciplina “assistência Jurídica”, a qual possui desdobramentos, quais sejam: Assistência Jurídica I; Assistência Jurídica II; Assistência Jurídica III e Assistência Jurídica IV, cujas ementas dos programas (fls. 98/108) oferecidos pela própria Universidade apresentam como conteúdo o seguinte:

Assistência Jurídica I: Adquirir conhecimentos das carreiras jurídicas e da possibilidade de solução por conciliação.

Assistência Jurídica II: Relacionamento do estagiário com o cliente. Atendimento. Identificação de problemas. Soluções. Elaboração de petições. Reciclagem processual, elaboração de termos de conciliação arbitral.

Assistência Jurídica III: Relacionamento do estagiário com o cliente. Atendimento. Identificação de problemas. Soluções. Elaboração de petições. Reciclagem processual. Recursos. Execuções Penais. Participação e Assistência nos atos Processuais.

Assistência Jurídica IV: Funcionamento do Poder Judiciário e mecanismo das audiências e do Juízo Arbitral. Atividades reais e simuladas, visitas.

Como visto, sem dúvida, os objetivos e o conteúdo a serem apresentados na referida disciplina encontram identidade com as atividades vivenciadas pelo impetrante na sua atividade de magistrado tanto quanto a de um outro candidato que possua o título de mestre e o efetivo registro na OAB. Ademais, também resta evidente que a “atuação advocatícia” a que se refere a UFRN, diante dos termos do edital, é apenas presumida, já que apenas se exige o registro na ordem e não atestado de atividade jurídica específica.

Quanto à discricionariedade do Administrador observamos que as Universidades tem o poder de decidir sobre as matérias que serão ministradas em cada semestre letivo dos diversos cursos oferecidos, bem como os dias e horários em que serão disponibilizadas, dentro de um planejamento necessário à melhor formação de seus alunos.

Assim, embora entenda que se trate de caso sujeito à discricionariedade da Administração Pública, a quem incumbe avaliar a situação com uma certa margem de liberdade, devem ser levadas em consideração as circunstâncias concretas do caso e o interesse público.

Nesse sentido, a discricionariedade não deixa a Administração totalmente livre para decidir os fatos que lhe são submetidos. Deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob

pena de desvirtuamento. Da mesma forma, concordo com o entendimento de que os critérios de oportunidade e conveniência da Administração encontram os seus limites na lei.

Assim, mister se faz ressaltar que tal discricionariedade não autoriza a imposição de restrições ao livre desempenho de atividade profissional, no caso de magistério, inclusive com atuação constitucionalmente assegurada.

Desse modo, não se trata de questionamento sobre a motivação do ato administrativo, mas sobre sua ilegalidade, inobstante constar a exigência do referido registro no edital do concurso.

O controle do ato administrativo a cargo do Poder Judiciário dá-se, apenas, quanto aos aspectos da legalidade, de forma que, no caso em tela, mesmo existindo as razões fáticas/jurídicas determinantes do ato, sem dúvida, a imposição do requisito de registro na ordem para o cargo de professor Assistente da disciplina Assistência Jurídica do departamento de Direito privado da UFRN não possui qualquer amparo legal. Onde a ilegalidade do ato de impedimento de nomeação, posse e exercício do referido cargo de professor permite ao Poder Judiciário interferir na seara administrativa da Instituição de Ensino, para afastar tal exigência.

Inócuo falar sobre relevância da atuação advocatícia no núcleo de assistência jurídica, porque, conforme anteriormente exposto, não se resume em exercício da advocacia o objetivo/conteúdo da disciplina em epígrafe, nem são as “práticas peculiares” desenvolvidas no núcleo de assistência jurídica da UFRN que respaldam a exigência de registro na ordem em total afronta ao Princípio da Reserva legal.

Bem como incabível falar em violação da isonomia da carreira, visto que o concurso destina-se a preencher cargo de professor e não de advogado/defensor público.

Quanto à alegada incompatibilidade de horário entre o exercício da magistratura estadual e o magistério na disciplina Assistência Jurídica, concordo com o entendimento de que o mote principal é que a atividade de magistério não inviabilize a atividade jurisdicional, a qual, por sua vez, é bastante flexível, no sentido de que não se restringe ao horário do fórum, nem está limitada a este ou

aquele turno. De modo que à Universidade cabe tão-somente verificar a atuação do docente nessa condição, se condizente ou não com as atividades letivas programadas, e não pretender vedar o acesso à carreira de magistério a este ou aquele, em razão de sua condição de magistrado, quando o próprio Judiciário assim não o faz.

Por óbvio, resta negado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Diante do exposto, **nego provimento à remessa oficial e à apelação.**

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 338.433-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: LUCIANO VILAR WANDERLEY NOBREGA E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. DANIELLE PEDROSA DE CARVALHO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA PUNITIVA. REDUÇÃO. ADI 551/RJ. POSSIBILIDADE. TDA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. DEC. 587/92. SISTEMÁTICA DE TRANSFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DEC. 587/92. IMPROCEDÊNCIA. TUTELA ANTECIPATÓRIA. CAUSA DE SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151, V, DO CTN. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO NO CADIN. - Trata-se de ação visando, em síntese, a exclusão da multa moratória aplicada pelo Fisco, bem como o reconhecimento de seu direito à compensação do valor do tributo com Títulos da Dívida Agrária de que é cessionário.

- *O Supremo Tribunal Federal, bem como este Tribunal, entendem ser possível, pelo Poder Judiciário, a redução de multa moratória, com base no princípio constitucional do não confisco. Precedentes.*
- *Entretanto, verifico no Demonstrativo de Multa e Juros de Mora do IRPF (fl. 43) que a multa de 300% aplicada ao contribuinte não tem caráter moratório, mas punitivo.*
- *Ainda assim, ao julgar a ADI 551/RJ de 24/10/2002, os Ministros do Supremo consideraram que a desproporção entre a obrigação principal, o tributo, e a multa, acessório, evidencia seu caráter confiscatório. Portanto, reduzo a multa para o percentual de 75%, respeitando assim a proporcionalidade entre o tributo e a multa, sem desnaturar seu caráter punitivo.*
- *Quanto à natureza cambiforme dos Títulos da Dívida Ativa, é de se observar o procedimento disposto no Dec. 578 de 1992, que estabelece uma série de regras para sua transferência. A mera titularidade, portanto, de TDA's não gera direito à compensação.*
- *Não vislumbro nenhum tipo de inconstitucionalidade formal no referido Decreto, que buscou dar maior controle aos referidos títulos.*
- *Mantenho a decisão do Juízo de Primeiro Grau, garantindo ao autor o direito de não ver seu nome suspenso no CADIN, visto que a decisão tem natureza de antecipação de tutela, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, conforme o art. 151, V, do CTN.*
- *Apelação da parte autora parcialmente provida, para reduzir o percentual da multa punitiva para 75%. Apelação da Fazenda Nacional improvida.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à ape-

lação da parte autora e negar provimento à apelação da Fazenda Nacional, 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, 23 de abril de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelação da parte autora e da Fazenda Nacional em adversidade à sentença (fls. 287/291), que julgou parcialmente procedente o pedido da parte requerente, para reconhecer seu direito de não ter seu nome inscrito no CADIN até o final do processo em curso, sem, contudo, acolher os pedidos de diminuição do valor da multa aplicada e de compensação do valor do tributo com Títulos da Dívida Agrária (TDAs).

A parte autora, em suas razões recursais (fls. 294/304), reitera a ilegalidade da cobrança da multa de 300%, de nítido caráter confiscatório e que os Títulos da Dívida Agrária possuem natureza cambiforme. Também alega a inconstitucionalidade formal do Decreto nº 578/92.

Em sua apelação, a Fazenda Nacional defende a constitucionalidade da inscrição no CADIN, sob o argumento de que a instituição do CADIN visa preservar o interesse da União na proteção dos recursos públicos.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O autor propôs ação visando, em síntese, a exclusão da multa moratória aplicada pelo Fisco, bem como o reconhecimento de seu direito à compensação do valor do tributo com Títulos da Dívida Agrária de que é cessionário.

O Supremo Tribunal Federal, bem como este Tribunal, entendem ser possível, pelo Poder Judiciário, a redução de multa moratória, com base no princípio constitucional do não confisco, em patamares de 20 a 30% da obrigação principal:

RE/492842 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão que reduziu, de 75% para 20% do valor principal, o montante da multa moratória imposta ao contribuinte. Sustenta a União que a multa é mera penalidade pecuniária não abarcada pela vedação constitucional do art. 150, IV, o qual somente se aplicaria a tributos (fls. 271-282). **É antiga a orientação da Segunda Turma no sentido de que a multa moratória, quando estabelecida em montante desproporcional, tem feição confiscatória e deve ser reduzida (cf. RE 91.707, rel. min. Moreira Alves, DJ de 29.02.1980, e RE 81.550, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13.06.1975). Esse entendimento foi confirmado pelo Pleno por ocasião do julgamento da ADI 551 (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 14.02.2003). Na oportunidade, a Corte concluiu que a multa tem caráter confiscatório quando revela desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica.** Eis a ementa dessa decisão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2º E 3º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA.

A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal.

Ação julgada procedente.

Por outro lado, o Tribunal já decidiu que multas estabelecidas nos percentuais de 20% ou 30% do valor do imposto

devido não são abusivas nem desarrazoadas, portanto não implicam necessariamente ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Nesse sentido: RE 239.964 (rel. min. Ellen Gracie, DJ de 09.05.2003) e RE 220.284 (rel. min. Moreira Alves, DJ de 10.08.2000). Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. Brasília, 28 de setembro de 2006. Ministro JOAQUIM BARBOSA, Relator.

Acórdão AC 328043/PE

Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região

Classe: AC - Apelação Cível

Número do Processo: 2002.83.08.000110-2

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Desembargador Federal UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Data Julgamento: 16/10/2008

Documento nº: 175322

Ementa: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. CONTRIBUIÇÃO RELATIVA A AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. LEGITIMIDADE DE SUA EXIGÊNCIA ASSENTADA, ITERATIVAMENTE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC COMO JUROS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE. TRIBUTO NÃO PAGO EM MOMENTO OPORTUNO. **APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA DE 20%**. PRINCÍPIOS MAGNOS DA PROPORCIONALIDADE E DO NÃO-CONFISCO.

- A contribuição relativa a autônomos e administradores deve ser cobrada, *in casu*, a se identificar que o valor do crédito a ser compensado pela recorrente não foi suficiente para extinguir o crédito tributário em discussão, mantendo-se a execução no valor que resultar do encontro de contas

- É legítima a cobrança da contribuição para o INCRA.

- A utilização da SELIC, em substituição à taxa de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, prevista no Código Tributário Nacional, não constitui ilegalidade, a teor dos arts. 84, I, da Lei nº 8.981/95 e 13 da Lei nº 9.065/95. precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

- Quanto à fixação da multa, acompanha-se o entendimento desta eg. Primeira Turma no sentido de que a mesma não deve representar uma afronta ao princípio constitucional do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, bem como ao princípio da proporcionalidade, pelo que se impõe uma redução do percentual para 20% (vinte por cento).

- Apelação parcialmente provida.

Entretanto, verifico no Demonstrativo de Multa e Juros de Mora do IRPF (fl. 43) que a multa de 300% aplicada ao contribuinte não tem caráter moratório, mas punitivo, de acordo com o art. 4º, II, da Lei 8.218/91.

Ainda assim, ao julgar a ADI 551/RJ de 24/10/2002, os Ministros do Supremo consideraram que a desproporção entre a obrigação principal, o tributo, e a multa, acessório, evidencia seu caráter confiscatório. Portanto, reduzo a multa para o percentual de 75%, respeitando assim a proporcionalidade entre o tributo e a multa, sem desnaturar seu caráter punitivo.

Quanto à natureza cambiforme dos Títulos da Dívida Ativa, é de se observar o procedimento disposto no Dec. 578 de 1992, que estabelece uma série de regras para sua transferência. A mera titularidade, portanto, de TDA's não gera direito à compensação.

Tampouco vislumbro nenhum tipo de inconstitucionalidade formal no referido Decreto, que buscou dar maior controle aos referidos títulos.

Mantenho a decisão do Juízo de Primeiro Grau, garantindo ao autor o direito de não ver seu nome suspenso no CADIN, visto que a decisão tem natureza de antecipação de tutela, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, conforme o art. 151, V, do CTN.

Por tais razões, dou parcial provimento à apelação da parte autora, reduzindo o percentual da multa punitiva para 75%, e nego provimento à apelação da Fazenda Nacional.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 417.607-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: MARIA CLÉCIA DOS SANTOS VICENTE E OUTROS
E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. GENNEDY MARCELO LEITE PATRIOTA E
OUTROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA DE FALECIDO SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA, COM COLHEITA DE PROVA, RECONHECENDO O PERÍODO RECLAMADO. EXISTÊNCIA. CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA. COMPROVAÇÃO. CERTIDÃO DE NASCIMENTO DE DOIS FILHOS DO CASAL (FLS. 10/11). CERTIDÃO DE ÓBITO, CONSTANDO A AUTORA COMO DECLARANTE (FL. 15); CONTAS COMPESA E CELPE, COM O MESMO ENDEREÇO, CONSTANDO O NOME DO FALECIDO E DA AUTORA, RESPECTIVAMENTE. EXISTÊNCIA. TERMO A QUO DO BENEFÍCIO. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. RETIFICADO PARA 14.04.03 (FL. 31). JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% AO MÊS, A CONTAR DA CITAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL DE 10% SOBRE AS PRESTAÇÕES VENCIDAS. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

- O benefício de pensão por morte é devido para companheira de falecido segurado, desde que comprovada a qualidade de segurado do de cujus, in casu, através de sentença trabalhista, onde houve a produção de prova (fls. 20/29), e a condição de companheira, in casu, através de certidões de nascimento de filhos do casal (fls. 10/11), da certidão de óbito (fl. 15), e de contas

com o nome da autora e do de cujus com o mesmo endereço (fls. 16/17).

- A dependência econômica de companheira de segurado é presumida, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, não precisando ser comprovada.

- O termo a quo do benefício é a data do requerimento administrativo, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 8.213/91, que deve ser retificada para 14.04.2003 (fl. 31).

- Os juros de mora, arbitrados no percentual de 1%, devem incidir a partir da citação, nos termos do art. 406 do CC c/c a súmula nº 204 do STJ, como consta no dispositivo sentencial.

- Os honorários advocatícios, arbitrados no percentual de 10%, devem incidir apenas sobre as prestações vencidas, até a prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do STJ, como consta no dispositivo sentencial.

- Apelação da parte autora parcialmente provida, apenas para considerar o termo a quo do benefício em 14.04.2003 (fl. 31). Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, 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, 19 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelações interpostas por Maria Clécia dos Santos Vicente e outros e pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que julgou procedente o pedido condenando o INSS na concessão do benefício de pensão por morte, “a partir da data de entrada do requerimento administrativo em 24.12.03 (art. 74, II, Lei nº 8.213/91)”, devidamente atualizadas em conformidade com o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Condenou, ainda, o INSS no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor corrigido da condenação, referente às prestações vencidas, nos termos das Súmulas nºs 14 e 111 do STJ. Sentença submetida ao duplo grau obrigatório.

Os embargos declaratórios interpostos pela parte autora foram julgados improcedentes.

Os autores apelam de parte da sentença, requerendo a correção da data do requerimento administrativo para 14.04.2003.

O INSS, por sua vez, requer a reforma da sentença, sob a alegação da inexistência de comprovação de união estável entre a autora e o *de cujus*; da ausência de qualidade de segurado do *de cujus* e da impossibilidade de reconhecimento de sentença trabalhista. Aduz, ainda, pela redução dos honorários advocatícios e a sua incidência apenas sobre as prestações vencidas.

Recursos recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Contrarrazões apresentadas pela parte autora (fls. 282/283).

Parecer do Ministério Público opinando pelo parcial provimento da apelação da parte autora para corrigir erro material, no que concerne a data de início do benefício, e pelo improvimento do apelo do INSS.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida, no presente recurso, versa sobre a possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte, para companheira e filhos de falecido segurado.

Compulsando os autos, observo às fls. 20/29 cópia de sentença trabalhista, onde houve a produção de prova, julgando procedente a ação, reconhecendo o vínculo trabalhista, com o reclamado, deferindo-lhe as férias e 13º salários nos limites do pedido.

No meu entender, a sentença trabalhista pode se considerada como início de prova material, desde que fundada em elementos que evidenciem a atividade laboral. No presente caso, a prova testemunhal colhida em juízo foi convincente para comprovar o efetivo exercício da atividade do *de cujus*.

Colaciono, por oportuno, posicionamento do Colendo STJ, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. PROVA MATERIAL.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1058268 / RS - Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0106480-0; Ministro Paulo Gallotti; Sexta Turma; 28/08/2008; DJe 06/10/2008)

Comprovada, portanto, a condição de segurado empregado do autor.

Passo ao exame do pedido de pensão por morte.

Compulsando os autos, observo que a condição de companheira da autora restou devidamente comprovada, através de certidões de nascimento de filhos do casal (fls. 10/11); certidão de óbito onde consta a autora como declarante (fl. 15); contas da COMPESA e CELPE, no mesmo endereço, com os nomes do *de cujus* e da autora, respectivamente (fls. 16/17).

Comprovada, portanto, a condição de companheira da autora.

O direito da companheira ao benefício de pensão por morte já

se tornou norma constitucional, previsto no art. 201, V, da Carta Magna/88, *in verbis*:

Art. 201.(...)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou **companheiro** e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Grifo nosso)

A dependência econômica de companheira de segurado é presumida, não precisando ser comprovada, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

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

I - o cônjuge, a **companheira**, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

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

Entendo, portanto, que restou demonstrado o direito da parte autora ao benefício de pensão por morte.

No tocante ao termo *a quo* do benefício, entendo que é a data do requerimento administrativo, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser retificado para o dia 14.04.2003, como se observa no documento contido à fl. 31 dos presentes autos e no parecer do Ministério Público.

Quanto aos juros de mora, arbitrados em 1% ao mês, entendo que devem incidir a partir da citação, como consta no dispositivo sentencial de primeira instância.

No tocante aos honorários advocatícios, arbitrados em 10%, entendo que devem incidir apenas sobre as prestações vencidas, até a data da prolação da sentença, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC e da Súmula nº 111 do STJ, como consta no dispositivo sentencial.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação da parte autora, apenas para considerar o termo *a quo* do benefício em 14.04.2003, e nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 429.753-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: R.A. LOCAÇÕES E TRANSPORTES LTDA.
Advs./Procs.: DRS. BIANCO SOUZA MORELLI (CEF) E ANDRÉ LUIZ MENEZES LIMA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: CIVIL. CEF. AGRAVO RETIDO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DUPLICATA. TRANSFERÊNCIA VIA ENDOSSO-TRANSLATÍCIO. PROTESTO REALIZADO PELO BANCO ENDOSSATÁRIO. CONTRATO QUE ESTABELECE OBRIGAÇÃO À ENDOSSANTE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DA CESSÃO À DEVEDORA. NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE. PAGAMENTO EFETUADO AO ENDOSSANTE.

- Apesar do princípio da cartularidade e da autonomia que acompanha os títulos de crédito, a notificação do sacado quanto à transferência da duplicata mediante endosso translaticio é obrigatória quando prevista no instrumento representativo da cessão de crédito como responsabilidade do emitente-endossante, de modo a afastar a responsabilidade do sacado pelo pagamento, de boa-fé, ao emitente. Precedente do STJ.

- Deve se conceder a antecipação de tutela quando, diante da cognição exauriente, restar demonstrada, por prova inequívoca, a procedência do pedido e o dano irreparável ocasionado pela manutenção de protestos indevidos.

- Agravo retido provido e apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo retido e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na

forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra sentença que julgou procedente o pedido para declarar a invalidade dos títulos protestados e determinar aos Cartórios do 3º Ofício de Notas e Protestos e do 5º Ofício de Notas que procedam ao cancelamento dos protestos das duplicatas especificadas na exordial.

A apelante alega que os recibos apresentados pela apelada não têm validade por não terem sido passados pelo legítimo portador das duplicatas. Sustenta, ainda, que a apelada deve arcar com sua falta de cuidado ao não ter efetuado os pagamentos a legítimo credor.

Agravo de instrumento convertido em retido, nos termos do art. 257, II, do CPC.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Inicialmente, deixo para apreciar o pedido de antecipação de tutela, contido no agravo retido, concomitantemente com o pedido principal, em virtude de coincidirem no mérito.

O cerne da questão cinge-se em saber se o fato de o apelado não ter sido notificado do endosso-translatício das duplicatas especificadas na inicial à CEF afasta a legalidade do protesto efetuado por esta última.

Como é cediço, as duplicatas, como os títulos de crédito em geral, circulam via endosso, o qual, quando pleno ou translativo, transfere a propriedade e o crédito nelas expresso.

Quanto ao pagamento da duplicata, é preciso destacar que, em face do princípio da cartularidade, deve ser feito ao proprietário, portador legítimo do título. É o que se depreende da análise do art. 9º da Lei nº 5.474/68, *in verbis*:

Art . 9º - É lícito ao comprador resgatar a duplicata antes de aceitá-la ou antes da data do vencimento.

§ 1º - A prova do pagamento e o recibo, passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título ou em documento, em separado, com referência expressa à duplicata.

§ 2º - Constituirá, igualmente, prova de pagamento, total ou parcial, da duplicata, a liquidação de cheque, a favor do estabelecimento endossatário, no qual conste, no verso, que seu valor se destina a amortização ou liquidação da duplicata nele caracterizada.

Apesar da incidência do princípio da cartularidade que acompanha os títulos de crédito em geral, penso que, no caso em questão, a notificação do sacado quanto à transferência da duplicata mediante endosso translático se fazia imprescindível. Isso porque, o contrato de cessão de crédito previa, expressamente, no parágrafo único da cláusula terceira (fl. 80), a obrigação do emitente de informar ao sacado de que as duplicatas estavam em cobrança da CEF:

Parágrafo Primeiro - O(s) cheque(s) pré-datados(s) e a(s) duplicata(s) objeto(s) da(s) operação(ões) de descontos, na forma convencional, deve(m) ser entregue(s) à CAIXA devidamente endossado(a)(s) pela DEVEDORA/MUTUÁRIA, com declaração expressa de que continua respondendo não apenas pelo cumprimento da prestação constante do título, como também pela informação ao sacado de que o(s) cheque(s) ou a(s) duplicata(s) está(ão) em cobrança na CAIXA.

Observa-se, assim, que o contrato de cessão de crédito estabelece como responsabilidade do emitente das duplicatas a notificação do sacado quanto à transferência dos títulos.

No caso em questão, o endossante, por má-fé, além de não ter cumprido a obrigação de notificar o sacado da transferência das duplicatas (fl. 80), recebeu o pagamento e deu quitação à dívida de que não era credor.

Apesar de ambas as partes serem vítimas da má-fé do endossante, penso que quem deve suportar o ônus, a princípio, é o endossatário, ora apelado, apesar de sua boa-fé, uma vez que, ao não se certificar do cumprimento do parágrafo primeiro da cláusula terceira do contrato de cessão das duplicatas, foi negligente e concorreu em parte para o deslinde do presente conflito.

Trago à colação, por oportuno, julgado do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL. TÍTULO DE CRÉDITO. DUPLICATA ACEITA E ENDOSSADA TRANSLATIVAMENTE A EMPRESA DE “FACTORING” EM DESCONTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR INCIDENTAL DE CANCELAMENTO DE PROTESTO. POSSIBILIDADE. CONTRATO QUE ESTABELECEIA OBRIGAÇÃO À ENDOSSANTE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DA CESSÃO À DEVEDORA. NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. REEXAME DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NS. 5 E 7-STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

I. Não é imprópria a cumulação, em ação ordinária declaratória, do pedido de reconhecimento de inexistência da dívida representada por duplicatas endossadas a empresa de *factoring*, cujo valor foi pago pela devedora diretamente à sacadora-endossante, com a postulação cautelar incidental de cancelamento de protesto das mesmas cártulas.

II. Dissídio jurisprudencial não configurado, eis que baseada a decisão do acórdão estadual, soberano na interpretação do contrato e no exame da prova, de revisão impossível em face das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ, no entendimento de que o instrumento representativo da cessão de crédito mediante endosso de duplicatas aceitas previa, expressamente, a obrigação de a emitente das cártulas e endos-

sante notificar a devedora sacada sobre a transferência da titularidade, e que tal não aconteceu, de modo a eximir a devedora de pagar novamente o débito, posto que já adimplido o seu ônus.

III. Ausência de prequestionamento das questões federais alusivas ao mérito, atraindo a incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do C. STF.

IV. Recurso especial não conhecido.

(STJ; REsp 100522 / RS; Órgão Julgador: Quarta Turma; Ministro Relator Aldir Passarinho Junior; DJ07.05.2002)

Faz-se imperioso destacar, ainda, o conteúdo do parágrafo segundo da cláusula terceira do contrato de cessão das duplicatas, que assim estabelece:

Parágrafo Segundo - A(s) duplicata(s) objeto da(s) operação(ões) de desconto, na forma escritural, devidamente endossada(s) pela DEVEDORA/MUTUÁRIA, juntamente com o(s) comprovante(s) de entrega da(s) mercadoria(s), está(ão) sob sua guarda e responsabilidade na condição de fiel depositária, para apresentação à CAIXA quando for(em) exigida(s), se comprometendo a não descontá-la(s) ou colocá-la(s) em cobrança noutro banco, sob pena de caracterização de fraude. Para a geração do(s) boleto(s) de cobrança, a DEVEDORA/MUTUÁRIA transferiu à CAIXA o arquivo eletrônico contendo todos os dados sobre o(s) título(s) que está(ão) sob sua guarda.

Note-se que as duplicatas continuaram sob a guarda do endossante, fato que contribuiu para a aparência de que a propriedade dos títulos não havia sido transferida e, conseqüentemente, para a caracterização da boa-fé do sacado.

Assim, entendo que, diante da previsão contratual de responsabilidade do endossante quanto à notificação do devedor quanto à transferência das duplicatas, a qual guarda consonância com o art. 290 do Código Civil, e da boa-fé do sacado, que pagou regularmente as duplicatas, tenho por indevido os protestos, os quais devem ser imediatamente cancelados.

Quanto ao pedido de antecipação de tutela, penso que deve ser acolhido, nos termos do art. 273, I, do CPC. Isso porque, com a cognição exauriente, restou comprovada, por provas inequívocas

cas, a procedência das alegações e demonstrado o dano causado pela manutenção dos protestos indevidos.

Tudo isso posto, dou provimento ao agravo retido e nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 431.959-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: JOSÉ ANTÔNIO LUCAS NEVES E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. ALESSANDRO DA SILVA FERNANDES (APTES.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS CONFIGURADORES NÃO OCORRENTES. REGRA PROCESSUAL DE NATUREZA OBJETIVA. ALEGADA BOA-FÉ CONDUCENTE À INEXISTÊNCIA DO CONSILIUM FRAUDIS (SCIENTIA FRAUDIS). DESIMPOR-TÂNCIA.

- Há dois elementos não prescindíveis para a caracterização da fraude à execução: a litispendência e a frustração da execução, especificamente ante a inexistência de bens penhoráveis.

- A litispendência, para a espécie, pressupõe não só a propositura da ação (CPC, art. 263), senão também a citação.

- Essa regra geral, encampada pelo Código de Ritos, submete-se à exceção de regramento especial, o fincado no art. 185 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, nas lides tributárias, esse marco prescinde até da propositura da ação, exigindo apenas a inscrição do débito em dívida ativa, após o que, a alienação será tida

como fraudulenta.

- A alegada boa-fé do embargante busca conduzir à inoccorrência de consilium fraudis, o que (supostamente) descaracterizaria a fraude à execução.

- O regramento da fraude a execução é, em absoluto, objetivo, prescindido-se, destarte, perquirir acerca de qualquer elemento anímico; é dizer: feita alienação ao depois da citação (regra geral) ou após a inscrição em dívida ativa (nas hipóteses de execução fiscal), configurada estará a fraude à execução.

- O elemento subjetivo, caracterizado pelo conhecimento do adquirente acerca da fraude, denomina-se, em verdade, scientia fraudis, e não consilium fraude, como querem fazer crer.

- Esse elemento, porquanto extraído do texto da lei, reputa-se exigível apenas na fraude contra credores, e não na fraude à execução, daí porque esta se baliza por regramento puramente objetivo.

- Demais disso, o elemento subjetivo, exigido para caracterização do instituto da fraude contra credores, é, naquela quadra, requisito essencial, haja vista que o defeito na vontade dos contratantes conduz a invalidade do negócio jurídico, diferentemente da fraude à execução, onde o negócio jurídico firmado permanece hígido, só que com a ressalva de não-valer (ineficaz) frente ao exequente.

- Apelação do particular improvida e provimento da apelação do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação dos particulares e dar provimento à apela-

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

Recife, 16 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de duas apelações, a primeira manejada por José Antônio Lucas Neves e Outros e a segunda pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Ambos os apelos insurgem-se contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que julgou parcialmente procedentes os embargos de terceiros para determinar a desconstituição da penhora relativa ao veículo FORD B 1618, ano 1995/1996, placa MXT-1710, indeferindo o pedido de levantamento da penhora quanto aos demais veículos.

Alegam os embargantes, ora recorrentes, em resumo, que:

- quando adquiriram os veículos citados, inclusive os três não liberados pelo MM. Juiz *a quo* da penhora, eles não tinham nenhum impedimento ou bloqueio judicial perante o DETRAN-RN;

- os recorrentes não têm nenhuma ligação com a empresa executada ou seus sócios fundadores;

- o negócio firmado entre os recorrentes e a empresa executada foi legal e sem nenhum vício, com isso, os embargantes não agiram de má-fé, causando fraude à execução ou credores;

- os veículos estão devidamente registrados perante o DETRAN-RN em nome dos embargantes.

O INSS apresentou contra-razões, salientado que a alienação do patrimônio do devedor traduz-se em fraude à execução porquanto ele já estaria, ao tempo da alienação, em estado de insolvência, eis que execuções fiscais teriam desfalcado o seu patrimônio a ponto de não mais poder quitar suas dívidas.

Enquanto o embargado, o INSS, também recorrente, defende que, como o crédito foi inscrito na dívida ativa em 18.04.2005 e a alienação do veículo penhorado só ocorreu em 2006, deve-se reputar fraudulenta a alienação, razão por que requer a reforma da sentença, para que seja restabelecida a penhora anteriormente desconstituída.

Os particulares não apresentaram contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

A fraude à execução – tal qual a fraude contra o crédito (*recitius*, fraude contra credores) – guarda estreita relação com a responsabilidade patrimonial do devedor (sujeito passivo da obrigação). Deriva de norma processual entalhada no artigo 591 do Código de Processo Civil a consequência de que somente os bens do devedor respondem por suas obrigações.

Com efeito, não se pode deslembrar que o patrimônio, de quem quer que seja, encontra-se, sempre, sujeito às circunstâncias da vida, daí porque sofre acréscimos ou diminuições. E a isso não se opõe a Ordem Jurídica. Logo, o devedor conserva, consigo, a livre disponibilidade econômica de seus bens, incumbindo, ao credor, respeitar-lhe os atos negociais. Ocorre, contudo, que, ao largo dessa normalidade, às vezes, o obrigado promove alterações “anormais” em seu patrimônio, porquanto tendentes a frustrar direito alheio. Nesses casos, surge a pretensão de revogá-los, desfazê-los ou torná-los, contra si (credor), ineficazes.

Em vistas disso, o Direito coíbe, de forma típica, as reduções artificiais do patrimônio do devedor. Eis os mecanismos de proteção ao crédito e/ou a efetividade da prestação jurisdicional: (1) fraude contra credores (CC, art. 158 a 165) e (2) fraude à execução (CPC, art. 593).

Essas duas formas de fraude distanciam-se na medida em que, às vezes, o ato de disposição do devedor ocorre na constância de uma relação processual – tenha esta natureza cognitiva, executiva ou acautelatória.

Tanto numa como noutra – em que pese entendimento contrário –, predomina a posição de que o ato de disposição de vontade praticado pelo devedor-alienante é, frente ao credor, ineficaz. É dizer: o negócio jurídico continua, entre as partes contratantes, existente, válido, porém ineficaz frente ao credor. Não pode ser, a ele, oponível. Em outros termos, o bem alienado continua submisso à satisfação do crédito. Com efeito, registre-se, que, quanto à fraude contra credores, o Código Civil, no texto do artigo 165, elegeu a tese da invalidade do negócio.

Fixados esses conceitos, a questão ora posta, máxime para a correta solução da quizília, é: quais os requisitos caracterizadores da fraude à execução?

Em sua caracterização geral, cujo regramento encontra-se esculpido no Diploma Processual Civil pátrio, requer-se, para reputar configurada hipótese de fraude à execução, dois elementos: a litispendência e a frustração dos meios executórios.

Para a configuração da litispendência (primeiro requisito), em sua vertente voltada à fraude à execução, exige-se que a alienação do bem tenha-se consumado após a instauração do processo, seja ele – como registrado acima – de conhecimento, de execução ou cautelar. Dúvida pode surgir quanto ao momento exato em que se reputará evidente a litispendência suficiente à caracterização de fraude à execução. É dizer: se, apenas, após o ajuizamento da ação (CPC, art. 263), ou exige-se a efetiva ciência do demandado? Entende hoje maior parte da jurisprudência que a citação seria o marco de rigor.

Com efeito, para a solução do caso vertente, prescindir-se-á do conhecimento quanto à quadra da citação, eis que, em sede de execuções fiscais, incide regra específica, segundo a qual presume-se em fraude à execução o devedor que, ao tempo da inscrição de seu débito em dívida ativa, aliene seus bens e não reserve patrimônio bastante para saldar o seu débito para com a Fazenda (CTN, art. 185).

Eis o teor do dispositivo, *in verbis*:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo

em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

A nova redação do artigo 185 do Código Tributário Nacional, introduzida pela Lei Complementar 118/05, traz consigo um novo marco, a partir do qual a alienação de bens em montante bastante para frustrar eventual e posterior execução fiscal caracteriza-se como ato atentatório a efetividade da tutela jurisdicional (= fraude à execução), qual seja ele: a inscrição do crédito em dívida ativa.

Essa regra possui natureza especial, daí porque é hábil a afastar a incidência, nos processos executivos fiscais, da norma do artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil. Disso conclui-se: nas execuções fiscais, a fraude à execução pode consumir-se antes mesmo da propositura da ação executiva (CPC, art. 263), quanto mais da citação.

Em vista disso, esse requisito encontra-se, *in casu*, evidenciado, haja vista ter-se perfeito, em 18 de abril de 2005, a inscrição em dívida ativa – fato, inclusive, incontroverso –, e terem sido levadas a efeito todas as alienações tão-somente no ano seguinte, em 2006 – fato sobre o qual não recaiu qualquer impugnação.

Resta examinar o outro requisito.

Ainda quando a frustração dos meios executórios relacione-se com a insolvência, que, na fraude contra credores, apresente-se como consequência imediata do negócio suspeito, sua caracterização, aqui, prescinde da comprovação do dano. No âmbito da fraude à execução, dispensável é a investigação do estado deficitário do patrimônio, sendo bastante a inexistência de bens penhoráveis.

Dessa forma, o bom sucesso dos presentes embargos de terceiro – por meio do qual se pretende desconstituir a penhora que recai sobre bens dos demandantes/embargantes, adquiridos do alienante ao tempo em que, contra este, pendia débito inscrito em dívida ativa e/ou demanda executiva instaurada – depende de demonstração de que a compra (alienação) consumou-se antes do termo definido por lei como requisito objetivo para a caracteri-

zação da fraude à execução ou que o negócio jurídico firmado com o devedor não implicou em prejuízo para a execução. Nesse último caso, deveria apontar, no patrimônio do devedor, bens remanescentes e bastantes para suportar o peso da execução. Não logrou, contudo, provar quaisquer dessas hipóteses, daí porque regular as penhoras efetivadas no bojo do processo executivo fiscal.

Outro ponto que merece atenção, eis que apresentado, na petição inicial, como fundamento do pedido, refere-se à boa-fé dos adquirentes.

Esse argumento teria a intenção, em meu sentir, de conduzir à conclusão de que, no caso, não teria havido o *consilium fraudis*.

A questão é: o *consilium fraudis* é requisito para a caracterização da fraude à execução, ou somente da fraude contra credores?

O artigo 593 do Código de Processo Civil – regra geral da fraude à execução – traduz comando cujo conteúdo e natureza encontra-se impregnado de objetividade, não contendo, no seu espírito, qualquer exigência quanto à presença de elemento subjetivo, daí porque o *consilium fraudis* – seja em seu sentido próprio, ou não – seria elemento prescindível, em absoluto.

Explico melhor.

É PONTES DE MIRANDA (*in Tratado de Direito Privado*, tomo IV, 3ª ed., Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1970, p. 433) quem alerta para o equívoco na interpretação do termo *consilium fraudis*, eis que, alguns julgados – e isto parece consentâneo com a realidade hodierna dos tribunais nacionais –, têm confundido “*consilium fraudis*, propósito de fraude, ou intento de fraudar, com acordo, talvez por confundirem *consilium* e *concilium*, união ...”.

Observa-se, destarte, que o *consilium fraudis*, no sentido exato de intenção, é requisito atribuível ao alienante, e não ao adquirente. Nessa perspectiva, a boa-fé alegada, tendente à conclusão de que, no caso em exame, não houve *consilium fraudis*, não socorre os embargantes/adquirentes, haja vista ser elemento estranho a sua esfera subjetiva.

Resta saber, então, se o *consilium fraudis*, no viés desvirtuado, é dizer: no sentido de união, de *concilium*, é elemento integra-

dor da fraude à execução. Essa interpretação emprestada ao termo, na verdade reflete a chamada **scientia fraudis**, que se refere à necessária ciência do adquirente para configuração da **fraude contra credores**. Esse elemento não era exigido sequer para todas as espécies de **fraude contra credores**, eis que extraído do texto da lei. O artigo 106 do Código Civil de 1916, em sua redação original, dizia: *“Os atos de transmissão gratuita de bens, ou de demissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por ele reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos”*. Era o corpo do texto, em seu todo, objetivo. Daí porque entendia PONTES DE MIRANDA, para as hipóteses encartadas nesse dispositivo, ser prescindível o que adquiriria ao fraudador conhecer da fraude, é dizer: inexigia-se a presença do **scientia fraudis**. E a certeza e confirmação dessa interpretação estava logo à frente, quando, ao se examinar o artigo 107 do Código Civil (redação original), reputava-se imprescindível haver a **scientia fraudis** (elemento subjetivo do adquirente), pois do dispositivo emanava a subjetividade que impregnava o seu ventre, eis que exigia notoriedade do fato da insolvência (= ciência por todos) ou, ao menos, do outro figurante (adquirente). Eis o teor do artigo: *“Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivos para ser conhecida do outro contraente”*. Destarte, em vista desse dispositivo, de seus textos, entendia-se que era necessária a **scientia fraudis** – impropriamente consignada como **consilium fraudis** – apenas nas hipótese do artigo 107 do Código Civil de 1916, que corresponde, hoje, a regra esculpida no artigo 159 do Código Civil de 2002.

O correspondente do artigo 106 do Código Civil de 1916 é o artigo 158 do Código Civil de 2002, que não possui redação idêntica a do Código anterior, seja originariamente ou no texto que lhe fora conferido pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919.

Importa, disso, que a **scientia fraudis**, decorrente, lógico, de ato de **má-fé** do adquirente – eis que pressupõe união de vontades, do alienante e do adquirente, em vistas a consumir a fraude –, somente será requisito para a caracterização da fraude à execução se assim o exigir a norma de regência, o que não é o caso. Ao

ler-se o artigo 593 do Código de Processo Civil, notadamente o seu inciso II (“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo a insolvência; III - nos demais casos expressos em lei.”), observa-se a sua objetividade, daí porque a desimportância, para a solução do caso, de ter-se o demandado agido, ou não, de **boa-fé**, eis que o seu conhecimento da fraude à execução é absolutamente prescindível.

Fosse tudo isso não-suficiente, restaria, ainda, outro fundamento. Deixada de lado a controvérsia travada pela doutrina, é indubitado que o Código Civil reputa inválido os negócios jurídicos firmados em fraude contra credores, daí porque exige aquele diploma normativo um elemento caracterizador do vício da vontade, e este se encontra sediado, ou externa-se, no comum acordo entre as partes, ou melhor, no **consilium fraudis** e na **scientia fraudis**. E porque, então, não se exige os mesmos elementos anímicos para a caracterização da fraude à execução? A resposta é simples. A fraude à execução, diferentemente da fraude contra credores, não se encarta dentre as espécies de defeitos do negócio jurídico, cujos vícios invalidantes remontam-se ao próprio elemento subjetivo: o consentimento. Daí porque, nos defeitos do negócio jurídico, há essencialmente um elemento de ordem subjetiva. Já na fraude à execução, exatamente por não se perquirir acerca da regularidade do negócio jurídico, este permanece hígido, é dizer: válido, o que ele não tem é força frente ao credor/demandante (é ineficaz).

Cumpra registrar, por fim, que não se desconhece a posição segundo a qual, além da má-fé do adquirente, exige-se, para reputar-se configurada a fraude à execução, que se faça, junto ao órgão de registro, a devida averbação da constrição judicial que sobre o bem pende, a fim de dotar de presunção de conhecimento, por todos, quanto à possível limitação incidente sobre um dos poderes inerentes à propriedade: a disposição.

Essa posição encontra a devida superação quando, acima, foi feita referência à norma especial.

Mercê do exposto, nego provimento ao recurso dos embarcantes e dou provimento ao recurso do INSS para manter a penhora do bem que a sentença desconstituíra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 451.307-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: JOSÉ ALEXANDRE DA SILVA
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. RINALDO MOTA (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. UNIÃO HOMOAFETIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. FRAUDE CONFESSADA. CONDENAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

- Trata-se de apelação interposta por J.A.S. contra sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara/PE, que julgou improcedente o pedido de pensão por morte, devido à ausência de comprovação da existência de união homoafetiva com o instituidor da pensão, já falecido.

- O eventual companheiro faz jus à pensão por morte de servidor público, desde que comprovada a união estável com o instituidor do benefício, o que não ocorreu no caso dos autos.

- Caracterização da situação do Recorrente como uma espécie de “filho adotivo”, que é absolutamente diferente de ser companheiro do instituidor.

- Segundo consta nos autos, o instituidor do benefício, ainda em vida, em nenhum instante, afirmou ter relação de companheirismo com o apelante; ao invés, há procuração firmada pelo

instituidor declarando que o recorrente é uma espécie de filho de criação.

- O acervo probatório anexado pelo recorrente, tais como diversos documentos originais pessoais do de cujus, tais como título de eleitor, carteira de identidade, CPF, comprovantes de caderneta de poupança e procuração pública para sacar dinheiro no Banco do Brasil, apenas comprovam que o requerente era uma pessoa de confiança do de cujus, ou seja, um “filho de criação”, mas não um companheiro.

- É de se destacar que, conforme afirmado pelo próprio apelante, após um mês do falecimento do Sr. T.A.S., veio a se consumar o seu casamento com a pessoa da Sra. E.V.S., amiga íntima do recorrente, apenas para fins de consecução da pensão por morte, fraude esta confessada pelo recorrente e punida criminalmente.

- A existência de uma terceira pessoa, casada com o de cujus, após o seu óbito, ou seja, de maneira fraudulenta, põe em cheque os argumentos desenvolvidos pelo requerente.

- Ressalte-se que qualquer que fosse a prova testemunhal a ser ouvida, não iria mais trazer elementos para o processo para convencer o juiz do fato alegado, em razão de toda uma montagem que foi feita para conseguir uma pensão, inclusive com um casamento simulado, o que faz reforçar a idéia de que a alegação de união homoafetiva, pode ser também uma simulação.

- A interpretação sistemática dos arts. 130 e 131 c/c o art. 407, parágrafo único, todos do CPC, permite ao juiz a dispensa de testemunhas, quando convencido acerca dos fatos.

- A existência do “casamento simulado” do instituidor com terceira, estranha ao processo, sequer foi mencionada na petição inicial. Ou seja, houve ocultação dolosa, com a nítida finalidade

de alterar a verdade dos fatos, razão pela qual, de maneira legítima, o autor foi condenado por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II e III, do CPC.

- Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por José Alexandre da Silva contra sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara/PE, que julgou improcedente o pedido de pensão por morte, devido à ausência de comprovação da existência de união homoafetiva com o instituidor da pensão Theógenes de Arruda Silva, já falecido.

Em suas razões às fls. 202/204, o recorrente argumentou, em síntese, que: a) os documentos acostados aos autos demonstram a existência de uma união estável entre ele e o falecido de, aproximadamente, 30 (trinta) anos; b) o falecido nunca foi casado, nem sequer teve filhos; c) apesar de postular uma pensão com fundamento fático em uma união homoafetiva, reforça o recorrente a sua tese, com o argumento de que era tratado como uma espécie de “filho adotivo” do *de cuius*, tendo em vista que este sempre lhe oferecia todo suporte financeiro, médico e social; d) por “orientação” do Tabelião, após um mês do falecimento do Sr. Theógenes de Arruda Silva, veio a se consumar o seu casamento com a pessoa da Sra. Eliane Valentim da Silva, amiga íntima do

recorrente, apenas para fins de consecução da pensão por morte; e) afirma ainda o recorrente que o “simulado” casamento enseja sua responsabilização criminal e da Sra. Eliane; f) sustenta mais que apesar de ter arrolado 5 (cinco) testemunhas, apenas duas foram ouvidas, o que lhe ocasionou prejuízos em relação à prova dos fatos alegados ; e g) não merece prosperar a condenação de litigância de má-fé cominada ao autor. Ao final, pugnou pela reforma da sentença.

Contra-razões da União às fls. 208/209, aduzindo, em síntese, que não se deve obter pensão mediante fraude.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta por José Alexandre da Silva contra sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara/PE, que julgou improcedente o pedido de pensão por morte, devido à ausência de comprovação da existência de união homoafetiva com o instituidor da pensão Theógenes de Arruda Silva, já falecido.

Sabe-se que o eventual companheiro faz jus à pensão por morte de servidor público, desde que comprovada a união estável com o instituidor do benefício.

Inicialmente, vale destacar que, segundo consta nos autos, o instituidor do benefício, ainda em vida, em nenhum instante, afirmou ter relação de companheirismo com o apelante.

O que consta nos autos são procurações deixadas pelo falecido outorgando poderes para o recorrente, levando-se em consideração a sua condição de “filho de criação”.

Ora, ser filho de criação é instituto totalmente diverso de uma relação de companheirismo.

O acervo probatório anexado pelo recorrente (diversos documentos originais pessoais do *de cujus*), tais como título de eleitor, carteira de identidade, CPF, comprovantes de caderneta de poupança e procuração pública para sacar dinheiro no Banco do Bra-

sil, apenas comprovam que o requerente era uma pessoa de confiança do *de cuius*, ou seja, um de “filho de criação”, **mas não um companheiro.**

É de se destacar que, conforme afirmado pelo próprio apelante, após um mês do falecimento do Sr. Theógenes de Arruda Silva, veio a se consumar o seu casamento com a pessoa da Sra. Eliane Valentim da Silva, amiga íntima do recorrente, apenas para fins de consecução da pensão por morte.

O referido “casamento simulado” ensejou sua responsabilização criminal e da Sra. Eliane.

Portanto, há uma fraude comprovada, na esfera criminal, e confessada pelo apelante, qual seja a realização de um casamento após o óbito do *de cuius*, com a nítida finalidade de lesar os cofres da União.

A existência de uma terceira pessoa (Sra. Eliane Valentim da Silva), casada com o *de cuius*, após o seu óbito, põe em cheque os argumentos desenvolvidos pelo requerente.

A única certeza existente consiste no conluio entre o apelante e a Sra. Eliane Valentim da Silva com a nítida finalidade de subtrair verbas do erário.

Vale transcrever, ainda, neste sentido, os seguintes trechos da decisão de 1º grau, esclarecedoras quanto a uma possível união estável, desta feita, entre o recorrente e a Sra. Eliane Valentim da Silva:

Ademais, restou patente em diversos documentos trazidos pela União a existência de diversas contradições entre as alegações do autor na demanda e a verdade dos fatos. Com efeito, constam nos autos declarações prestadas pelo autor na Aeronáutica de que o requerente era **filho de criação do falecido e que não morava com este último, mas sim com a Sra. Eliane Valentim da Silva, de quem alegou ser companheiro.** (Fl. 139)

Constata-se, assim, que o recorrente tenta utilizar a presente Ação como uma espécie de mecanismo para assegurar o recebimento da pensão, em face do insucesso na fraude do casamento.

A prova testemunhal também é fraca, pois a primeira testemunha aduziu que a “terceira (Sra. Eliane)” morava com a mãe do autor; enquanto a segunda testemunha aduziu que o autor morava na casa de sua mãe e não na residência do falecido.

Ou seja, os depoimentos das testemunhas reforçam o argumento de que, na verdade, poderia existir uma relação de companheirismo entre o recorrente e a Sra. Eliane.

Ressalte-se que qualquer que fosse a prova testemunhal a ser ouvida, não iria mais trazer elementos para o processo para convencer o juiz do fato alegado, em razão de toda uma montagem que foi feita para conseguir uma pensão, inclusive com um casamento simulado, o que faz reforçar a idéia de que a alegação de união homoafetiva, pode ser também uma simulação.

Portanto, observa-se que não há qualquer ilegalidade na limitação do número de testemunhas, tendo em vista a possibilidade de dispensa prevista no art. 407, parágrafo único, do CPC. Ademais, a parte compareceu à Audiência de Instrução e Julgamento, com apenas duas testemunhas (fl. 188).

Em nome do princípio do livre convencimento motivado, é dado ao Juiz indeferir diligências que entenda impertinentes, desde que a sentença possua a necessária fundamentação, hipótese esta que se coaduna com o caso dos autos.

Nesse sentido, transcrevo os arts. 130 e 131 do CPC:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Assim, levando-se em consideração a interpretação sistemática dos arts. 130 e 131 c/c o art. 407, parágrafo único, todos do CPC, chega-se à conclusão que não há qualquer nulidade no julgamento proferido pelo juiz *a quo*.

Ressalte-se que a existência da Sra. Eliane Valentim da Silva sequer foi mencionada na petição inicial. Ou seja, houve ocultação dolosa, com a nítida finalidade de alterar a verdade dos fatos, razão pela qual, de maneira legítima, o autor foi condenado por litigância de má-fé, nos termos do art. 17, II e III, do CPC:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

Mantenho, nos termos expostos na sentença de 1º grau, a condenação do apelante em litigância de má-fé, tendo em vista toda uma montagem fática com o fim de obter uma vantagem, sem que exista condições de comprovação do que foi alegado e se querer construir fatos justificando os mesmos com base em uma outra situação, totalmente ilícita, a qual chegou ao ponto de ser criminalizada penalmente.

Assim, em face da inexistência de comprovação de união homoafetiva entre o autor e o falecido, e, levando-se em consideração, especialmente, que o Poder Judiciário não socorre a quem litiga de má-fé (caráter pedagógico do processo), nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 451.972-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: SÉRGIO DE SANTANA LEITE
Advs./Procs.: DR. SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO E OUTROS (APTE.) E SEVERINO JOSÉ DE CARVALHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. IMÓVEL COM DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. VÍCIOS REDIBITÓRIOS APARENTES. PRESCRIÇÃO SEMESTRAL. ARTIGO 178, § 5º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

- Definem-se vícios redibitórios como os defeitos ocultos existentes na coisa, que a tornam imprópria ao uso ao qual se destinam ou lhe diminuem o valor. Apresentam-se sob duas modalidades: os aparentes que são os de fácil constatação; e os ocultos, que são aqueles que não se conseguem identificar de pronto, ou seja, as suas constatações não são facilmente percebidas.

- Para a caracterização da prescrição semestral (decadência) prevista no artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916, faz-se necessário que a ação, na qual se objetiva o abatimento do preço da coisa imóvel recebida com vícios redibitórios aparentes, ou a rescisão do contrato comutativo, a haver o preço pago, mais perdas e danos, seja manejada dentro de 6 (seis) meses contados da entrega do bem.

- Hipótese em que se configuram como vícios redibitórios os defeitos de construção detectados na vistoria do CREA/PE. Nos autos inexistente demonstração quanto à data exata em que tais vícios foram identificados pelo mutuário, tampouco acerca da prática de atos legais interruptivos da prescrição. Assim, considera-se como a data da tradição, aquela em que o contrato de mútuo foi firmado (28/09/00), até porque os vícios apontados não são do tipo que surgem posteriormente, mas sim daqueles que se detectam de pronto.

- Comprovada a ocorrência da prescrição semestral (decadência), por força do transcurso do período de 6 (seis) meses entre a data da entrega do imóvel (28/09/00) e a data em que presente demanda foi ajuizada (31/01/05). Ademais, mesmo que se considere o atual Código Civil (Lei 10.406/2002), aplicável ao caso por força do artigo 462 do CPC, e que trata da matéria elidindo o prazo para um ano, ainda assim melhor sorte não tem a pretensão dos mutuários.

- *Apelação da CEF provida para julgar improcedente o pedido em face da prescrição semestral (decadência) prevista artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Mutuário do SFH ajuizou ação ordinária contra a CEF, CONSTRUMOTTA LTDA. e Caixa Seguros objetivando:

- benefício da justiça gratuita;
- devolução das prestações pagas até a data da desocupação do imóvel, devidamente corrigidas;
- desconstituição do débito, junto à CEF, relativo às prestações posteriores à desocupação do imóvel;
- ressarcimento das despesas efetuadas com o pagamento do imóvel locado, para fins de moradia, em face da desocupação do imóvel em litígio;
- exclusão do seu nome dos órgãos restritivos de créditos;
- indenização por danos morais oriundos da responsabilidade civil, pelos vícios de construção existentes no imóvel, e da inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Alega que, em 28.09.00, firmou contrato de mútuo com a CEF, no qual esta figuraria como interveniente credora do empréstimo;

a empresa CONSTRUMOTTA, como entidade vendedora e responsável pela execução da obra; e, a Caixa Seguros, como entidade responsável pela cobertura securitária em relação à obra, ao imóvel e ao mutuário.

Verbera que, após a posse do imóvel, verificou que o mesmo apresentava diversos problemas de ordem estrutural, tais como: rachaduras, má qualidade no material utilizado e péssimo acabamento, defeitos que foram constatados pelo CREA-PE em 14.06.03 e, confirmados pela Seguradora em 15.07.03. Nessa ocasião, a Caixa de Seguros manifestou-se pela negativa de cobertura securitária, sob a justificativa de que a apólice do seguro não alberga eventos oriundos de vícios construtivos, bem assim recomendou a desocupação do imóvel, face à ameaça de desmoronamento.

Sustenta que, desde que desocupou o imóvel (ago/03), deixou de quitar as prestações mensais do financiamento, em virtude da necessidade de garantir nova moradia aos seus dependentes, o que acarretou a inserção do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Gratuidade judiciária concedida à fl. 58.

A Caixa Seguros apresentou contestação suscitando as seguintes preliminares: inépcia da inicial, por ausência de pedido frente à Seguradora; ilegitimidade passiva e legitimidade passiva da CEF, vez que esta financiou o imóvel sem proceder à fiscalização, bem assim a legitimidade passiva da CONSTRUMOTTA, por ter edificado o imóvel sem atender às técnicas obrigatórias da boa construção civil. No mérito, pugnou pela improcedência dos pleitos, com base nos seguintes argumentos: inexistência de previsão contratual relativa à cobertura securitária nos casos de vícios de construção; incabimento de indenização por dano moral, ante a ausência de ato ilícito ensejador de responsabilidade civil.

A CEF também contestou argüindo a preliminar de ilegitimidade passiva e legitimidade passiva da Seguradora frente à cobertura securitária do imóvel e legitimidade passiva da CONSTRUMOTTA pelos vícios de construção. Invocou a prescrição semestral, nos termos do artigo 178, § 5º, do Código Civil de 1.916. No mérito, requereu a improcedência dos pleitos, rebatendo todas as teses expendidas na exordial.

Foi nomeado curador especial para a CONSTRUMOTTA, em razão de sua revelia quando citada via edital. O curador especial da CONSTRUMOTTA contestou, sem argüir matérias preliminares e, no mérito, requereu a improcedência dos pleitos.

A União Federal (comparecimento espontâneo) pleiteou pela sua intervenção no feito como assistente simples da CEF, a qual restou deferida e aceita pelas rés. Embora intimadas as rés para especificação de provas, nada requereram.

O Magistrado, ao decidir, rejeitou as preliminares. Excluiu a Seguradora da lide. Acolheu a prescrição semestral tão-só quanto ao pleito de devolução das prestações pagas no financiamento. No mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos condenando a CEF e a CONSTRUMOTTA, solidariamente, a proceder:

- desconstituição do indébito com relação as prestações posteriores à data da constatação da necessidade de desocupação do imóvel (ago/03);

- pagamento da quantia de R\$ 35.000,00 por danos morais decorrentes dos constrangimentos sofridos, com a constatação da imprestabilidade do imóvel e da necessidade de sua desocupação;

- pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 por danos morais oriundos da inscrição do nome do mutuário nos órgãos de restrição de créditos, devendo proceder à imediata retirada daqueles registros;

- sucumbência recíproca.

Em sua apelação, a CEF pugnou pela reforma da sentença renovando as seguintes alegações:

- prescrição semestral prevista no artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916;

- inaplicação do CDC, em face do contrato de mútuo não se tratar de relação de consumo;

- inexistência do dever de fiscalização, dado que a vistoria da obra pelo agente financeiro restringe-se à medição da obra, para fins de liberação dos recursos, o que cumpriu fielmente, não servindo para aferição da qualidade dos materiais utilizados ou das técnicas de engenharia empregadas pela CONSTRUMOTTA;

- ausência de responsabilidade civil decorrente de vícios de construção, e, por conseguinte, do pagamento de indenização correspondente ao dano respectivo, vez ser a CONSTRUMOTTA a única responsável pela construção do imóvel;

- incabimento de indenização por dano moral, pela suposta inserção do nome do mutuário nos órgãos de proteção de créditos, dado que tal inclusão não configura ato ilícito nos casos de inadimplência contratual. Demais disso, o mutuário não comprovou o ingresso do seu nome em tais cadastros.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

O cerne da questão a ser decidida consiste em saber se os pleitos formulados pelo autor, decorrentes dos alegados vícios redibitórios existentes no imóvel, se encontram alcançados pelo instituto da prescrição.

Antes de adentrar no mérito da causa, tecerei breves considerações acerca da definição, modalidade e prescrição dos vícios redibitórios.

É também de bom alvitre trazer à baila que a Lei que deve reger o ato é aquela vigente à época da ocorrência do fato.

In casu, quando da assinatura do contrato de mútuo celebrado entre as partes (28/09/00), vigia o Código Civil de 1916. Assim, a matéria discutida nos autos será analisada e decidida à luz do citado diploma legal.

Entendem-se como vícios redibitórios os defeitos ocultos existentes na coisa, que a tornam imprópria ao uso ao qual se destina ou lhe diminuem o valor.

Tais vícios podem ser classificados sob duas modalidades: os aparentes que são os de fácil constatação; e os ocultos, que são aqueles que não se conseguem identificar de pronto, ou seja, as suas constatações não são facilmente percebidas.

Para a caracterização da prescrição semestral (decadência) prevista no artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916, faz-se necessário que a ação, na qual se objetiva o abatimento do preço da coisa imóvel recebida com vícios redibitórios aparentes, ou a rescisão do contrato comutativo, a haver o preço pago, mais perdas e danos, seja manejada dentro de 6 (seis) meses contados da entrega do bem.

Dessume-se da leitura da exordial que o mutuário somente após a posse do imóvel verificou a existência de vícios de construção tais como: rachaduras, má qualidade no material utilizado e péssimo acabamento.

Registre-se que nos autos inexistente demonstração quanto à data exata em que tais vícios foram identificados pelo mutuário, tampouco acerca da prática de atos legais interruptivos da prescrição.

Assim, considera-se como a data da tradição, aquela em que o contrato de mútuo foi firmado (28/09/00 - fls. 21/38).

Destarte, tenho como configurada a prescrição semestral preconizada pelo artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916, dado o transcurso do período de 6 (seis) meses entre a data da entrega do imóvel (28/09/00 - fls. 21/38) e a data em que a presente ação foi ajuizada (01/01/05 - fls. 03).

Ademais, mesmo que se considere o atual Código Civil (Lei 10.406/2002), aplicável ao caso por força do artigo 462 do CPC, e que trata da matéria elastecendo o prazo para um ano, ainda assim melhor sorte não tem a pretensão dos mutuários.

No mesmo sentido, o pedido do autor também soçobra ao considerar a data de desocupação do imóvel em decorrência do relatório do CREA/PB (fls. 32 a 42, de 15/06/03), e termo de negativa de cobertura por danos físicos do apartamento (fls. 43, de 30/07/03). Também sob essa ótica, a prescrição (decadência) também já se concretizara quando do manejo da ação.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para julgar improcedente o pedido, em face da prescrição semestral (decadência) prevista no artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 454.951-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ADECON/PE
Advs./Procs.: DRS. NATANAEL LOBÃO CRUZ E OUTROS (APTE.) E RAIMUNDO GOMES DE BARROS E OUTROS (APDA.)

EMENTA: POUPANÇA. CORREÇÃO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. JANEIRO DE 1989. 42,72%.

- Trata-se de apelação interposta pela CEF em desfavor da sentença, que julgou procedente a ação civil pública movida pela ADECON para condenar a CEF à revisão dos critérios de correção das cadernetas de poupança dos substituídos processuais da autora, aplicando-se aos seus saldos o índice de atualização monetária correspondente a 42,72%, referente ao mês de janeiro de 1989.

- Prescrição vintenária inexistente na hipótese.

- Este egrégio TRF da 5ª Região, com fulcro em precedente do colendo STJ já decidiu que a prescrição, in casu, é vintenária. Preliminar rejeitada.

- A defasagem no saldo das cadernetas de poupança foi provocada pela má aplicação da lei por parte da CEF, “devendo ela ser responsabilizada pelo erro cometido” (Parecer do MPF à fl. 197). Como bem ressaltou o Ministério Público, ao destacar as palavras da juíza de 1º grau, “na prática, a aplicação da variação da LFT no mês de janeiro de 1989 – deduzindo-se o percentual de 0,5% – para correção dos saldos de cadernetas que aniversariaram entre 01.01.89 e 15.01.89, conforme determinado no art. 17 da MP nº 32, gerou a correção do percentual menor, enquanto que,

previsão normativa anterior, prevista nos itens II e IV da Resolução nº 1.338/87 do Conselho Monetário Nacional, seria aplicado o IPC no percentual maior de 42,72%”.

- A individualização dos beneficiários ocorrerá em liquidação ou execução de sentença, com prova do nexó etiológico.

- Apelação provida, em parte, apenas para restar esclarecida a forma de execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dou parcial provimento à apelação, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta pela CEF em desfavor da sentença proferida pela Juíza da 5ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou procedente a ação civil pública movida pela ADECON para condenar a CEF à revisão dos critérios de correção das cadernetas de poupança dos substituídos processuais da autora, aplicando-se aos seus saldos o índice de atualização monetária correspondente a 42,72%, referente ao mês de janeiro de 1989.

Em suas razões às fls. 154/165, a CEF argumentou, em suma, que: a) deve ser acolhida a prescrição quinquenal, nos termos do art. 269, IV, do CPC; b) o art. 27 do CDC prevê a prescrição quinquenal para o caso dos Autos; c) agiu de acordo com a legislação vigente, não havendo praticado qualquer ilícito; d) não há direito adquirido aos índices pleiteados; e) é necessário comprovar e individualizar os titulares das contas poupanças numa eventual fase

executiva. Ao final pugnou pela reforma da sentença, para que seja acolhida a prescrição quinquenal, ou a improcedência da ação.

Contra-razões da ADECON às fls.169/173.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 190/197, pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela CEF em desfavor da sentença proferida pela Juíza da 5ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou procedente a ação civil pública movida pela ADECON para condenar a CEF à revisão dos critérios de correção das cadernetas de poupança dos substituídos processuais da autora, aplicando-se aos seus saldos o índice de atualização monetária correspondente a 42,72%, referente ao mês de janeiro de 1989.

Este egrégio TRF da 5ª Região, com fulcro em precedente do colendo STJ já decidiu que a prescrição, *in casu*, é vintenária. Nesse sentido:

Origem: Tribunal - Quinta Região, classe: AC - Apelação Cível - 448711

Processo: 200783000104432 - UF: PE, órgão julgador: Segunda Turma

Data da decisão: 03/03/2009. Documento: TRF500181682
Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO VINTENAL. PLANO BRESSER. IPC. ÍNDICE DE 26,06%(JUNHO/87). APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A prescrição relativa à correção e juros remuneratórios incidentes sobre as contas de poupança não é a de cinco anos, prevista no art. 178, parágrafo 10, III, do Código Civil de 1916 (cinco anos), mas a vintenária.

2. Quanto à aplicação do IPC referente ao mês de junho de 1987, a jurisprudência pacificada do STJ e desta Corte já decidiu que o índice é de 26,06%.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, consoante enunciado da Súmula 297/STJ. Do mesmo modo, resta pacificado naquela Corte Superior a inversão do ônus da prova em questões desse naipe.

4. Apelação improvida.

Origem: Tribunal - Quinta Região, classe: AC - Apelação Cível - 436519

Processo: 200782000043830 - UF: PB, órgão julgador: Quarta Turma

Data da decisão: 17/02/2009. Documento: TRF500181829
Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli

ADMINISTRATIVO. CADERNETA DE POUPANÇA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANOS BRESSER, VERÃO E COLLOR I. AFASTAMENTO DO ÍNDICE DE 84,32%.

I - **Segundo o entendimento do STJ a prescrição dos juros e correção monetária em contas de poupança é vintenária.**

II - Incidência de correção monetária e dos juros remuneratórios das cadernetas de poupança desde quando deveriam ter sido creditados e juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação.

III - Mostra-se devida apenas a correção das contas de poupança que tenham saldo positivo em junho/87 e janeiro/89.

IV - Apelação parcialmente provida, apenas para afastar a condenação em relação aos índices de 10,14% e 84,32%.

Afastada se encontra a possibilidade de acatamento da prescrição, tendo em vista que a matéria já se encontra consolidada na jurisprudência como se confirmando o prazo para a extinção da ação em matéria idêntica à trazida nos autos, em vinte anos. Não decorreu esse prazo na hipótese.

Querer impingir um prazo de cinco anos de prescrição da Ação Civil Pública, como quer a recorrente, também não encontra guarida na espécie, pois o direito material em disputa é que deve ser levado em consideração quanto ao prazo prescricional.

Assim, rejeito a preliminar.

Como bem ressaltou o Ministério Público, ao destacar as palavras da juíza de 1º grau, “*na prática, a aplicação da variação da LFT no mês de janeiro de 1989 – deduzindo-se o percentual de 0,5% – para correção dos saldos de cadernetas que aniversariaram entre 01.01.89 e 15.01.89, conforme determinado no art. 17 da MP nº 32, gerou a correção do percentual menor, enquanto que, previsão normativa anterior, prevista nos itens II e IV da Resolução nº. 1.338/87 do Conselho Monetário Nacional, seria aplicado o IPC no percentual maior de 42,72%*”.

A matéria de mérito que serve de objeto a esta ação não encontra maiores dificuldades de deslinde, pois o percentual de 42,72% de reajuste da poupança em janeiro de 1989 é mais do que pacífico na jurisprudência, abusando até da repetição do tema no âmbito do judiciário.

Como exemplo, basta o julgado abaixo do eg. STJ:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
REsp 178290/ SP RECURSO ESPECIAL 1998/0044018-6
Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO Terceira Turma Julgamento em 13/06/2000
Caderneta de **poupança**. Diferenças de rendimentos. Plano Verão. Plano Collor.
Prescrição e Legitimidade. Ausência de prequestionamento. Iniciado o período aquisitivo, não pode ser modificado o critério para cálculo dos rendimentos. Aplicação do IPC, no percentual (...) de **42,72** em janeiro de 1989.

A defasagem no saldo das cadernetas de poupança foi provocada pela má aplicação da lei por parte da CEF, “*devendo ela ser responsabilizada pelo erro cometido*” (Parecer do MPF à fl. 197).

A individualização dos beneficiários ocorrerá em liquidação de sentença, não havendo que se falar deste tema neste instante processual, foi o que restou esclarecido na sentença após provocada a julgadora por embargos de declaração.

O recurso volta a insistir no tema. Entendo que deva ficar bem esclarecido que, como se trata de ação coletiva visando à proteção de direitos individuais homogêneos, tenho que a execução deva ser na forma do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, onde deverão ser requeridas, por qualquer substituído, através de advo-

gado ou pela associação autora, a liquidação e/ou execução individual da sentença onde no processo de liquidação ou de execução deverá o credor (substituído) comprovar onexo etiológico entre a sua situação individual e a condenação genérica da sentença ora confirmada. Para tanto, deverá provar a condição de titular da conta poupança no período indicado na sentença. Demonstrar que ainda não obteve o referido reajuste aqui concedido (grande parcela dos poupadores já obtiveram na justiça através de processos individuais a correção aqui pleiteada), para após apuração do *quantum*, individualização de sua situação, poder ser satisfeita a obrigação.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para que reste esclarecido que as execuções serão individualizadas e com prova da titularidade de conta de poupança na época do fato, reconhecido na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.724-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: MARIA JOSÉ DA SILVA, RITA EUFRÁZIO SILVESTRE, MARIA JANILDA DE SOUZA, MAXSÔNIA DANTAS DE FREITAS E ARMANDA ZENAIDE DE QUEIROZ BARBOSA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRAS. TACIANA MEIRA BARRETO (1ª APTE.), NAGEZIA PIRES DINIZ (4ª APTE.) E ÁUREA ZENAIDE NÓBREGA GADELHA (5ª APTE.)
Def. Dativo: RONALDO PESSOA DOS SANTOS (3ª APTE.)

EMENTA: PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. ART. 239 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO À PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E MULTA. PRAZO DE MAIS DE OITO ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚN-

CIA E A DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

- Hipótese de sentença que condenou Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, a penas de 04 (quatro) anos de reclusão e multa, e Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa às penas de 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e multa, todas elas pelo crime do art. 239 da Lei 8.069/90 (ECA).

- Reconhecimento da prescrição retroativa, apenas no caso das apelantes condenadas a 04 (anos) de reclusão, dado o prazo de mais de 08 (oito) anos decorrido entre a data do recebimento da denúncia (21.07.1994) e a da publicação da sentença (11.02.2005).

- Incidência do regramento estabelecido pelos arts. 109, IV, c/c 110, § 1º, todos do CP, a acarretar a extinção da punibilidade, seguindo idêntica sorte a pena de multa.

- Comprovada por documentos e depoimentos de testemunhas a promoção, pela apelante Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa, já na vigência do ECA, de adoções internacionais de crianças brasileiras falsamente registradas, perfazendo a descrição típica do art. 239 daquela norma.

- Reconhecimento da circunstância agravante do art. 62, I, do CP, por tratar-se de advogada e ex-servidora da FEBEMAA, que recrutava pessoas pobres e iletradas para que registrassem, como seus, filhos alheios.

- Não há falar em nobreza da motivação do agente que promoveu as adoções ilegais com motivação econômica.

- Condutas que devem ser tratadas como crime continuado, não se aplicando as regras do concurso material.

- **Redução da pena privativa de liberdade a 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e da pena de multa a 50 (cinquenta) dias-multa, fixados em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizado nos moldes do art. 49, § 2º, do CP.**
- **Em face da modificação da pena, ela deverá ser cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do CP).**
- **Provimento das apelações de Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas. Provimento parcial da apelação de Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações de Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, e dar parcial provimento à apelação de Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa, 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, 24 de março de 2009 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE (Convocado):

O caso é de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal da Paraíba, que condenou Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa, Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, pelo crime de tráfico internacional de menores (art. 239 da Lei 8.069/90).

Armanda Zenaide Queiroz Barbosa recebeu pena definitiva de 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e multa, enquanto as demais réis receberam 4 (quatro) anos de reclusão e multa.

A sentença de fls. 506/562 desafia apelações interpostas pelas acusadas, em cujas razões levantam teses de prescrição retroativa e de inocência quanto aos fatos narrados na denúncia, almejando, cada uma, a sua absolvição.

Contra-razões às fls. 630/636.

Parecer ministerial no sentido da diminuição da pena aplicada a Armanda Zenaide, e do reconhecimento da prescrição, quanto às outras apelantes (fls. 641/647).

É o que importa relatar.

À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégia Turma.

Conheço dos apelos, que atendem aos pressupostos de recorribilidade.

Assiste razão às apelantes Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, quanto à invocação da tese de prescrição, como se verá.

É que apenas a defesa apela da sentença que condenou as recorrentes acima mencionadas a 4 (quatro) anos de reclusão pela prática do crime de tráfico internacional de menores (art. 239 da Lei 8.069/90):

Nessa hipótese, o prazo prescricional é regido pela pena efetivamente aplicada, ou seja, é de 8 (oito) anos, podendo ter início na data do recebimento da denúncia, nos termos do art. 109, IV, art. 110, § 1º, art. 117, § 1º, todos do CP.

E consta dos autos que tais crimes foram cometidos entre os meses de agosto e dezembro de 1990 (fls. 03/04), a denúncia foi

recebida em 21 de julho de 1994 (fl. 227), e a sentença publicada em 11 de fevereiro de 2005 (fl. 563).

Portanto, em face da patente ocorrência da prescrição retroativa, impõe-se a extinção da punibilidade quanto às apelantes Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, na esteira da tese defendida pelo Ministério Público, no seu parecer de fls. 641/647.

Segue a mesma sorte a pena de multa, nos termos do art. 114, II, do CP.

Fica, desse modo, prejudicado o exame das demais matérias agitadas naqueles apelos, consoante a Súmula nº 241 do extinto TFR:

A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.

O mesmo não se pode fazer com relação a Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa, que foi condenada – também pela prática do delito tipificado no art. 239 da Lei 8.069/90, entre agosto e dezembro de 1990 (fls. 235/236), portanto na vigência da referida norma penal – a duas penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em concurso material, uma delas acrescida de 1/4 pelo crime continuado.

A sentença reconheceu a conduta delitativa de Armanda Zenaide, advogada e ex-integrante da equipe de adoção da antiga “Fundação Estadual do Bem Estar do Menor Alice de Almeida” (FEBE-MAA), que aliciava pessoas pobres e iletradas, entre as quais Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, encaminhando-as a cartório no qual registravam, como seus, filhos de outrem, conforme confessado pelas falsas mães.

Os registros falsos instruíam procedimentos de adoção internacional de 05 (cinco) crianças brasileiras, todos eles patrocinados pela apelante, que, assim, agia não só como advogada, mas como promotora da saída daqueles menores, inclusive com ânimo de lucro, perfazendo o tipo pelo qual veio ser condenada:

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com

inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Aliás, a jurisprudência desta Corte enquadra na conduta de “promover”, descrita no tipo acima, o falsificar registro de nascimento com a finalidade específica de enviar menor para o exterior, ao arrepio das formalidades legais.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. ART. 239 DO ECA.

- Quanto à preliminar de incompetência da Justiça Federal, para o julgamento do delito de tráfico internacional de menores, previsto no art. 239, do ECA, não merece prosperar. Isto porque o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, texto que foi ratificado pelo Congresso Nacional em 26 de janeiro de 1990.

- O tipo em questão pode ser praticado por qualquer pessoa, seja o pai, a mãe, o tutor ou ainda outra pessoa qualquer, ainda que nenhuma relação jurídica mantenha com a criança ou adolescente, bastando que promova ou auxilie seu envio para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o intuito de lucro.

- Restou devidamente comprovado nos autos que a apelante, com o auxílio de sua advogada, promoveu a saída da menor do país munida de passaporte falso, obtido com registro de nascimento também irregular. Evidenciado, outrossim, o dolo da acusada, o que se pode inferir claramente dos depoimentos das testemunhas arroladas, que declararam ter conhecimento de que a denunciada sempre quis levar a menor para a Itália.

- Da mesma forma, quanto à causídica Maria do Socorro Sousa. A norma pune qualquer forma de participação, tanto na promoção direta, como no auxílio a quem efetivamente promove o envio da criança ou do adolescente mediante pagamento em dinheiro.

- **A participação desta deu-se pela prática de diversos atos, com destaque para a falsificação do registro de nascimento da menor, e no requerimento do passaporte, ato no qual restou comprovada a ajuda da ora denunciada.**

- Por fim, impende esclarecer que, encontrando o Juízo motivo suficiente para fundar a sua decisão, não está obri-

gado a responder a todas as alegações das partes, nem tampouco a ater-se aos fundamentos indicados e responder, um a um, todos os seus argumentos.

- Apelações a que se nega provimento.

(ACR 2977/CE, Rel. Des. Federal Élio Siqueira, conv., 3ª Turma, 07.11.2005).

Outro aspecto levantado no apelo consiste em considerar-se socialmente relevante a adoção de crianças brasileiras pobres por estrangeiros, posto que de modo ilegal.

É preciso lembrar que o Brasil aderiu a convenções internacionais que repelem tal prática, justamente, por caracterizar tráfico internacional de crianças e adolescentes oriundos de países pobres. E a motivação dita “social” ou “nobre” do delito, aqui, é irrelevante, pois a apelada obteve ganho econômico com o delito.

No tocante à aplicação da pena, a sentença considerou existente um crime continuado, relativamente aos envios dos então menores Adriano de Souza, Cristina Maria da Silva, Cosme Dantas de Freitas e Damião Dantas de Freitas, em concurso material com o envio de André Eufrazio Silvestre.

Fixou, em ambos os casos, a pena-base em 05 (cinco) anos, acima do mínimo legal, por entender pela elevada reprovabilidade da conduta da apelada, que detém alto nível de instrução e, na época dos fatos delituosos, era advogada e servidora da FEBE-MAA.

Aumentou, uma das reprimendas em 06 (seis) meses, por tratar-se, ao mesmo tempo, de mentora e dirigente das atividades criminosas dos demais agentes (art. 62, I, do CP).

Ao final, a pena unificada ficou em 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Não há reparos a fazer na condenação quanto à fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e da agravante do art. 62, I, do CP, perfazendo 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Dissinto, porém, a respeito do concurso material, pois a conduta da apelante no crime de envio de André Eufrazio Silvestre ao exterior ocorreu entre agosto e dezembro de 1990 (fls. 235/236), coincidindo, assim, no tempo, com delitos semelhantes que viti-

maram Adriano de Souza, Cristina Maria da Silva, Cosme Dantas de Freitas e Damião Dantas de Freitas, situando-se, todo esse *iter criminis*, na linha de um único propósito delitivo (art. 71 do CP).

Diante desse quadro, as condutas da apelante devem ser tratadas, como bem disse o douto Procurador Regional da República no seu parecer, “dentro da ótica única de um crime continuado, não se aplicando as regras do concurso material” (fl. 647).

Dessarte, sobre a pena de 05 (cinco) anos e (seis) meses deve incidir a majorante do crime continuado, a qual, dada a quantidade de crimes cometidos, fixo, na esteira do decidido na sentença, em 1/4, completando, definitivamente, a pena de 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

De resto, pelas razões expostas, não há falar em aplicação cumulada da pena de multa, à razão de uma por cada crime cometido.

Assim, reduzo a pena pecuniária a 50 (cinquenta) dias-multa, fixados em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizado nos moldes do art. 49, § 2º, do CP.

Com tais considerações, acatando o parecer ministerial, é o voto pelo:

a) conhecimento e provimento das apelações de Rita Eufrazio Silvestre, Maria Janilda de Souza, Maria José da Silva e Maxsônia Dantas de Freitas, para, em face da prescrição retroativa, declarar extinta a punibilidade dos delitos por que foram condenadas, nos termos dos arts. 109, IV, c/c 110, § 1º, todos do Código Penal; e

b) conhecimento e parcial provimento da apelação de Armanda Zenaide de Queiroz Barbosa, para reduzir a pena privativa de liberdade a 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e a pena de multa a 50 (cinquenta) dias-multa, fixados em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizado nos moldes do art. 49, § 2º, do CP.

Em face da modificação da pena, ela deverá ser cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do CP).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.993-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: ROSANA PEREIRA MARTINS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. CLÓVIS SAHIONE E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO (ART. 228, §§ 2º E 3º DO CP) E TRÁFICO DE MULHERES (ART. 231 DO CP). INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHAS RESIDENTES NO EXTERIOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROMOÇÃO DE OFÍCIO DE NOVAS DILIGÊNCIAS. ART. 156, II, DO CPP. SENTENÇA ANULADA.

- *Apelação contra sentença que condenou a ré a 32 (trinta e dois) anos de reclusão e multa pela prática, em concurso material, dos crimes de favorecimento da prostituição e tráfico de mulheres (art. 228, §§2º e 3º e art. 231 do CP) contra duas supostas vítimas brasileiras. Alegação de cerceamento de defesa e, no mérito, de inexistência de autoria e insuficiência de provas.*

- *É sabido que o arrolamento de testemunhas em locais de difícil acesso ou no exterior serve, por vezes, como meio para retardar a instrução ou ensejar futuros pedidos de nulidade. Todavia, a mera localização no exterior não é motivo suficiente para indeferir a oitiva de todo o rol de testemunhas de defesa, mormente quando residentes na mesma cidade da ré (Llanes - Espanha), na qual o suposto crime teria sido consumado, ao menos em parte.*

- *“Não se compreende na atuação do convencimento judicial o antecipado juízo de desvalor da prova testemunhal a justificar o seu indeferimento, quando o propósito indicado e corres-*

pectivo requerimento regular não estejam a apontar evidência de que se cuida de prova despicienda” (TRF/4ª Região, Correição Parcial nº 200704000278914/RS, Sétima Turma, Rel. Amaury Chaves de Athayde, DJ 07/11/2007).

- O art. 156, II do CPP permite a determinação, de ofício, de diligências por parte do juiz. Caso em que se revela conveniente a requisição de informações sobre outros processos em trâmite na Justiça Federal e a busca de cooperação internacional entre Brasil e Espanha para o compartilhamento de dados sobre a rede de prostituição internacional identificada em Llanes, objetivando a apuração da verdade real sobre a conduta da ré, ora apelante.

- Necessária consideração da vigência, por força do Decreto nº 6.681 de 08/12/2008, de Acordo de Cooperação em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino de Espanha, com vistas à agilização das diligências processuais a serem requeridas pelo juízo de 1º grau.

- Apelação parcialmente provida, para anular a sentença e determinar a reabertura da instrução probatória.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal proposta por Rosana Pereira Martins contra sentença do Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará que a condenou à pena de 32 (trinta e dois) anos de reclusão e multa pela prática, em concurso material, dos crimes de favorecimento da prostituição qualificada por fraude e tráfico de mulheres (arts. 228, §§ 2º e 3º, e 231 do CP) em duas condutas autônomas. Na mesma ocasião, determinou o cumprimento da pena em regime fechado e a expedição de mandado de prisão, com o competente pedido de extradição dirigido ao Reino de Espanha, onde reside a ré (fls. 498/527).

O magistrado de 1º grau entendeu provados os fatos alegados pelo Ministério Público Federal, de que a ré Rosana Pereira Martins aliciou, no ano de 2001, duas mulheres no Estado do Ceará (Odeva Alice de Sales e Francisca Fabiana Vieira) para viajarem à cidade espanhola de Llanes, onde reside, com o suposto fim de trabalharem como garçonetes. Lá, prossegue o magistrado, ambas as vítimas teriam sido forçadas a trabalhar em estabelecimento de prostituição comandado pelo cidadão espanhol conhecido como Benito, sendo aprisionadas em virtude de dívidas com o pagamento das passagens.

A partir de sua conclusão sobre os fatos, o magistrado sentenciante afirmou que Rosana atuou no aliciamento das duas mulheres no Ceará e promoveu sua viagem (pagamento de passagens e emissão de passaportes) para obter lucro, no que teria sido apoiada por seu marido, o policial espanhol Luiz Angel Portilla Perez. Na dosimetria da pena, reconheceu o concurso material entre os tipos do arts. 228 e 231 do CP, com redação à época dos fatos, bem como a agravante de motivo torpe (obtenção de lucro) e a repetição, também em concurso material, de duas condutas, o que levou à pena acima mencionada.

Irresignada, apela a ré às fls. 588 e 569/587 com o objetivo de anular a sentença de 1º grau ou obter sua absolvição por inexistência de autoria ou insuficiência de prova, com base nos seguintes argumentos: a) que o magistrado de 1º grau, durante a instru-

ção, cerceou sua defesa ao impedir a oitiva de testemunhas residentes em Llanes (Espanha), as quais seriam indispensáveis para a elucidação dos fatos; b) que a ré seria, na verdade, uma vítima de esquema internacional de tráfico de mulheres, tendo sido “vendida” para casas de prostituição em Israel e na Espanha até conhecer seu atual marido, o policial espanhol Luiz Angel Portilla Perez; c) que o espanhol Benito foi um de seus exploradores, pelo que não mantém mais relações com ele; d) que atualmente trabalha como cozinheira em um restaurante comum de Llanes, e não tem vínculos com as casas de prostituição; e) que as supostas vítimas Odeva Alice e Francisca Fabiana são suas primas, mas que em nenhum momento a ré promoveu sua viagem à Espanha ou teve proveito econômico de sua prostituição junto ao prostíbulo do espanhol Benito ou outras casas do gênero; f) que não há prova de sua participação no esquema criminoso, sendo reconhecida como pessoa idônea pela comunidade de Llanes; g) que a acusação formulada por Odeva Alice e motivadora da denúncia deve-se a desejo de vingança pessoal de sua prima, em virtude de desavenças motivadas pelo uso de cocaína; e h) que, quanto à dosimetria, a pena revela-se exacerbada e fora dos parâmetros legais e jurisprudenciais para a fixação de agravantes e concurso material.

Contrarrazões apresentadas às fls. 694/701.

No parecer de fls. 707/713 oferecido perante o 2º grau, o MPF opina pelo provimento parcial da apelação, apenas para diminuir a pena aplicada.

É o relatório.

Ao Desembargador Federal Revisor.

VOTO

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

A sentença recorrida caracteriza-se pelo reconhecimento, em *emendatio libelli*, de conduta criminosa por parte da ré Rosana Pereira Martins contra 02 (duas) vítimas – Odeva Alice de Sales e Francisca Fabiana Vieira. Enquanto, na denúncia, o fato foi capitulado com base no art. 231, § 3º, do CP (tráfico de mulheres para a obtenção de lucro, na redação da época dos fatos), o Juiz Federal

Danilo Fontenelle Sampaio identificou o concurso material, contra as duas vítimas, do tipo acima referido com o do art. 228 do Código (favorecimento da prostituição). Independentemente desse detalhe técnico, percebe-se o reconhecimento da materialidade e autoria.

Segundo o magistrado, a ora apelante Rosana faria parte de um esquema internacional de cooptação de mulheres no Brasil para o exercício da prostituição, em regime análogo à escravidão, no Principado de Astúrias (Espanha), onde reside atualmente com seu marido e filhos. Em síntese, a sentença admite que a apelante dirigiu-se ao Ceará, Estado de seu nascimento, para aliciar suas primas Odeva Alice e Francisca Fabiana para a prostituição. Tal intuito teria sido realizado mediante fraude, pois ambas teriam viajado à Espanha com o propósito de trabalharem como garçonetes no Bar Copacabana, de propriedade da apelante. Já em território estrangeiro, foram compulsoriamente hospedadas no estabelecimento denominado “Hollywood”, de propriedade do espanhol Benito Ordas Garcia. Após fugirem do local, ambas retornaram ao Brasil e, por meio de notícia-crime formulada perante a Delegacia da Mulher, seus depoimentos deram ensejo à presente ação penal.

Após discorrer sobre o fundamento internacional para a repressão ao crime de tráfico de pessoas e a necessidade de combater tais condutas nas regiões pobres do país, o Juiz sentenciante apresenta sua conclusão pelo reconhecimento da materialidade e autoria dos crimes. Transcrevo a fundamentação contida no provimento ora recorrido:

85 - Ora, os depoimentos colhidos em sede policial e em juízo, sob o crivo do contraditório, demonstram que a versão dos fatos apresentada pela denunciada, negando a prática criminosa, mostra-se desprovida de razoabilidade e dissociada do contexto probatório coligido nos autos.

86 - Com efeito, a prova oral produzida demonstra de forma inequívoca que Rosana Pereira Martins participou diretamente da abordagem das vítimas, utilizando-se de ardil para induzir as vítimas a deixarem o país, desempenhando papel determinante na prática delitiva, uma vez que tinha ela o domínio final do fato, sendo a responsável pela

aquisição das passagens e demais documentos necessários à saída do país. As vítimas, por sua vez, foram iludidas quanto ao convite de trabalho a ser exercido na Espanha, uma vez que afirmaram explicitamente que não tinham conhecimento de que estavam sendo atraídas para atividade de prostituição, pois imaginavam que iriam trabalhar no mesmo ramo de atividade exercida aqui no Brasil. Tal fato é confirmado, inclusive, pelo depoimento da mãe de Odeva Alice Sales – Sra. Francisca Vieira Sales, acima transcrito.

87 - Merece ainda ser destacado que o exercício atual de profissão lícita (cozinheira) e a possível estabilidade (econômica/psico-social) adquirida com o casamento e o nascimento de duas filhas não possuem o condão de afastar a participação de Rosana Pereira Martins no crime anterior de favorecimento à prostituição, tampouco se mostram relevantes aos fatos delitivos em questão o aparecimento das vítimas (Odeva e Fabiana) em situações de festa promovidas pela acusada ou reportagens da televisão espanhola.

(...)

89 - Em corroboração, tem-se que o fato de que a própria acusada vivenciou situação semelhante quando inicialmente se submeteu, contra sua vontade e sob ameaça, a se prostituir em Israel, exercendo tal ofício posteriormente na Espanha, quando foi trabalhar para o rufião de nome Benito (Benito Ordas Garcia) – o mesmo para quem Odeva Alice e Francisca Fabiana foram encaminhadas. É de se notar que o mesmo sistema de atendimento ao “cliente” foi apontado tanto por Rosana Pereira Martins como por Odeva Alice, isto é: a prostituta se aproximava do potencial cliente para induzi-lo ao consumo de bebidas e programa sexual, o que confirma a participação da ré em todos os seus atos.

90 - Também não merece prosperar o argumento de que Odeva Alice e Francisca Fabiana tenham ido à Espanha por conta própria. Explica-se: a) os depoimentos nos autos são convergentes no sentido de que Rosana Pereira Martins há muitos anos não encontrava (*sic*) em contato com seus familiares residentes nesta Capital, sendo, pois, de todo improvável, senão impossível, que as mesmas soubessem da precisa localização da acusada na Espa-

nha, quiçá da existência do caftén Benito; b) Odeva Alice e Francisca Fabiana, por serem pessoas de parques recursos financeiros, jamais poderiam arcar com as despesas decorrentes de uma viagem internacional.

91 - Acrescente-se, em reforço aos argumentos já expendidos, que a denunciada está sendo processada pela Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, por envolvimento com prostituição e tráfico de mulheres para o exterior, tendo sido o seu nome incluído no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos (fls. 20 e 77/78 do IPL).

92 - Por fim, em prol da defesa da acusada, há o depoimento de Francisca Fabiana Vieira prestado às fls. 80/81 do Inquérito Policial, quando afirmou que: “nunca recebeu nenhuma proposta por parte de Rosana Pereira Martins, para se prostituir na Espanha”.

93 - No entanto, não se pode emprestar a tal depoimento correspondência com a verdade dos fatos, pois consta no Auto de Acareação procedido no âmbito da Polícia Federal (fls. 119/120) com o fim de esclarecer as divergências verificadas nas declarações de Odeva Alice e Francisca Fabiana, que esta última, embora tenha ratificado seu depoimento anterior, demonstrou visível temor em falar sobre o assunto.

94 - A propósito, o Delegado Federal encarregado da diligência consignou em relatório complementar que: ... “enquanto Odeva manteve sua versão de que a prima comum, Rosana, as levou à Espanha para prostituição, Fabiana negou. Era visível no rosto de Fabiana o medo em falar sobre o assunto. Informalmente chegou a concordar com Odeva, mas declarou ter medo de falar, principalmente porque pretende retornar à Espanha para casar-se e morar na mesma cidade onde mora Rosana, pessoa que considera ser muito bem informada, e que de tudo sabe” (fl. 121 do IPL).

95 - Vale salientar que a maioria das garotas convidadas para “trabalhar” na Espanha são pessoas humildes e de pouca instrução, representando, assim, alto grau de vulnerabilidade em caso de intimidação.

96 - Conclui-se, pois, que os fatos narrados na denúncia encontram-se devidamente provados, sendo a ré a responsável pelos mesmos. (Fls. 521/523)

Não pretendo, nesta ocasião, apreciar a verossimilhança ou não da tese acusatória e, por consequência, da sentença do 1º grau que condenou a ré Rosana à elevada pena de 32 (trinta e dois) anos de reclusão. Isso porque, após uma avaliação mais detalhada dos autos e de todas as peças produzidas na fase inquisitorial e na instrução probatória judicial, chego à necessária conclusão de que *houve, de fato, cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de provas fundamentais para o deslinde do caso*. Nesse contexto, divido minha argumentação em dois aspectos distintos: a) o indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa e residentes em Llanes (Espanha); b) a determinação *ex officio* de diligências para dirimir dúvida relevante (art. 156 do CPP).

a) indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa e residentes em Llanes (Espanha):

Desde o oferecimento de sua defesa prévia de fls. 198/202, a apelante requereu a oitiva de 08 (oito) testemunhas residentes em Llanes (Espanha), que supostamente atestariam sua inocência. O pedido teve a concordância expressa do MPF, que salientou sua importância para “trazer à baila informações sobre o seu comportamento no período indicado na denúncia, bem como sua situação de vida atual” (fl. 310). No entanto, foi o pedido indeferido pelo magistrado de 1º grau, nos seguintes termos:

- 3 - No entanto, a defesa não indica a pertinência das ditas testemunhas residentes no exterior com a materialidade e/ou autoria do fato criminoso que lhe é imputado, ficando observado que, em sendo as pessoas indicadas testemunhas de mera referência, nada terão a acrescentar, tendo em mente possuir a acusada bons antecedentes, não se levantando nos autos dúvidas quanto à sua primariedade.
- 4 - Em face do exposto e contido nos autos, indefiro o pedido formulado pela defesa de inquirição de testemunhas fora do território nacional. (Fl. 313)

Após protestar, na primeira oportunidade, sobre o cerceamento de sua defesa (fls. 328/329), a ora apelante esclareceu que as testemunhas não são de mera referência, como havia antecipado o magistrado, embora tenha se reservado ao direito de não informar previamente o teor esperado dos depoimentos. Novamente o pedido foi negado, mas, desta feita, o magistrado permitiu a junta de declarações escritas das testemunhas. Com efeito:

2 - Às fls. 328/329, a defesa da ré insiste em ditas oitivas afirmando que ditas testemunhas são dignas de confirmarem os fatos narrados no interrogatório da ré, negando-se a esclarecer os fundamentos de tal percepção.

3 - Percebo, pois, que se as oito testemunhas arroladas pela defesa, todas residentes na Espanha, podem realmente confirmar as teses levantadas pela ré durante seu interrogatório, nada mais necessário que suas declarações por escrito, sem necessidade de serem ouvidas em carta rogatória, vez que este juízo dá-se por satisfeito com ditas declarações. (Fl. 341)

Embora irresignada, a defesa da apelante trouxe declarações escritas das pretendidas testemunhas espanholas, com a correspondente tradução juramentada (fls. 353/411).

É sabido que a oitiva de testemunhas no exterior ou em lugares remotos serve como mecanismo de retardo no trâmite processual e, até mesmo, como meio para ensejar futuras alegações de nulidade do processo. A literatura processual penal e a prática forense trazem alguns exemplos clássicos de chicanas com o objetivo de tumultuar a instrução, sendo alguns quase folclóricos – o pedido de intimação do Papa no Vaticano, ou a oitiva de uma menor de nome desconhecido residente na zona rural da Ilha de Marajó. Não há dúvidas de que, a cada pedido de diligência, deve o juiz estar atento a seu propósito e utilidade, para que se impeça o desvio de finalidade e o abuso de direito por parte do réu.

No entanto, não é razoável tratar todas as situações de oitiva de testemunhas no exterior como um problema para a instrução ou com olhar de suspeita. Há casos e casos, e cabe a este Tribunal avaliar a situação concreta para determinar se, de fato, o pedido de produção da prova testemunhal é manifestamente protelatório ou, ainda, desnecessário para a elucidação do crime.

A meu ver, a prova testemunhal era relevante nesse processo, até porque todo o rol legal de testemunhas de defesa foi indeferido. Ou seja, nenhum dos arrolados pode ser ouvido, ainda que por carta rogatória, sobre os fatos imputados à apelante Rosana Pereira Martins. Pode-se dizer, em apoio à decisão do 1º grau, que as informações mais relevantes foram supridas pela juntada de declarações escritas das pretendidas testemunhas, devidamente tra-

duzidas para o português. Ocorre que esse fato não pode suprimir o direito de produção de prova ínsito à condição de parte no processo penal, por dois motivos bem evidentes: a) foi gerada uma situação processual anti-isonômica sem fundamentação suficiente; e b) o teor da prova documental substitutiva contradiz o argumento utilizado pelo magistrado para o indeferimento das oitivas.

Nos dias atuais, o processo penal moderno não é visto apenas como um acessório neutro para a instrumentalização de demandas, no qual se estabelecem procedimentos básicos e regras taxativas para sua implementação. Pelo contrário, a moderna processualística adota uma visão acima de tudo garantista, para que as disposições do Código sejam lidas à luz dos princípios e direitos fundamentais albergados na Constituição. Assim, parece-me inquestionável que o processo penal deve servir como um meio de concretização de garantias ao cidadão que dele participa, para que se impeça o uso arbitrário do poder estatal e, além disso, seja assegurada a participação dialógica da acusação e da defesa na formação do convencimento do julgador.

Nesse contexto, a disciplina da prova no processo penal assume grande destaque, tanto por sua complexidade nos casos concretos como pela importância que tem a fase de instrução para o exercício do direito de defesa. Por isso, admite-se pacificamente a prevalência de um sistema não tarifário de provas, no qual a regra é a liberdade de forma, quantidade e conteúdo, e a idéia de *paridade de armas*, para garantir ao Ministério Público e ao réu as mesmas chances de provar suas versões da realidade. Ou seja, permitir que a acusação produza prova testemunhal e negar tal meio para a defesa exige uma justificação robusta, cabendo ao magistrado presidente da instrução o encargo do argumento sobre a racionalidade de serem as oitivas indeferidas.

Quanto a esse último ponto, afigura-se equivocada a decisão indeferitória, *in totum*, da produção de prova testemunhal no estrangeiro, sob a alegação genérica de serem todas as testemunhas “de mera referência”, sem contribuição para o caso. É que há um fundamento relevante para o requerimento da oitiva por parte da apelante Rosana Pereira Martins: *apesar de brasileira, ela reside há vários anos na cidade de Llanes (Espanha), e lá formou*

a maior parte de seu círculo social atual. Por mais forte que seja a possibilidade de que algumas testemunhas limitem-se a atestar o caráter de “trabalhadora” ou “boa pessoa” da ré, é razoável imaginar que as oitivas revelem informações novas para a elucidação dos fatos. Afinal, além de residir a apelante em Llanes (Espanha), deve-se ter em conta que os crimes dos arts. 228 e 231 do CP teriam sua consumação ou exaurimento tanto no Brasil como na Espanha, o que reforçaria a importância de que fossem ouvidos também os residentes do outro país.

Como exemplo, menciono o caso da testemunha espanhola Juan Antonio Galan Campillo, cuja oitiva foi indeferida. Em sua declaração escrita, revelam-se dados novos que sequer foram insinuados por outros meios de prova. Transcrevo a tradução juramentada de sua declaração:

Que conheci Odeva Alice de Sales no clube Hollywood (Nota do tradutor: casa noturna), onde exercia a prostituição, e ela me disse que se chamava Eloisa, Elo para os amigos.

Que tive muita intimidade com ela, com a qual entrava sempre no quarto. Muitas vezes, quando ela descansava ou quando não queria trabalhar, saíamos juntos para comer ou jantar e tomar uns drinques ou para dançar na cidade e, outras vezes, íamos a outras cidades mais afastadas como Santander ou Oviedo, que ficam a 100 quilômetros de Llanes.

Que, quando Eloisa (Odeva) percebeu que minha situação econômica não era a que ela pensava, deixou de sair comigo e começou a sair com outros clientes, saindo ultimamente com um cliente de Galícia chamado Julio, que se dedicava à construção, era casado e frequentava ambientes pouco recomendáveis relacionados com a cocaína.

Que, quando Eloisa (Odeva) saía comigo, eu pagava todas as despesas e ela nunca comentou que tivesse problemas no clube, pelo contrário, sempre disse que ganhava muito dinheiro; além disso, ela vestia roupas caras e tinha um telefone celular de última geração e sempre dizia que queria ficar na Espanha e encontrar um homem rico.

Odeva sempre falava de maneira pejorativa e com ódio da prima Rosana, dizendo que esta se achava uma rainha porque tinha um negócio próprio e um marido policial e um

dia a faria descer do pedestal. Também não gostava da sua prima Fabiana porque trabalhava mais do que ela no clube.

Que Odeva me contou que tinha vindo para a Espanha a convite de Mary, a encarregada do clube Hollywood, através de um contato que o dono tinha em São Paulo. (fl. 370)

A leitura desse depoimento é decisiva para a formação do meu convencimento sobre o cerceamento de defesa, pois permite uma conclusão que, apesar de não desconstituir a sentença condenatória, ao menos indica a pertinência do requerimento de oitiva indeferido: *nenhuma das testemunhas de acusação, com exceção das próprias vítimas, viu a situação a que essas estavam submetidas em Llanes (Espanha)*. Ou seja, seria ao menos interessante ouvir a versão mais detalhada do espanhol Juan Antonio Galan Campillo e dos outros arrolados – todos, ressalte-se, com endereço conhecido numa mesma cidade e país, tendo a Espanha um Poder Judiciário reconhecidamente isento e capaz de produzir a prova com qualidade e presteza. Ademais, por respeito ao já mencionado princípio processual da paridade de armas, deve-se garantir à ré o mesmo direito de produção de prova concedido ao Ministério Público, quando, e isso já se demonstrou, a alegação de inutilidade das oitivas não mais se sustenta.

Ademais, cumpre-me salientar que, após a inclusão em pauta deste feito, a apelante Rosana juntou aos autos documento pelo qual Francisca Fabiana Vieira, uma das supostas vítimas da ação criminosa, informa que nunca recebeu proposta para prostituir-se na Espanha, nem foi recrutada com essa finalidade (fls. 751/752). Trata-se de mais uma depoente a ser ouvida na cidade de Llanes, o que só reforça a tese da reabertura da instrução, por mim acolhida.

Sobre o tema, merece destaque o seguinte precedente do TRF da 4ª Região:

PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. OITIVA DE TESTEMUNHA RESIDENTE NO EXTERIOR. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Ao juiz cabe o exercício valorativo da prova produzida, tanto como indeferir a produção de prova manifestamente desnecessária ou protelatória.

2. Não se compreende na atuação do convencimento judicial o antecipado juízo de desvalor da prova testemunhal a justificar o seu indeferimento, quando o propósito indicado e respectivo requerimento regular não estejam a apontar evidência de que se cuida de prova despicienda. (Correição Parcial nº 200704000278914/RS, Sétima Turma, Rel. Amaury Chaves de Athayde, DJ07/11/2007)

Concluo, portanto, pela ausência de fundamento legal ou fático para a dispensa da oitiva das testemunhas da defesa, o que já bastaria para a anulação da sentença e a reabertura da instrução processual. No entanto, no uso do poder conferido ao magistrado pelo art. 156 do CPP e em benefício da verdade real, julgo relevante apresentar outras razões que justificariam a decisão.

b) a determinação ex officio de diligências para dirimir dúvida relevante (art. 156 do CPP):

O Código de Processo Penal brasileiro, tanto na versão anterior como na posterior às últimas reformas nos procedimentos nele previstos, acolheu a tese da iniciativa judicial na produção de prova, com mitigação do princípio acusatório. Para tanto, garante ao magistrado presidente da instrução a possibilidade de requisitar diligências e arrolar, mesmo sem requisição das partes, novas testemunhas que julgue importantes para a formação de sua convicção.

Eis o teor do art. 156 do CPP, em sua nova versão:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Além de apontar o cerceamento de defesa como motivo suficiente para a anulação da sentença, uso-me da faculdade conferida pelo dispositivo acima transcrito para indicar alguns caminhos para a produção de provas complementares.

O primeiro ponto que me parece importante, e não foi suficientemente debatido na sentença anulada, é a existência de processo judicial contra a apelante Rosana Pereira Martins perante a 5ª Vara Criminal da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Consta dos autos a existência de mandado de prisão preventiva, muito embora não se saiba sequer o andamento do feito, o nome das vítimas e quais provas poderiam servir de subsídio comum (enquanto prova emprestada, segundo o critério do magistrado de 1º grau) para este caso da 5ª Região. Parece-me relevante requerer informações sobre o andamento e a remessa das principais peças da Ação Penal nº 99.00.047126-1, desmembrada da Ação Penal nº 98.00.064138-6.

O segundo ponto também se refere a processo que não foi discutido na sentença anulada. Refiro-me à Ação Penal nº 2008.35.00.023804-2, em trâmite na 11ª Vara da Justiça Federal de Goiás no qual figuram como réus Benito Ordas Garcia (o suposto cafetão que explorava as supostas vítimas Odeva Alice e Francisca Fabiana), Manuela Fernandes Torre e Deise Mary Piniheiro Cortes Veja. Ora, a tese da acusação é de que a apelante Rosana agia em associação no exterior com o espanhol Benito. Por outro lado, a declaração escrita de Juan Antonio Galan Campillo (testemunha arrolada, mas não ouvida) menciona que a ida de Odeva Alice para a Espanha deveu-se ao convite de pessoa chamada “Mary”, que talvez seja a ré no processo de Goiás. A meu ver, seria conveniente para a instrução que o magistrado da 11ª Vara do Ceará requisitasse as informações atualizadas e as peças processuais mais relevantes também nesse caso.

Por fim, observei, em rápida consulta sobre o tema em jornais espanhóis disponíveis na Internet (*links*: http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pRef=1831_48_581070__Sucesos-Tres-detenedos-Llanes-traer-obligarlas-prostituirse e http://www.lahoradeasturias.com/index.php?id_not=0000001546&id_ed=00000024), que o problema da prostituição na cidade de Llanes é grave e levou a uma investigação de grandes proporções, na qual tanto o suposto cafetão Benito como Manuela Fernandes Torre e cidadãs brasileiras (Tatiana S.C., Luciana G.C. Maria Cláudia G.C.) foram detidos. Certamente, a cooperação internacional seria um valioso auxílio nesse caso, para que os Poderes Judiciários brasileiro e espa-

nhol, bem como seus órgãos de polícia, pudessem compartilhar dados e provas dentro dos respectivos limites legais e constitucionais.

Sobre isso, cumpre-me lembrar que o Brasil e a Espanha celebraram em 2006 Acordo de Cooperação em Matéria Penal, que trata, dentre outros temas, do auxílio no cumprimento de diligências processuais, de modo a agilizá-las e assegurar sua efetividade. Caso reaberta a instrução, como ora sugiro, o dispositivo em questão, em vigor no território brasileiro desde a edição do Decreto nº 6.681 de 08/12/2008, terá grande valia e certamente será acionado pelo Ministério da Justiça caso requerido pelo juízo de 1º grau. A título de ilustração, transcrevo alguns de seus dispositivos:

ARTIGO 3º

Alcance do Auxílio

O auxílio compreenderá:

- a. notificação de atos processuais e citações;
 - b. obtenção, produção e utilização de provas, tais como depoimentos e declarações, perícias e inspeções de pessoas, bens e lugares;
 - c. localização e identificação de bens e pessoas;
 - d. intimação de acusados, testemunhas e peritos para comparecer voluntariamente com a finalidade de prestar declaração ou depoimento no território da parte requerente;
 - e. transferência temporária de pessoas detidas com o objetivo de comparecer voluntariamente como testemunhas ou acusadas no território da parte requerente ou com outros propósitos expressamente indicados no pedido em conformidade com o presente acordo;
 - f. medidas cautelares sobre bens;
 - g. cumprimento de outras solicitações referentes a bens, incluindo a eventual transferência do valor dos bens confiscados de maneira definitiva;
 - h. entrega de documentos e outros objetos de prova;
 - i. troca de informação sobre a legislação das partes;
 - j. qualquer outra forma de auxílio que não seja proibida pelo ordenamento jurídico interno da parte requerida.
- (...)

ARTIGO 14

Comparecimento de pessoas perante as Autoridades da parte requerida

1. Toda pessoa que se encontre no território da parte requerida e à qual se solicite prestar declaração, depoimento ou perícia, apresentar documentos ou elementos de prova, ou qualquer forma de auxílio em virtude deste acordo, deverá comparecer, em conformidade com a legislação processual da parte requerida, perante a autoridade competente dessa. A parte requerida procederá à intimação da pessoa sob as sanções cominatórias estabelecidas por sua legislação.

2. A autoridade competente da parte requerida autorizará a presença, sob sua direção, das autoridades da parte requerente indicadas no pedido durante a execução das diligências e permitirá que formulem perguntas. A audiência ocorrerá conforme os procedimentos estabelecidos pela legislação da parte requerida ou na forma especial solicitada pela parte requerente.

3. Na hipótese prevista no parágrafo anterior, a parte requerida informará com antecedência suficiente o lugar e a data em que será realizado o auxílio solicitado. Quando necessário, as autoridades competentes consultar-se-ão por meio de suas Autoridades Centrais, com o objetivo de fixar uma data conveniente para as autoridades competentes das partes.

4. Se a pessoa referida no parágrafo 1º alegar imunidade, privilégio ou incapacidade segundo o ordenamento jurídico da parte requerida, a autoridade competente da parte requerida decidirá antes do cumprimento do pedido e comunicará à parte requerente por meio da Autoridade Central.

5. Se a pessoa a que se faz referência no parágrafo 1º alegar imunidade, privilégio ou incapacidade segundo a legislação da parte requerente, a autoridade competente da parte requerida informará o fato, por meio de sua Autoridade Central, a fim de que as autoridades competentes da parte requerente resolvam a respeito.

(...)

ARTIGO 21

Troca Espontânea de Informação

1. As Partes poderão, sem solicitação prévia, trocar informação relativa a fatos delituosos, caso considerem que tal informação possa ser útil para iniciar ou conduzir investigações ou processos.

2. A Parte que fornecer a informação poderá impor condições sobre o uso que a Parte receptora fará dessa. Ao aceitar a informação, a Parte receptora se compromete a respeitar as condições.

ARTIGO 22

Transferência de Procedimentos Penais

1. As Partes poderão, por meio de suas Autoridades Centrais, transmitir denúncias cujo objeto seja instaurar um procedimento perante as autoridades judiciais da outra Parte, quando considerarem que essa Parte se encontra em melhores condições para levar adiante a investigação e ajuizamento dos fatos.

2. A Parte requerida deverá notificar a Parte requerente do curso dado à denúncia e remeterá, se for o caso, uma cópia da decisão adotada.

Com tais sugestões, não descredencio o trabalho já realizado, até porque as novas diligências podem não ser indispensáveis para a condenação ou absolvição. Todavia, e considerando que haverá de ser expedida de qualquer modo uma carta rogatória para a oitiva das testemunhas na Espanha, seria ao menos interessante para a elucidação da verdade real que as medidas fossem apreciadas.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação de Rosana Pereira Martins, para anular a sentença de fls. 498/527 e determinar a reabertura da instrução, com a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, com a expedição da competente carta rogatória, ou através da solicitação de cooperação internacional para a repressão penal, pelos meios legais cabíveis, inclusive para o compartilhamento de informações sobre a suposta participação da apelante na rede de prostituição internacional de Llanes (Espanha), que já foi objeto de investigação naquele país.

Sugiro, *data venia*, que o Juízo *a quo* requirite informações junto à 5ª Vara Criminal da Justiça Federal do Rio de Janeiro sobre a Ação Penal nº 99.00.047126-1, assim como peça informações à 11ª Vara da Justiça Federal de Goiás sobre a Ação Penal nº 2008.35.00.023804-2.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.114-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelantes: JURANDIR MANOEL FREIRE, FERNANDO MON-
TEIRO DOS SANTOS E ANTONIO MANOEL DA
SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

EMENTA: PENAL. CÁRCERE PRIVADO. ART. 148 DO CÓDIGO PENAL. INDÍGENAS. PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DE SERVIDORES PÚBLICOS DENTRO DO PRÉDIO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INCABIMENTO DE DECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MENOS GRAVOSO. CONJUNTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS.
- Apelantes, que são indígenas da etnia Pankararu, acusados de manterem reféns servidores públicos dentro do prédio da Funai.
- Alegação de nulidade absoluta da sentença, por afronta ao princípio da ampla defesa, visto que não teria mencionado as alegações da defesa, mas apenas o que alegaram as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal, que não se acolhe, visto que o juiz não é obrigado a examinar todas as teses e/ou argumentos jurídicos invocados pelas partes, podendo deixar de analisar alguns quando a apreciação dos demais der ensejo à formação do seu convencimento; de igual modo, o não acatamento das teses da defesa não importa em nulidade, posto que ao julgador toca apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide (princípio do jura novit curia – o juiz conhece o direito).

- Sentença que está devidamente fundamentada, em harmonia com as provas coligidas aos autos, tendo o magistrado pormenorizado os elementos que formaram a sua convicção, a teor dos artigos 157, 381 e 387, todos do Código de Processo Penal - CPP.

- Autoria e materialidade do crime cabalmente comprovadas pelo conjunto probatório produzido nos autos, notadamente pelos documentos e depoimentos das testemunhas de acusação e das vítimas, além do que todos os acusados admitiram em Juízo que integravam o grupo de indígenas que estava presente no prédio da FUNAI no dia dos fatos narrados na peça acusatória.

- Não socorre os apelantes a asserção de que o curto lapso de tempo em que as vítimas ficaram privadas da liberdade, cerca de 2 (duas) horas, descaracterizaria o tipo ora examinado, eis que, como crime material, que possui resultado naturalístico, a sua consumação ocorre no momento em que a vítima é privada da sua liberdade, ainda que por um curto espaço de tempo.

- Não prospera, igualmente, a alegação de que os apelantes não agiram com o desiderato de privar as vítimas de sua liberdade de locomoção, sendo esse apenas um meio para se alcançar um outro fim, qual seja, o de pressionar o INCRA para obter o combustível visando o retorno à aldeia, visto que o crime de cárcere privado consuma-se com a privação da liberdade de alguém, não se exigindo dolo específico, ou seja, um fim especial de agir.

- Descabimento do pedido de desclassificação do delito de cárcere privado (art. 148, do CP) para o delito de constrangimento ilegal (art. 146, do CP), visto que ficou cabalmente demonstrado nos autos que as condutas dos apelantes se amoldam perfeitamente ao tipo descrito naquele dispositivo penal, combinado com os artigos

art. 29 (concurso de agentes) e 70 (concurso formal, com unidade de desígnios), ambos do CP.

- Não conhecimento da apelação, por falta de interesse recursal, quanto ao pedido de reconhecimento da atenuante prevista no art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), eis que já fora considerada pela sentença no cálculo da pena.

- O pleito de cumprimento da pena “no Posto Indígena Pankararu, órgão da FUNAI localizado na Terra Indígena Pankararu”, deve ser formulado perante o Juízo próprio – o da execução penal – competente para a sua apreciação, a teor do disposto no art. 66, V, g, da Lei nº 7.210/84.

- Em relação à fixação da pena-base, o Tribunal pode, em sede de apelação, mesmo que no recurso a defesa não tenha se insurgido especificamente sobre tal ponto, avaliar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, atribuindo-lhes valoração diversa ou mesmo considerar circunstâncias não mencionadas na sentença recorrida, desde que tal iniciativa não importe a majoração da pena.

- Dentre as 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a sentença valorou negativamente apenas 3 (três), quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade dos agentes, tendo, apesar disso, fixado a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, que muito mais se aproxima do máximo legal (3 anos), quando deveria se aproximar do mínimo legalmente cominado (1 ano), o que atenta contra o princípio da proporcionalidade, que deve orientar a individualização da pena.

- É certo que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do C.Pen., não é uma operação aritmética: por isso, seria temerário asseverar que da subtração de um dentre

os diversos dados negativos, aos quais aludiu a sentença, resultasse necessariamente a fixação de pena menor” - HC nº 84120/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 22-6-2004.

- No caso concreto, contudo, a pena-base se revelou exagerada, por não ter havido motivação idônea para tanto, impondo-se a sua redução para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, ou seja, um pouco acima do limite mínimo cominado, visto melhor se coadunar com o conjunto das circunstâncias judiciais apuradas no caso, sendo necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

- Pena definitiva reduzida para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias, para cada apelante.

- Em relação ao regime de cumprimento da pena, a sentença condenou os ora apelantes ao cumprimento em regime semi-aberto, mais gravoso do que o legalmente indicado (aberto), forte no argumento “de que os réus são inclinados à prática de ilícitos de natureza semelhante, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal”.

- Reforma da sentença, de ofício, para determinar que os apelantes cumpram a pena em regime aberto, a teor do art. 33, c, do Código Penal, vez que as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, lhes são favoráveis.

- Apelação provida em parte, para reduzir a pena privativa de liberdade, bem como para, de ofício, fixar regime de cumprimento da pena menos gravoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação, e, de ofício, fixar regime de cumprimento da pena menos gravoso para os apelantes, nos termos do relatório,

voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação criminal desafiada por Jurandir Manoel Freire, Fernando Monteiro dos Santos e Antônio Manoel da Silva, representados pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, em face da sentença de fls. 471/481, que os condenou pela prática do crime capitulado no art. 148, *caput* (cárcere privado), c/c os artigos 29 e 70, todos do Código Penal, fixando a pena, para cada um, em 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Segundo consta na peça acusatória (fls. 3/7), no dia 21-9-2000, por volta das 11:00h, vários índios da etnia Pankararu, liderados pelo ora apelante Jurandir Manoel Freire, e dentre os quais estavam os demais acusados, encontravam-se na sede da FUNAI, exigindo a liberação de combustível para o retorno às suas terras; pelo fato de não haver óleo diesel no posto de combustível que abastece os veículos daquela Autarquia, os índios, revoltados, fecharam o portão de entrada e saída do prédio e colocaram um veículo por eles fretado próximo ao portão, com a finalidade de impedir o trânsito de pessoas e de veículos.

Diz-se, ainda, que tal situação perdurou por aproximadamente 2 (duas) horas, período durante o qual os índios, armados com cassetetes e bordunas, ameaçaram servidores, além de impedir-lhes de se locomover, e exigiram que fosse providenciada uma quantia em dinheiro para a aquisição do combustível necessário ao retorno às suas aldeias, somente normalizando a situação quando os índios obtiveram a quantia esperada.

Nas razões recursais, pugnam os apelantes pelo provimento do recurso, com base nos seguintes argumentos:

a) a sentença é nula, por ofensa ao princípio da ampla defesa, visto que o convencimento do Juízo foi firmado excluindo completamente as alegações e os argumentos da defesa, considerando apenas o que alegaram as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal;

b) inexistente nos autos prova da materialidade delitiva, visto que não foi demonstrado ter havido a privação da liberdade de locomoção dos servidores da FUNAI, mediante os interrogatórios dos acusados e pelos depoimentos prestados pelas testemunhas Gilberto Manoel Freire e Maria Jenivan Barros da Silva, bem como inexistente prova da autoria, visto que as testemunhas arroladas pela acusação afirmaram, de forma genérica, que os índios haviam invadido a FUNAI, mas sem mencionar que viram efetivamente os acusados praticando os atos descritos na denúncia, impondo-se a absolvição dos apelantes, a teor do art. 386, I, do CPP;

c) o fato descrito na denúncia é atípico, vez que para caracterizar o crime de cárcere privado é necessária a privação da liberdade por um lapso temporal razoável, sendo o período de 2 (duas) horas ínfimo para tal mister, além do que não houve o dolo de privar as vítimas de sua liberdade de locomoção, sendo esta privação apenas um meio para se alcançar um outro fim, qual seja, o de pressionar o INCRA para obter o combustível visando o retorno à aldeia, impondo-se a absolvição dos acusados pelo delito previsto no art. 148, *caput*, do Código Penal; caso o Tribunal assim não entenda, requerem a desclassificação do crime para o previsto no art. 146, do referido Estatuto Repressor (constrangimento ilegal);

d) em caso de condenação, a pena deve ser aplicada no seu mínimo legal, com observância do artigo 56, e parágrafo único, da Lei nº 6.001/73, devendo, acaso seja aplicada pena privativa de liberdade, os apelantes responderem em regime de semi-liberdade ou liberdade, conforme o caso, no Posto Indígena Pankararu, órgão da FUNAI localizado na terra Indígena Pankararu.

Contra-razões apresentadas pelo Ministério Público Federal às fls. 559/573, pelo improvimento do recurso.

No parecer ofertado pelo *Parquet* Federal, pugna-se pela manutenção integral da sentença condenatória (fls. 580/593).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Rejeito o argumento dos apelantes, de que a sentença padece de nulidade absoluta, por ofender o princípio da ampla defesa, visto que não mencionou as alegações da defesa, tendo considerado apenas o que alegaram as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal.

É que o juiz não é obrigado a examinar todas as teses e/ou argumentos jurídicos invocados pelas partes, podendo deixar de analisar alguns quando a apreciação dos demais der ensejo à formação do seu convencimento; de igual modo, o não acatamento das teses da defesa não importa em nulidade, posto que ao julgador toca apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide (princípio do *jura novit curia* – *o juiz conhece o direito*).

Não há, assim, nenhuma nulidade a ser reparada na sentença, que está devidamente fundamentada, em harmonia com as provas coligidas aos autos, tendo o magistrado pormenorizado os elementos que formaram a sua convicção, a teor dos artigos 157, 381 e 387, todos do Código de Processo Penal - CPP.

Em relação à autoria e à materialidade delitivas, tenho que ficaram devidamente comprovadas no feito.

Consta nos autos que, no dia 21-9-2000, por volta das 11:00h, cerca de 30 (trinta) índios da etnia Pankararu, liderados pelo ora Apelante Jurandir Manoel Freire, conhecido como “Zé Índio” e dentre os quais estavam os demais acusados, encontravam-se na sede da FUNAI, exigindo a liberação de combustível para o retorno às suas terras; pelo fato de não haver óleo diesel no posto de combustível que abastece os veículos daquela Autarquia, os índios, revoltados, fecharam o portão de entrada e saída do prédio e colocaram um veículo por eles fretado próximo ao portão, com a finalidade de impedir o trânsito de pessoas e de veículos.

A referida situação perdurou por aproximadamente 2 (duas) horas, período durante o qual os índios, armados com cassetetes e bordunas, ameaçaram servidores, além de impedi-los de sair do local, e exigiram que fosse providenciada uma quantia em dinheiro para a aquisição do combustível necessário ao retorno às suas aldeias.

A situação somente se normalizou quando os índios obtiveram a quantia pleiteada, fazendo-se necessária a presença da Polícia Militar, a fim de que fosse restabelecida a ordem e se pudesse assegurar a integridade física das pessoas presentes.

Como demonstração da materialidade delitiva, há nos autos o Ofício nº 303 da FUNAI, solicitando a instauração de inquérito policial (fls. 3/4 do IPL); a informação policial de fl. 5 (IPL), o termo de declarações de fls. 8/9 (IPL) e o abaixo-assinado dos servidores da Autarquia de fls. 10/14 (IPL), assim como o depoimento dos referidos servidores (fls. 22 e 24/27 do IPL).

Quanto à autoria, embora negada em Juízo pelos apelantes, fica evidenciada pelas declarações das vítimas, os servidores da Fundação Indígena, no sentido de que o indígena Jurandir Manoel Freire, chefiando outros indivíduos da tribo Pankararu, entre os quais Fernando Monteiro dos Santos e Antônio Manoel da Silva, os confinaram e os mantiveram como reféns por cerca de 2 (duas) horas, privando-os de sua liberdade de locomoção, mediante cárcere privado.

Neste sentido, confirmam-se alguns dos referidos depoimentos prestados em Juízo:

Que na época em que ocorreram os fatos narrados pela denúncia era Chefe do Serviço Administrativo da Administração Regional da Funai em Pernambuco. Que conhece os denunciados. Que sempre que os índios postulavam algo que não poderia ser concedido pela Funai os mesmos fechavam os portões e impediam as pessoas de deixarem o prédio. Que no dia 21 de setembro de 2000 os indígenas postulavam que fosse autorizado o abastecimento com óleo diesel do veículo que os mesmos conduziam. Que o posto que fornecia combustível à FUNAI não comercializava óleo diesel. Que os índios exigiram então que lhes fosse dado dinheiro para abastecerem em outro pos-

to. Que a depoente, na qualidade de Chefe do Setor Administrativo, foi até a sala do Administrador, o qual não se encontrava pois estava viajando. Que, nessa oportunidade, os denunciados **Fernando Monteiro dos Santos e Antônio Manoel da Silva**, tentaram agredir fisicamente a depoente, seguindo orientação do réu **Jurandir Manoel Freire**.

(...). Que, estando receosa, permaneceu na parte superior do prédio, mas tem conhecimento por outras pessoas de que os índios furaram pneus de veículos e ameaçaram outras pessoas. (...) Que os funcionários da Funai eram impedidos de deixar o prédio porque os índios trancavam os dois únicos portões que davam acesso à área externa. (...) Que a invasão do prédio da Funai e o cerceamento da liberdade de locomoção das pessoas que lá se encontravam durou aproximadamente de duas a três horas (...) - DEPOIMENTO DE GEISA MARIA TENÓRIO BRITO (fls. 140/141) - sem os destaques no original.

(...) que estava em viagem quando recebeu o telefonema informando acerca do acontecido; que não lembra quem fez a ligação avisando-o do ocorrido; que no mesmo dia retornou a Recife e os servidores já haviam sido liberados, encontrando na sede da entidade somente o Zé Índio e uma servidora; que no dia desse acontecimento o depoente esteve em reunião com os índios para atender algumas reivindicações como material para roça, combustível, pagamento de frete e a nomeação de Gilberto, irmão do Zé Índio para chefiar o posto indígena; que o fato ocorreu entre 16:00 e 17:00 horas, estando mais ou menos 90 a 95 por cento dos 75 servidores no local; que além do procurador, sra. Valdenia, que foi ameaçada, e um assessor também relataram o fato ao depoente; que os índios obtiveram o dinheiro para o combustível, por volta de R\$ 150,00; que alguém providenciou o dinheiro, acreditando o depoente que foi o procurador, mas não tem certeza; que quando ele retornou ainda conversou com o Zé Índio informando que ia comunicar o fato à Polícia Federal; que, ao conversar com o Zé Índio, este tentou justificar o fato alegando que precisava retornar para a aldeia e não havia combustível, sendo que este se irritou porque não atendido na sua reivindicação; que neste momento se recorda que foi o próprio Zé Índio que efetuou a ligação para informar o depoente do

acontecido; que a reivindicação não foi atendida porque o posto que fornecia combustível para a FUNAI estava sem óleo diesel; (...) que os índios fecharam o portão principal e atravessaram uma D-20 para que ninguém passasse; que além disso alguns índios, cujos nomes não sabe informar, ficaram postados no portão para impedir a passagem das pessoas; (...) que a Sra. Valdênia relatou ao depoente que havia sido ameaçada pelos índios que estavam secando os pneus dos carros; (...) que quando o **Zé Índio** ligou para o depoente, falou da seguinte maneira: 'Paulo, volta que o teu pessoal tá preso e vem aqui para negociar' (...) - DEPOIMENTO DE PAULO FERNANDO DA SILVA (fl. 194) - sem os destaques no original.

(...) que presenciou quando aproximadamente trinta índios da tribo Pankararu, no dia 21.09.2000, ocuparam a sede da FUNAI, fechando os portões e impedindo a entrada e saída de funcionários; que, como o fato ocorreu próximo do intervalo para o almoço, a declarante foi procurada por servidores que se queixavam de não poderem sair, sendo que uma das funcionárias conseguiu ligar para o esposo, que por sua vez ligou para a polícia militar; que, enquanto isso, os indígenas pressionavam a funcionária Geisa, para conseguirem combustível para abastecer seus veículos; que, quem comanda o movimento ameaçador dos indígenas era o índio **Jurandir**, conhecido por Zé Índio; que, durante a invasão, a declarante observou que o indígena **Antônio** estava esvaziando o pneu do carro da funcionária Rejane; que, esse indígena, que aparentava estar embriagado, reagiu à aproximação da declarante, ameaçando-a com uma borduna e proferindo palavras de baixo calão; que, passados alguns momentos, chegou a polícia militar, e, com a chegada dela, os indígenas tentaram impedir a entrada dos policiais, ameaçando inclusive danificar as viaturas; que, a declarante apresentou-se à polícia, solicitando proteção, e conseguiu evadir-se, ficando do lado dos policiais, o que acirrou os ânimos dos indígenas; (...) - DEPOIMENTO PRESTADO POR VALDÊNIA ARAÚJO RAMOS LUCENA - fl. 26 do IPL, posteriormente ratificado em Juízo.

Outrossim, saliente-se que todos os acusados admitiram em Juízo que integravam o grupo de indígenas que estava presente no

prédio da FUNAI no dia dos fatos narrados na peça acusatória - fls. 23/24 e fls. 43/45.

Os depoimentos das testemunhas de acusação, bem como a confissão do ora apelante Jurandir Manoel Freire perante a autoridade policial - fl. 112 do IPL, e as demais provas colacionadas aos autos, não deixam dúvidas de que as condutas perpetradas pelos acusados, ora apelantes, se subsumem ao tipo previsto no art. 148 do Estatuto Penal Repressor, nos seguintes termos:

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Por outro lado, não socorre os apelantes a asserção de que o curto lapso de tempo em que as vítimas ficaram privadas da liberdade, cerca de 2 (duas) horas, descaracterizaria o tipo ora examinado, eis que, como crime material, que possui resultado naturalístico, a sua consumação ocorre no momento em que a vítima é privada da sua liberdade, ainda que por um curto espaço de tempo.

Não prospera, igualmente, a alegação de que não agiram com o dolo de privar as vítimas de sua liberdade de locomoção, sendo esta apenas um meio para se alcançar um outro fim, qual seja, o de pressionar o INCRA para obter o combustível visando o retorno à aldeia, visto que o crime de cárcere privado consuma-se com a privação da liberdade de alguém, não se exigindo dolo específico, ou seja, um fim especial de agir.

Segundo a doutrina mais acatada, para a caracterização do crime de cárcere privado, faz-se necessário que haja a retenção de alguém em determinado lugar; o dissentimento (explícito ou implícito) do sujeito passivo; a ilegitimidade da retenção ou da detenção, além do dolo genérico da conduta.

O dolo – elementar subjetiva do tipo – consiste na vontade livre e consciente de privar a liberdade de alguém. Para a caracterização dele, independe o lapso de tempo em que a vítima permanecer com a sua liberdade cerceada.

Não se sustenta o pedido de desclassificação do delito de cárcere privado (art. 148 do CP) para o delito de constrangimento

ilegal (art. 146 do CP), visto que ficou cabalmente demonstrado nos autos que as condutas dos apelantes se amoldam perfeitamente ao tipo descrito naquele dispositivo penal, combinado com os artigos art. 29 (concurso de agentes) e 70 (concurso formal, com unidade de desígnios), ambos do CP, na medida em que proibiram a saída dos servidores federais da sede da FUNAI, cerceando a liberdade dos mesmos, como forma de pressionar a referida Autarquia, com o fim de obter a liberação de combustível para o retorno à aldeia.

Mirabete leciona, com relação ao constrangimento ilegal, que *“a conduta típica é compelir, forçar, obrigar a vítima à prática de um ato ou de uma abstenção, ou seja, fazer ou não fazer algo, violando-se sua vontade”*. O mesmo autor ressalta: *“consuma-se o crime quando o ofendido faz ou deixa de fazer o que não deseja em virtude da conduta do agente. A tentativa estará caracterizada quando, apesar da violência, ameaça ou outro meio empregado pelo sujeito ativo, a vítima não se submete à sua vontade”* (Código Penal Interpretado, Ed. Atlas. 5ª edição, 2005, páginas 1153 e 1155).

Portanto, é descabida a desclassificação pretendida, vez que a conduta dos apelantes não se subsume ao crime de constrangimento ilegal, e sim, ao delito de cárcere privado.

Pugnando os apelantes, em caso de condenação, que a pena seja reduzida ao seu mínimo legal, em virtude de serem índios, com a aplicação do disposto no artigo 56, e parágrafo único, da Lei nº 6.001/73, *“... devendo os réus responderem em regime de semi-liberdade ou liberdade, conforme o caso, no Posto Indígena Pankararu, órgão da FUNAI localizado na Terra Indígena Pankararu”* - fl. 557.

O art. 56, e parágrafo único, da Lei nº 6.001/73, assim dispõe:

Art. 56. No caso de condenação de índios por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

Não conheço do apelo neste tocante, visto faltar interesse recursal aos apelantes, posto que, no cálculo da pena, já foi considerada a atenuante prevista no dispositivo legal supra referido, nos seguintes termos (fl. 480):

(b) Circunstâncias agravantes e atenuantes

Não constato a presença de nenhuma circunstância agravante.

Observo, contudo, a existência da atenuante prevista no art. 56 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), segundo o qual “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

Sendo assim, considerando o grau de integração dos réus, diminuo a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Por outro lado, quadra salientar que o pedido de cumprimento da pena “*no Posto Indígena Pankararu, órgão da FUNAI localizado na Terra Indígena Pankararu*”, deve ser formulado perante o Juízo próprio, diga-se, o da execução penal, competente para apreciar o pleito, após o trânsito em julgado do Acórdão, a teor do disposto no art. 66, V, g, da Lei nº 7.210/84, *verbis*:

Art. 66. Compete ao juiz da execução:

omissis;

V - determinar:

omissis;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca. (Destaquei)

Em relação à fixação da pena-base, o Tribunal pode, em sede de apelação, mesmo que no recurso, manejado exclusivamente pela defesa, não se tenha insurgido especificamente sobre tal ponto, avaliar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, atribuindo-lhes valoração diversa ou mesmo considerar circunstâncias não mencionadas na sentença recorrida, desde que tal proceder não implique a majoração da pena.

Tenho que, no caso concreto, deva ser reduzida a pena-base, fixada na sentença em 2 (dois) anos de reclusão, acima do mínimo legal, nos seguintes termos:

III.I. Aplicação da pena privativa de liberdade

III.I.I - Circunstâncias judiciais

(a) Culpabilidade

Como circunstância judicial, a culpabilidade deve ser analisada em sentido lato, entendida como a reprovação social que o crime e o autor merecem. Diferente, pois, da culpabilidade elemento constitutivo do delito, cujos requisitos são a imputabilidade do agente, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Nesta fase da dosimetria, cabe ao juiz avaliar, não mais a presença dos pressupostos acima declinados, sem os quais não há crime, mas o grau de censura social que incide sobre o agente e sobre o fato cometido. Assim é que, nesta oportunidade, classifica-se a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida. **No caso, verifica-se que os réus, embora movidos por um fim legítimo, o que, ressalte-se, não justifica os meios, privaram a liberdade de servidores da Funai, ameaçando-os, pelo simples fato de não terem o seu pleito atendido. Referida ação espalhou medo e insegurança não só para os servidores da Funai, mas para toda a sociedade. Sobre as condutas dos acusados, pois, incide reprovação social de grau intenso.**

(b) Antecedentes, conduta social e personalidade

Embora primários, **registro que os réus possuem antecedentes criminais, já tendo sido condenados pelo Juízo da 23ª Vara Federal/PE pela prática do mesmo crime, encontrando-se o processo em fase de execução (ver certidões de fls. 390/395).** Em relação à conduta social, nada nos autos consta que o desabonem. Entretanto, **em relação à personalidade, pelo que se apurou, há indicativos de que sejam pessoas inclinadas à prática de ilícitos dessa natureza.**

(c) Motivos, circunstâncias e conseqüências do crime

O motivo do crime foi o não atendimento do pleito dos indígenas da etnia Pankararu, consistente no pagamento do combustível do veículo que os levaria de volta a suas aldeias, enquanto que as circunstâncias e as conseqüências são as normais do crime em comento.

(d) comportamento da vítima

Não há nos autos notícia de que as vítimas concorreram, de alguma forma, para a prática do crime em apreço.

III.1.II Cálculo da Pena

(a) Pena-base

O art. 148, do Código Penal, prevê a reprimenda de reclusão de 1(um) a 3 (três) anos. Considerando as circunstâncias judiciais já ponderadas, fixo a pena-base privativa de liberdade em 2 (dois) anos de reclusão”. (Sem os destaques no original)

Dentre as 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a sentença valorou negativamente apenas 3 (três), conforme os destaques acima transcritos, tendo, apesar disso, fixado a pena-base numa quantidade que mais se aproxima do máximo legal (3 anos), quando deveria se aproximar do mínimo legal cominado para o delito sob exame (1 ano), o que, data vênua, atenta contra o princípio da proporcionalidade, que deve orientar a individualização da pena.

É certo que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que **“a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do C.Pen., não é uma operação aritmética: por isso, seria temerário asseverar que da subtração de um dentre os diversos dados negativos, aos quais aludiu a sentença, resultasse necessariamente a fixação de pena menor”**. (HC nº 84120/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 22-6-2004).

Contudo, no caso concreto, creio que a pena-base, fixada em 2 (dois) anos de reclusão, deve ser mitigada, por não ter havido motivação idônea para tanto.

Sobre a conduta dos acusados, ora apelantes, apesar de reprovável, não deve incidir reprovação social de grau intenso, tal como valorado na sentença, mas sim de grau médio.

Com essas considerações, excluindo-se a culpabilidade intensa dos agentes, tal como valorada na sentença, e ponderando-se os maus antecedentes criminais (condenação em fase de execução penal) e, ainda, a personalidade voltada para a prática de crimes da mesma natureza dos ora apurados, melhor que se reduza a pena-base para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, que é um pouco acima do limite mínimo cominado, o que mais se coaduna com o conjunto das circunstâncias judiciais apuradas no caso, sendo necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Com a diminuição da pena em 1/6 (um sexto), operada em razão da atenuante prevista no art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/73, a mesma resulta em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias.

Na 3ª fase da fixação da pena, o magistrado monocrático sentenciante fez incidir, corretamente, a causa de aumento prevista no art. 70 do Código Penal (concurso de agentes), agregando à reprimenda 1/4 (um quarto), em razão do número de vítimas, critério acolhido pela jurisprudência pátria, percentual esse que ora mantenho, **para fixar a pena definitiva em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias, para cada apelante.**

Em relação ao regime de cumprimento da pena, a sentença condenou os ora apelantes ao cumprimento em regime semi-aberto, mais gravoso do que o indicado no art. 33, c, do Código Penal (aberto), forte no argumento “de que os réus são inclinados à prática de ilícitos de natureza semelhante, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal”.

Penso merecer reforma a sentença neste tocante, para determinar, de ofício, que os apelantes cumpram a pena em regime aberto, a teor do art. 33, c, do Código Penal, vez que as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, lhes são favoráveis, devendo ser mantida quanto aos demais fundamentos.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, à apelação criminal, para reduzir a pena privativa de liberdade dos apelantes, bem como para, de ofício, fixar regime de cumprimento da pena menos gravoso, nos termos explicitados.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 93.642-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIÃO
Apelado: IVAN MOLINA
Advs./Procs.: DRA. VENEIDE BARBOSA GADELHA BARBALHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA PARA ATIVIDADE POLÍTICA. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 DESCOMPATIBILIZAÇÃO DO CARGO TRÊS MESES ANTES DAS ELEIÇÕES. DIREITO À PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS INTEGRAIS. DEVOLUÇÃO DE VALORES DESCONTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIA INADEQUADA.

- Cuida-se de ação na qual se discute o direito de servidor público federal, do Quadro de Pessoal Permanente da Polícia Rodoviária Federal, à licença para atividade política, desde os três meses que antecedem às eleições, com a percepção integral de seus vencimentos, tendo por base a Lei Complementar nº 64/90.

- Por meio da Portaria nº 1125, de 21 de outubro de 2004, o Coordenador Geral de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, com base no art. 86, §§1º e 2º, da Lei 8.112/90, concedeu a licença para atividade política ao impetrante, sem remuneração, no período de 08/07/2004 a 10/08/2004, e, com remuneração, no período de 11/08/2004 a 13/10/2004, em virtude de estar concorrendo ao cargo de Vereador no Município de Parnamirim/RN, nas eleições de 2004.

- A controvérsia gira em torno de qual legislação deve ser aplicada. Enquanto a Lei nº 8.112/90, em

seu art. 86, § 2º, estatui que o afastamento do servidor para atividade política, sem prejuízo dos vencimentos integrais, deve começar desde a data imediata ao registro da sua candidatura até o 10º dia após a eleição; a Lei Complementar nº 64/90, no art. 1º, inc. II, alínea I, dispõe ser necessário o afastamento do servidor público nos três meses que antecedem o pleito, sem prejuízo quanto à percepção de sua remuneração.

- Em virtude da hierarquia superior da lei complementar sobre a lei ordinária e, ainda, da prevalência da legislação especial sobre a geral, há de ser aplicado ao caso a Lei Complementar nº 64/90.

- No caso concreto, assiste ao impetrante o direito à percepção de seus vencimentos integrais desde os noventa dias que antecedem à eleição para o cargo de Vereador do Município de Parnamirim/RN, ou seja, a partir de julho/2004. Indevido, pois, qualquer desconto, a título de reposição ao erário, de valores relativos aos vencimentos auferidos por ele no mês de julho/2004.

- O pedido de devolução dos valores descontados dos vencimentos do impetrante pela Administração Pública não pode ser concedido por via do presente mandamus, eis que, a teor da Súmula nº 269 do egrégio STF, o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

- Apelação e remessa obrigatória improvidas.

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 e à remessa obrigatória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que, deferindo a segurança impetrada, concedeu ao impetrante a licença remunerada para a atividade política, nos termos do art. 1º, inc. II, I, da Lei Complementar nº 64/90.

Na apelação, a União reafirmou os argumentos aduzidos na contestação, argumentando que o ato da Administração Pública exteriorizado pela Portaria nº 1125, de 21/10/2004, está em consonância com a legislação a ser aplicada ao caso, qual seja, o art. 86 da Lei nº 8.112/90. Dessa forma, a licença para atividade política com a percepção dos vencimentos, com a percepção dos vencimentos integrais, deve ter como marco inicial a data do registro da candidatura.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A questão posta a deslinde cinge-se à análise do direito de servidor público federal do Quadro de Pessoal Permanente da Polícia Rodoviária Federal à licença para atividade política com a percepção integral de seus vencimentos.

Na verdade, a parte impetrante formulou, perante a Justiça Eleitoral, requerimento de registro individual de candidatura em 06/07/2009, conforme documento de fl. 16. Tal pedido somente fora deferido em 11/08/2004, em conformidade com a Certidão de fl. 22, emitida pelo Juízo da 50ª Zona Eleitoral.

O impetrante se desligou de suas atividades junto à Polícia Rodoviária Federal desde 08/07/2004, tendo sido essa a informação dada pelo seu chefe imediato à Secretaria de Recursos Humanos da Polícia Rodoviária Federal (fl. 24), no Processo Administrativo de nº 08.664.001.270/2004.

De posse dos documentos comprobatórios do deferimento de seu pedido de candidatura ao cargo de Vereador do Município de

Parnamirim/RN, ou seja, do respectivo registro, o servidor IVAN MOLINA solicitou ao Departamento da Polícia Rodoviária Federal a licença para a atividade política, com efeitos a partir de 08/07/2004, tendo por fundamento a Lei Complementar nº 64/90.

A Administração Pública deferiu, em parte, o seu pleito. Por meio da Portaria nº 1125, de 21 de outubro de 2004, o Coordenador Geral de Recursos Humanos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, com base no art. 86, §§ 1º e 2º, da Lei 8112/90, concedeu a licença nos seguintes termos:

Licença para Atividade Política ao servidor IVAN MOLINA, ocupante do cargo de Policial Rodoviário Federal, matrícula SIAPE nº 1102953, lotado na 15ª Superintendência de Polícia Rodoviária Federal no Estado do Rio Grande do Norte, sem remuneração, no período de 08/07/2004 a 10/08/2004, e, com remuneração, no período de 11/08/2004 a 13/10/2004, em virtude de estar concorrendo ao cargo de Vereador no Município de Parnamirim/RN, nas eleições de 2004.

O impetrante questiona o referido ato, no presente *mandamus*, sob o argumento de que a da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, em seu art. 2º, inc. II, I, estabelece que o servidor público deve se descompatibilizar de seu cargo no período de três meses antecedentes à eleição.

Desta feita, observa-se que a controvérsia gira em torno de se estabelecer qual das legislações deve se aplicar ao caso: a Lei nº 8.112/90 ou a Lei Complementar nº 64/90. Passo, pois, à análise da questão.

Enquanto a Lei nº 8.112/90, em seu art. 86, § 2º, estatui que o afastamento do servidor para atividade política, sem prejuízo dos vencimentos integrais, deve começar desde a data imediata ao registro da sua candidatura até o 10º dia após a eleição; a Lei Complementar nº 64/90, no art. 1º, inc. II, alínea I, dispõe ser necessário o afastamento do servidor público nos três meses que antecedem o pleito, sem prejuízo quanto à percepção de sua remuneração.

Em virtude da hierarquia superior da lei complementar sobre a lei ordinária e, ainda, da prevalência da legislação especial sobre a

geral, há de ser considerado o prazo de três meses anteriores à realização da eleição para a descompatibilização do servidor de seu cargo, nos termos da Lei Complementar nº 64/90.

No caso concreto, portanto, assiste ao impetrante o direito à licença remunerada desde os noventa dias que antecedem à eleição para o cargo de Vereador do Município de Parnamirim/RN, ou seja, a partir de julho/2004. Desta feita, indevido qualquer desconto, a título de reposição ao erário, de valores relativos aos vencimentos auferidos por ele no mês de julho/2004.

Cumprе frisar, ainda, como bem apontado na douta sentença, estar o impetrante ocupando cargo público, cuja função é de fiscalização, sendo as suas atividades desenvolvidas em rodovia que corta o território de Parnamirim, município ao qual se candidatou a cargo de Vereador.

Neste sentido colhe-se o seguinte julgado. Ei-lo:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. LICENÇA PARA ATIVIDADE POLÍTICA. LEI COMPLEMENTAR 64/90. DIREITO À PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS INTEGRAIS. PRAZO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO (TRÊS MESES). IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTO DE VALORES PAGOS NO PERÍODO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS, EM PARTE.

1. O impetrante, ocupante do cargo de Policial Rodoviário Federal, enquadra-se na hipótese constante da alínea I do inciso II c/c alínea a do inciso VII do art. 1º da Lei Complementar 64/90, uma vez que é servidor público federal estatutário e se candidatou ao cargo eletivo de vereador no município em que se encontrava servindo (Rio Verde/Goiás), estando sujeito ao prazo de três meses de desincompatibilização antes das eleições.

2. Evidenciado está que o impetrante deveria afastar-se de seu cargo 03 (três) meses antes das eleições, nos termos da legislação vigente, ante a necessidade de manutenção da probidade e moralidade administrativas, nos termos do art. 14, § 9º, da CF/88. Exigir-se do servidor seu afastamento, negando-lhe a remuneração nesse período, seria ferir tanto a finalidade da norma, quando resguarda a mo-

ralidade, quanto os direitos políticos assegurados na Constituição Federal.

3. A Lei Complementar nº 64/90, em seu art. 1º, inciso II, alínea I, garante os vencimentos integrais do servidor público nos três meses anteriores ao pleito, independentemente de tal prazo abarcar período anterior ao registro da candidatura, prevalecendo sobre o disposto na Lei nº 8.112/90, que apenas prevê o recebimento da remuneração a partir do referido registro, visto que a lei ordinária não pode restringir o direito garantido por lei complementar, por ser norma de hierarquia inferior. Precedentes desta Corte e do STJ.

4. No caso em tela, o impetrante era candidato a vereador no pleito de 03 de outubro do ano de 2004. Assim, faz jus à licença para atividade política com a percepção de sua remuneração integral no período de 03 de julho a 13 de outubro de 2004, e sem remuneração no período de 01 a 02 de julho de 2004, quando se afastou de suas atividades, já que tal afastamento se deu antes do prazo de três meses das eleições.

5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para conceder em parte a segurança, determinando aos impletrados que se abstenham de efetuar descontos nos vencimentos do impetrante referentes ao período de 03/07/2004 a 01/08/2004 em que o mesmo estava no gozo de licença para atividade política com direito à remuneração. Tendo em vista a sucumbência mínima do impetrante, as custas serão restituídas pela União. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 105 do STJ. (TRF - Primeira Região, AC - 200435000218968/GO, Primeira Turma. Decisão: 22/10/2008, e-DJF1. Data: 12/11/2008. Página: 77. Relator Juíza Federal Sônia Diniz Viana (conv.)

No tocante à devolução dos valores descontados nos vencimentos do impetrante pela Administração Pública, observa-se que tal pedido não pode ser concedido por via do presente *mandamus*, eis que, a teor da Súmula nº 269 do e. STF, o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa obrigatória para manter a sentença.

Assim voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 99.924-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA
CARVALHO
Apelante: FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. DANIELA LOBO MAIA E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: APELAÇÃO EM MANDADO DE SE-
GURANÇA. ENTIDADE BENEFICENTE DE AS-
SISTÊNCIA SOCIAL. IMPORTAÇÃO. IMUNIDA-
DE. CERTIFICADO NÃO RENOVADO PELO CON-
SELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.
INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO E DE
COISA JULGADA QUE OBSTE A APRECIÇÃO
DA MATÉRIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO
DETERMINADO MEDIANTE DEPÓSITO JUDICIAL
DOS TRIBUTOS PERTINENTES.**

**- A apelante não possui direito adquirido à reno-
vação de seu Certificado de Entidade Beneficen-
te de Assistência Social. Precedente e enuncia-
do de súmula do STJ.**

**- A decisão lavrada nos autos do AMS 77854, desta
Corte, fez coisa julgada relativa à imunidade da
cota patronal da impetrante em relação àquele
processo e à outra parte envolvida, a saber, o
INSS.**

**- Nestes autos a parte impetrada é a Fazenda
Nacional e a matéria diz respeito à imunidade
quanto aos impostos e contribuições sociais re-
lativas à importação, tratando-se de partes e
matéria distintas.**

**- Portanto, o decisório no qual ficou reconheci-
da a imunidade genérica quanto à cota patronal
da apelante não tem a força de obstar qualquer
nova discussão sobre esse benefício constitu-
cional em processo diverso, notadamente quando
a imunidade que agora se busca ver reconheci-**

da não repousa sobre os mesmos fundamentos daquela.

- Por fim, a pretensão da impetrante carece de prova pré-constituída, o que prejudica sua apreciação por meio do writ, pois que a concessão da segurança é incompatível com a necessidade de dilação probatória durante o procedimento, e, na situação vivida nestes autos, não há como se posicionar quanto à imunidade da impetrante sem a certeza de que é, ou não, Entidade Beneficiária de Assistência Social.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação de sentença que, em sede de mandado de segurança impetrado pela Fundação Edson Queiroz contra ato do inspetor-chefe da alfândega do Aeroporto Internacional Pinto Martins, concedeu a ordem determinando, sem prejuízo dos tributos recolhidos, o desembaraço da mercadoria descrita na Declaração de Importação nº 07/0289484-7.

Relata a impetrante que é fundação de personalidade jurídica privada mantenedora da Universidade de Fortaleza. Recorreu ao writ por necessitar do despacho aduaneiro da mercadoria descrita na Declaração de Importação acima mencionada, independente do pagamento dos impostos de importação e sobre produtos in-

dustrializados, bem assim das contribuições sociais vinculadas à importação, aduzindo ser Entidade Beneficente de Assistência Social, conseqüentemente imune do recolhimento de tais tributos.

Liminar deferida, mediante comprovação de depósito judicial dos tributos, fl. 96.

Informações da autoridade coatora sustentando que a impetrante não obteve êxito na renovação de seu Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, o que motivou a não conclusão do desembaraço aduaneiro da mercadoria que importava enquanto não fossem lançados os tributos pertinentes, fls. 101-109.

Parecer da Procuradoria da República no Estado do Ceará, eximindo-se de opinar no feito por não vislumbrar interesse público que o enseje, fls. 111-114.

Sustenta a apelante que possui direito adquirido à renovação incondicional do Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social, conforme disposto no Decreto-Lei 1572, de 1977, e que há decisão desta Corte, na qual figura como parte, transitada em julgado, reconhecendo que deve prevalecer a imunidade genérica prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, pelo que não se lhe poderia mais retirar o benefício constitucional em tela.

Contrarrazões apresentadas, fls. 140-146.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O ponto primordial da apelação repousa na incerteza quanto ao enquadramento da impetrante como Entidade Beneficente de Assistência Social, o que lhe beneficiaria com a imunidade tributária prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

Conforme posto pela impetrada, o Conselho Nacional de Assistência Social, por meio da Resolução 178, de 08 de dezembro de 2004, indeferiu o pedido de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social da apelante, fl. 109.

A apelante, por sua vez, alega que recorreu administrativamente dessa decisão, aguardando que o referido Conselho reaprecie seu pedido.

Quanto ao argumento da apelante de que possui direito adquirido à renovação incondicional de seu Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, vejamos o mais recente posicionamento do STJ, inclusive o enunciado da Súmula 352:

[1] TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE DO ART. 3º, VI, DO DECRETO 2.536/98. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE 20% DE GRATUIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência mais recente do STJ assentou o entendimento de que (a) inexistente direito adquirido a regime jurídico-fiscal, de modo que a isenção (que, a rigor, é imunidade) da contribuição previdenciária patronal assegurada às entidades filantrópicas, prevista no art. 195, § 7º, da Constituição, tem sua manutenção subordinada ao atendimento das condições previstas na legislação superveniente; e de que (b) é legítima a exigência prevista no art. 3º, VI, do Decreto 2.536/98, no que se refere à demonstração de aplicação de um mínimo de 20% da receita bruta anual em gratuidade (MS 10.558/DF, 1ª Seção, Min. José Delgado, julgado em 11.10.2006; MS 10.758/DF, relator designado para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.10.2006, MS 11.394/DF, Min. Luiz Fux, *DJ* de 02.04.2007).

2. Por demandar produção adicional de prova, não é cabível, na via do mandado de segurança, dirimir matéria de fato controvertida entre as partes, a respeito de ter a impetrante efetivamente aplicado o mínimo de 20% de suas receitas em gratuidade.

3. Segurança denegada. [MS 9210, Min. Teori Albino Zavascki, *DJU-I* de 13 de agosto de 2007, p. 315].

[2] A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes. [Súmula 352, primeira seção, *DJ* de 19 de junho de 2008, p. 1].

Portanto, incontroverso que não possui a apelante direito adquirido à renovação de seu Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social sem o conseqüente enquadramento na legislação reguladora superveniente.

Segundo a impetrante, em sede de mandado de segurança julgado por esta Corte, cuja decisão transitou em julgado, lhe foi reconhecido o direito à manutenção da imunidade constitucional genérica deferida nos termos do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

Trata-se do AMS 77854, da lavra da eminente Des^a. Margarida Cantarelli, na qual a ora apelante buscava se eximir do pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre sua folha de salários. Naquele feito, onde figurava como impetrado o INSS, o voto condutor posicionou-se no sentido de que *adquirido o direito à isenção da contribuição patronal, não pode a lei dispor de forma diversa, sob pena de ver-se contrariado Princípio constitucional vigente*. Assim, consignou-se no acórdão a determinação de que deveria *prevalecer a imunidade constitucional genérica deferida às entidades beneficentes de assistência social, nos termos do § 7º do art. 195 da CF/88* [DJU-II de 25 de janeiro de 2002, p. 694].

Ocorre que a decisão em tela fez coisa julgada entre as partes daquele processo e sobre aquela matéria, ou seja, entre a ora apelante e o INSS e quanto à imunidade no pagamento da cota patronal. O presente feito, por outro lado, tem partes distintas, vez que é a Fazenda Nacional que figura como impetrada, e trata de matéria diversa, qual seja, a imunidade em relação aos impostos de importação e sobre produtos industrializados e às contribuições sociais vinculadas à importação.

Aquele decisório, no qual ficou reconhecida a imunidade genérica quanto à cota patronal da apelante, não tem a força de obstar qualquer nova discussão sobre esse benefício constitucional em processo distinto, notadamente quando a imunidade que agora se busca ver reconhecida não repousa sobre os mesmos fundamentos daquela.

Inclusive, no AMS 99260, também da lavra da eminente des. Margarida Cantarelli, a impetrante buscou, como agora o faz, importar mercadorias sem o recolhimento dos respectivos tributos,

sob os mesmos argumentos aqui sustentados: é imune, possui direito adquirido e há decisão transitada em julgado lhe garantindo o benefício. No entanto, não se reconheceu que a decisão transitada em julgado alcançaria a imunidade sobre os tributos e contribuições sociais relativas à importação, pois manifestou a relatora o entendimento de que *restou demonstrada ser a Fundação detentora da isenção conferida às entidades beneficentes de assistência social apenas com relação à Contribuição Social Cota Patronal (Lei nº 8.212/91), quando do julgamento da AMS 77.854- CE por este Tribunal, que analisou especificamente as determinações da Lei nº 9.732/98 [DJU-II de 02 de outubro de 2007, p. 531].*

Assim, também não se sustenta o segundo argumento da apelante.

Por tudo isso, temos que a pretensão da impetrante carece de prova pré-constituída, que o direito perseguido não foi comprovado de plano, o que prejudica sua apreciação por meio do *writ*, pois que a concessão da segurança é incompatível com a necessidade de dilação probatória durante o procedimento, e, na situação vivida nestes autos, não há como se posicionar quanto à imunidade da impetrante sem a certeza de que é, ou não, Entidade Beneficente de Assistência Social.

O mandado de segurança, conforme dispõem os arts. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e 1º, da Lei 1.533, de 1951, será concedido para amparar direito líquido e certo, ou seja, *o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os seus requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais [Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 28ª edição, Editora Malheiros, 2005, p. 36-37].*

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.547-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Paciente: HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. CRIME, EM TESE, PREVISTO NO ARTIGO 338 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DENÚNCIA OFERTADA PELO DOMINUS LITIS. PERSECUÇÃO CRIMINAL INICIADA NO JUÍZO SINGULAR. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA.

- A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (artigo 65 da Lei nº 6.815/80).

- O oferecimento da denúncia pelo dominus litis contra o paciente, em face de ocorrência, em tese, do crime previsto no artigo 338 do Código Penal, aliado à condição do paciente, estrangeiro sem vínculos no País, com incerteza quanto à sua identidade, tanto em relação ao seu nome [HYAAT BEEPAT (fl. 18), HYAAT BEEP, TONY HYAAT OU HYAAT BEEP (fl. 28)], quanto à sua naturalidade [no termo de expulsão informou ser natural da Guiana (Cotton Tree Village) – fl. 43, e na exordial desta ação se qualifica como sendo Indiano), bem como o fato de, mesmo após a sua expulsão, ter reingressado no solo nacional pela

terceira vez (notícia no teor da decisão que recebeu a denúncia - fl. 45), autorizam, desde já, a manutenção da custódia cautelar, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal, pela necessidade de se garantir a ordem pública. Além disso, manter-se a custódia cautelar do paciente atende ao requisito legal de se “assegurar a aplicação penal”.

- No que tange às questões probatórias, deduzidas na exordial desta ação constitucional, não cabe nesta via estreita do writ, o manejo do contraditório a fim de concluir-se pela ausência de prova de ocorrência do crime de reingresso de estrangeiro expulso, tampouco da consistência da prova colhida na fase inquisitorial. Ademais, a instrução criminal já se desenvolve no juízo singular, em face do oferecimento e recebimento da denúncia.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, 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, 30 de abril de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório, impetrado pela Defensoria Pública da União no Estado da Paraíba em favor de **HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER**, que se qualifica como sendo indiano, natural de Khashemira, médico, viúvo, filho de Beeran Bee

Pat e Ieddine Salim Khan, contra ato do Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que manteve a prisão preventiva decretada, com esteio no artigo 312 do Código de Processo Penal, em desfavor do paciente, em face de no dia 12.02.2009 ter sido preso em flagrante delito em um hotel localizado em João Pessoa, no qual se encontrava hospedado, em virtude de ter reingressado, pela terceira vez, no território nacional, após ter sido expulso, em 04.07.1986, nos termos dos artigos 62 e 65 da Lei nº 6.815/80.

Objetiva-se no presente *writ* a revogação do decreto cautelar, ao argumento de que o paciente, não obstante a condição de estrangeiro, não teria cometido o crime previsto no artigo 388 do Código Penal (Reingresso de Estrangeiro Expulso). Ademais, a situação do paciente seria, no máximo, de imigrante ilegal, o que não constituiria crime, em tese.

Não houve, na exordial, dedução de pedido liminar a ser apreciado.

A autoridade apontada como coatora, o Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/PB, Dr. Alexandre Costa de Luna Freire, informa a esta relatoria (fls.38/53): 1) que nos autos da comunicação de prisão em flagrante nº 2009.82.1071-7 manteve a prisão preventiva decretada pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Plantonista em desfavor do paciente, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal; 2) que existe prova de que ocorreu a expulsão do paciente do País na data de 4 de julho de 1986, por infringência às regras encartadas no Estatuto do Estrangeiro; 3) que a profusão de nomes, naturalidade e data de nascimento (o nome Beep é referido na Guiana e na Índia; Slam Khan consta em árabe; no termo de Expulsão de 04.07.1986, a naturalidade que informou é de Cotton Tree Village – Guiana, nascido em 31.08.1959) com que se apresenta o paciente a envolver diversidade lingüística e a ausência de documentos mínimos a possibilitar a mínima identificação justificam a cautela preventiva decretada no sentido de garantia da investigação e da aplicação da lei penal (Artigo 312 do Código de Processo Penal); 5) que as evasivas com que o paciente age, negando a presença anterior no território brasileiro e se contradizendo a respeito (na declaração que prestou à Polícia Federal por ocasião da prisão em flagrante, afirmou “ter entrado no Brasil salvo engano

entre os dias 06 e 09 de novembro do ano passado, pela cidade de Tabatinga/AM, oriundo da Letícia, na Colômbia” e que “nunca esteve anteriormente no Brasil”) revela a consciência da infração instantânea e permanente.

Acrescentou o Magistrado, nas suas informações, que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o paciente em 13 de março do corrente ano, que gerou a ação penal nº 2009.82.1369-0, onde foi recebida a denúncia e determinada a citação do réu, ora paciente, para responder à acusação por escrito nos termos do atual artigo 396 e 396-A do Código de Processo Penal.

Consta em anexo às informações (fls.45/47), cópia da decisão de recebimento da denúncia, onde se verifica que o MPF denunciou o acusado, ora paciente, como incurso no crime previsto no artigo 338 do Código Penal c/c artigo 69 do mesmo diploma legal, em face de o denunciado, livre e conscientemente, nos dias 22.04.2005, 27.09.2007 e em outra data que não se sabe precisar, ter reingressado no território nacional após ter sido expulso, em 04.07.1986, nos termos dos artigos 62 e 65 da Lei nº 6.815/80.

O Ministério Público Federal, em Parecer (fls.33/36) da lavra do Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Wellington Cabral Saraiva, opina pela denegação da ordem, entendendo que, em relação à prisão preventiva, a teor do artigo 312 do CPP, remanescem os seus requisitos autorizadores para sua manutenção, porquanto, na hipótese, não há constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar de estrangeiro sem vínculos no País, já expulso do território nacional e tendo reingressado ao solo nacional de forma contrária às leis vigentes.

É o que havia de relevante para relatar.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A Defensoria Pública da União na Paraíba impetrou o presente *habeas corpus* em favor de **HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER**, indiano, natural de Khashemira, médico, viúvo, filho de Bee-

ran Bee Pat e Ieddine Salim Khan, onde se colima a revogação da prisão preventiva decretada em seu desfavor.

Indicou como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, que teria mantido a prisão preventiva, anteriormente decretada pelo Eminentíssimo Juiz Federal Plantonista naquela Seção Judiciária, nos autos do processo de nº 2009.82.1071-7, que tramita perante aquele Juízo Federal.

Objetiva-se no presente *writ* a revogação do decreto cautelar, ao argumento de que o paciente, não obstante a condição de estrangeiro, não teria cometido o crime previsto no artigo 388 do Código Penal (Reingresso de Estrangeiro Expulso). Ademais, a situação do Paciente seria, no máximo, de imigrante ilegal, o que não constituiria crime, em tese.

Extrai-se, da peça inaugural, que:

a) o paciente é indiano, natural de Khasemira e nascido aos 31.08.1946 e se encontra preso desde o dia 12.02.2009, em face de prisão preventiva decretada sob a alegação de flagrante delito do artigo 388 do Código Penal (Reingresso de Estrangeiro Expulso);

b) é ilegal a manutenção da prisão em flagrante do paciente, em virtude de o paciente ter sido preso meses após a reentrada em território nacional, situação que configuraria imigração ilegal, que não constitui crime;

c) o argumento defendido pelo Magistrado, ao indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva, no sentido de que o crime de reingresso de estrangeiro expulso ter caráter permanente está equivocado e contrário ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça;

d) a liberdade do paciente não feriria a ordem pública, tampouco obstruiria a ação penal;

e) o decreto que manteve a prisão preventiva não se encontra devida e convenientemente fundamentado, de forma a tornar lícita a prisão cautelar determinada, porquanto, apesar de fazer menção genérica à ordem pública, não demonstra, como deveria, a presença de nenhum requisito do art. 312 do CPPB;

f) não há provas da expulsão do paciente do território nacional, pois o Termo de Expulsão de 1986 não deixa claro a identidade da pessoa;

g) na verdade, o paciente é um turista, que nunca se escondeu, que teve os seus documentos roubados e que está de passagem pelo Brasil.

Passo à análise.

O Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/PB, apontada autoridade coatora, ao manter a prisão preventiva, em desfavor do ora paciente, exarou decisão, cuja cópia se encontra às fls.48/53, da qual se extrai o seguinte excerto, *ad litteram*:

(...) Cuida-se de Comunicação de Prisão em Flagrante de pessoa que se diz chamar HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER e que se identificou como indiano, natural da Khashemira, nascido em 31.08.1946, médico, viúvo, filho de Beeran Bee Pat e Ieddine Salim Khan (fl. 04), preso por ter ingressado em território nacional, após sua expulsão, ocorrida no ano de 1986, com tipificação no artigo 338 do Código Penal.

O Sr. Delegado de Polícia Federal, Dr. Wilemar Rodrigues Júnior, comunicou a prisão em flagrante através do Ofício nº 0442/2009 - IPL 0141/2009-4/SR/DPF/PB, de 12.02.2009.

Instruíram o Ofício cópia do Auto de Prisão em Flagrante, depoimento das testemunhas, interrogatório do preso, Nota de Culpa, Nota de Ciência das Garantias Constitucionais e cópia do Laudo de Perícia Papiloscópica nº 005/2009 - NID/SETEC/SR/DPF/PB.

No âmbito da Comunicação, a prisão preventiva fora decretada pelo Exmº Juiz Federal Substituto, Dr. Bruno Teixeira de Paiva, no plantão, nos seguintes termos (fls. 19/21):

COMUNICAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (IPI. Nº 141/2009 SR/DPI7PI3)

AUTUADO: HYAIT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER

R.h. às 20:00 hs,

1. Narração Fática

Vistos etc.

Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de estrangeiro, que se diz chamar HYAAT BEEP PAT SLAM

KHAN SLAVER (encontrado sem portar qualquer tipo de documentação legal, por ter reingressado em território nacional, após sua expulsão, ocorrida no ano de 1986. Verifica-se que, na data de 12/02/2009, o atuado apresentou declarações na sede da DELEMIG/SR/PB - Superintendência da Polícia Federal, tendo também sido colhidos os depoimentos de duas testemunhas: o policial federal e condutor (DIOGO SOUZA FRANCO ALVES DE AZEVEDO) e o agente da polícia federal (RICARDO JOSÉ CAMARGO GOMES).

Em seguida, a autoridade policial procedeu ao interrogatório do preso, o qual tomou ciência de suas garantias constitucionais e da nota de culpa.

Consta também da comunicação de prisão em flagrante o laudo de perícia papiloscópica n° 005/2009, referente ao exame de impressões digitais, com a conclusão de que há pontos característicos idênticos e coincidentes entre as impressões digitais apostas no documento examinado em nome do atuado (anexo II) e aquelas produzidas pelo sistema AFIS (anexos III e IV), ou seja, no sentido de que foram produzidas pela mesma pessoa. Incurso nas penas do art. 338 do Código Penal, o atuado encontra-se recolhido à cela, sob custódia do Departamento de Polícia Federal da Superintendência Regional.

É o relatório.

Passo a fundamentar e, ao final, decido.

Os artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal trazem as hipóteses legais de decretação de prisão preventiva, indicando que a mesma poderá ser efetivada de ofício pelo Juiz ou a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou ainda mediante representação da autoridade policial, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, desde que sejam preenchidos seus requisitos gerais, seja preenchido pelo menos um dos seus requisitos especiais e não estejam presentes nenhuma das causas impeditivas constantes do artigo 314 também do CPP.

Os requisitos gerais para que a prisão preventiva seja decretada são a prova da existência da infração penal e indícios suficientes de autoria. No que tange à materialidade, entendo que a mesma encontra-se perfeitamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante, no qual

consta informação prestada pelo Delegado de Polícia federal Vilemar Rodrigues Júnior de que houve Termo de Expulsão lavrado em 04/07/1986 na Superintendência Regional da Delegacia de Polícia Federal do Distrito Federal.

No que se refere à autoria, não só existem indícios, mas a própria comprovação técnica da mesma, pois consta laudo pericial conclusivo de que o preso ora custodiado é a mesma pessoa que fora expulsa do país no ano de 1986, havendo, portanto, perfeita consonância com o fato típico previsto no art. 338 do Código Penal (fls. 10, 11 e 12 dos autos da Comunicação de Prisão em Flagrante encaminhado a este Juízo através do ofício de nº442/2009 - DELEMIG/SR/PB), laudo corroborado pelos anexos periciais de fls. 12, 13, 14 e 15 (Anexos 1, 11, 111 e IV).

Estando presentes os requisitos genéricos, passo a averiguar a existência de pelo menos um dos requisitos especiais, quais sejam, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal. Nesse aspecto, entendo ser necessário a manutenção da prisão de Hyatt Beep Pat Slam Khan Slaver, como forma de asseguramento da aplicação da lei penal.

Verdadeiramente, o custodiado não porta qualquer documento de identificação que possa resguardar o Poder Público de que o mesmo poderá ser localizado para comparecer aos atos da investigação policial e potencial ação penal por crime pactuado no art. 338 do Código Penal. Há, ainda, o risco plausível de que o mesmo possa foragir-se, permanecendo no país de forma ilegal ou mesmo saindo do país sem responder formalmente pela infração penal realizada em solo brasileiro.

Ante o exposto, com base nos artigos 312 do CPP, DECRETO a prisão preventiva de HYATT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER, identificado no auto de prisão em flagrante encaminhado a este Juízo através do ofício de nº 0442/2009 - DELEMIG/SR/PB 7.

Intime-se a Defensoria Pública da União, já que o preso não manifestou interesse em constituir advogado particular.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, por 05 (cinco) dias.

Comunique-se o Delegado de Polícia Federal responsável pelo flagrante do teor deste decreto.

Expeça-se o mandado de prisão, que deverá ser cumprido mediante as cautelas de praxe.

Mantenham-se estes autos apensos aos autos da Comunicação de Prisão em Flagrante encaminhado a este juízo através do ofício de nº442/2009 - DELEMIG/SR/PB 7.

Encaminhe-se ao setor de Distribuição para a indicação do Juiz Natural.

João Pessoa, 12 de fevereiro de 2009, 22:00 hs.

Com vista, a Defensoria Pública da União requereu a revogação da prisão preventiva (fls. 33/35):

HIAAT BEEP PAT SLAM KHAN, qualificado na proemial acusatória, por intermédio da Defensoria Pública da União, vem requerer, com fulcro no art. 316 do Código Processual Penal,

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

No dia 12 de fevereiro de 2009, o Sr. Hiaat Beep Pat Slam Kham foi ilegalmente preso em flagrante. Dizemos ilegalmente porque o mesmo é acusado de um crime instantâneo, qual seja: o reingresso de estrangeiro expulso, porém foi preso quando estava em um hotel. Ou seja, o mesmo só poderia ter sido preso em flagrante no momento em que entrava no País, o que não aconteceu.

De qualquer forma, o que ora se rebate é a prisão preventiva decretada no mesmo dia 12 de fevereiro de 2009. Como é sabido, um dos requisitos gerais para a prisão preventiva é a existência de indícios de autoria.

Sendo assim, para ser aplicada a medida excepcional de restrição cautelar da liberdade do senhor Hyatt Beep era necessária a existência de indícios de que o mesmo foi expulso do país em 1986.

Não encontramos no presente auto qualquer indício nesse sentido.

O indício utilizado pelo excelentíssimo juiz de plantão foi à perícia Dactiloscópica juntada aos autos.

Acontece que a referida perícia não comprova que o senhor Hyaat Beep foi expulso do país em 1986. A mesma apenas comprova que o senhor Hyaat é a pessoa que está registrada no sistema AFIS da Polícia Federal como sendo o senhor HYAAT BEEP PAT.

Ora, a perícia em tela apenas comprova que o acusado está falando a verdade, pois o mesmo nunca negou se chamar Hyaat Beep. O que o mesmo nega é ter sido expulso em 1986 e não há QUALQUER elemento nos autos que comprove o contrário.

O senhor Hyaat de fato não tem documentos, não tem porque os mesmos foram roubados em Recife, conforme comprova o BO em anexo.

Ou seja, até agora apenas temos a comprovação de que a pessoa presa é o senhor Hyaat Beep, que o mesmo é um turista, que nunca se escondeu, que teve seus documentos roubados, que está no país apenas de passagem, mas que foi preso, na véspera do carnaval, sem que existam elementos suficientes para a sua prisão.

Diante desse panorama, corremos o risco de prender todo turista que tiver os seus documentos roubados no nosso país que, diga-se de passagem, não são poucos. Analisando os autos do inquérito do presente caso, percebemos que o Termo de Expulsão de 1986 não deixa claro nem a identidade da pessoa que foi expulsa. Não se sabe se a pessoa expulsa se chama Tony Hyaat ou Hyaat Beep.

Ademais, no termo de expulsão não há impressão digital do acusado. O que há é uma assinatura do mesmo. Só encontramos a impressão digital no SIC - Boletim de Identificação. Que, assim como o Termo de Expulsão, não foi juntado aos autos.

Sendo assim, para que fique caracterizada a existência de indícios de autoria, a perícia Dactiloscópica não é o melhor caminho e sim uma perícia grafotécnica. Caso contrário, nunca saberemos se o acusado em questão é a mesma pessoa presa em 1986.

Desta feita, como a inocência se presume e como a liberdade é um direito fundamental devidamente positivado como uma cláusula pétrea de modo que só pode ser restringido em situações excepcionais, requer a V. Exa. a revogação da medida cautelar referente à prisão preventiva, sendo concedida a liberdade provisória ao

acusado Hiaat Beep Pat Slam Kham, o qual se compromete ao comparecimento a todos os atos do processo, nos moldes do art. 310 do CPP. (Grifei)

Determinei a abertura de vista ao Ministério Público Federal (fl. 35).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 38/40):

O Ministério Público Federal, pelo Procurador da República ao final subscrito, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, atento ao despacho de fl. 35, vem, perante Vossa Excelência, manifestar-se nos seguintes termos.

Hyaat Beep Pat Slam Khan Slaver foi preso em flagrante delito, no dia 12 de fevereiro de 2009, por ter reingressado no território nacional, após ser expulso do Brasil através do procedimento preconizado nos arts. 62 a 65 da Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), conduta esta que consubstancia a prática do delito tipificado no art. 338 do Código Penal.

Após analisar a comunicação da referida prisão em flagrante, o magistrado plantonista decretou, *ex officio*, às fls. 19/21, a prisão preventiva de Hyaat Beep Pat Slam Khan Slaver, por considerar perfectibilizados os requisitos para tal segregação cautelar. A defesa do acusado, por sua vez, através da petição acostada às fls. 33/35, requereu a revogação da prisão processual, com supedâneo na inexistência de indícios de autoria do crime em questão, sob o argumento de que não haveria nos autos prova da expulsão, bem como que no termo de expulsão não há identificação precisa do expulso, podendo concluir que se trata do custodiado.

É o breve relato. Passo à manifestação.

Primeiramente, cumpre salientar que a prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar. Após a providência pré-cautelar cabe ao juiz averiguar a necessidade de mantê-la, utilizando-se, obviamente, dos parâmetros analisáveis na prisão preventiva. Isso não significa que sempre deverá haver o decreto de prisão preventiva. Esta, na verdade, é uma modalidade de prisão cautelar, diversa da prisão em flagrante, não se permitindo que haja uma contradição de princípios, visto que cada uma tem sua própria autonomia. Por fim, não há que se con-

fundir a captura do agente na ardência da prática delituosa com a prisão que decorre da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Lado outro, à título de ilustração, visto não ter implicância direta nos presentes autos, com o advento da Constituição de 1988 a decretação de preventiva no curso de investigação policial é inconstitucional em vista do que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República. Não cabe ao magistrado promover atos na investigação de ofício sob pena de comprometer sua imparcialidade. Tanto é assim que, com o advento da Lei nº 7.960/89 não há mais previsão, na referida lei, de decretação de ofício pelo juiz.

Quanto ao mérito, após analisar os documentos constantes nos autos, é possível concluir que não merecem prosperar os argumentos ventilados pelo requerente.

Aprioristicamente, há sim prova de que efetivamente ocorreu a expulsão do referido estrangeiro, haja vista que à fl. 30 consta o termo que formalizou a expulsão de Tony Hyaat Bee ou Hyaat Bee Pat, o que restou confirmado pelo laudo de perícia papiloscópica de fls. 13/18, concluindo que o material fornecido é realmente de Hyaat Bee Pat, expulso do Brasil, no dia 4 de julho de 1986, por infringência às regras encartadas no Estatuto do Estrangeiro.

Ainda, verifica-se dos autos que o requerente não tem endereço no Brasil, além de não comprovar ocupação lícita. Depreende-se do seu depoimento no âmbito policial, fls. 08/09, que já exerceu medicina; no entanto, não logrou provar sua formação superior. Insta salientar que o requerente sequer portava documentação legal.

Diante da análise dos documentos carreados aos autos, ainda que o requerente negue, não resta dúvida de que ele é a mesma pessoa expulsa do Brasil em 1986. Assim, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, imprescindível se faz a medida cautelar a fim de preservar a instrução do processo, evitando-se a fuga do requerente ou evitando que a pena não seja aplicada.

Em face do exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação do pedido de revogação da prisão preventiva decretada em desfavor de Hyaat Beep Pat Slam Khan Slaver. (Grifei)

É o relatório. Decido.

O nome Beep é referido na Guiana e na Índia.

Slam Khan consta em árabe.

A profusão de nomes, naturalidade e data de nascimento com que se apresenta o requerente a envolver diversidade lingüística e a ausência de documentos mínimos a possibilitar a mínima identificação justificam a cautela preventiva decretada no sentido da garantia da investigação e da aplicação da lei penal.

Por outro lado, as evasivas com que age negando a presença anterior no território brasileiro e se contradizendo a respeito revela a consciência da infração instantânea e permanente.

ISTO POSTO, mantenho a decisão de fls. 19/21.(...)

No teor do Ofício (fls. 38/44), o Exmo. Sr. Juiz Federal de primeiro grau noticia que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o paciente tipificando a conduta no crime previsto no artigo 338 c/c 69 do Código Penal. Colaciona àquele ofício cópia da decisão por ele proferida, onde recebeu a denúncia. Do teor da decisão que recebeu a denúncia, cópia fls. 45/47, colhem-se:

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER: Cuida-se de Comunicação de Prisão em Flagrante em que HYAAT BEEP PAT SLAM KHAN SLAVER ou TONY HYAAT BEE PAT ou HYAAT BEE PAT, que na ocasião em que foi preso sem portar qualquer documento de identificação, declarou ser médico, natural da Kashimira, Índia, filho de Beeran Bee Pat e Ieddine Salim Khan, viúvo, nascido aos 31/08/1946, por ter reingressado em território nacional, após sua expulsão, ocorrida no ano de 1986, crime previsto no artigo 3381 c/c 692, do Código Penal brasileiro.

Consta na denúncia (fls. 03/05):

(...) O denunciado, livre e conscientemente, nos dias 22.04.2005, 27.09.2007 e em outra data que não se sabe precisar, reingressou no território nacional após ter sido expulso, em 04.07.1986, nos termos dos artigos 62 e 65 da Lei nº 6.815/80.

Verifica-se dos autos que no dia 12.02.2009, após ter reingressado pela terceira vez, o denunciado foi preso em flagrante delito em um hotel localizado em João Pessoa, no qual se encontrava hospedado, conforme Auto

de Prisão em flagrante de fls. 03/06. Apesar de ter negado sua expulsão em 1986, depreende-se dos Autos de Infração e Notificação números 034/05 (fl. 13) e 264/07 - DPF/EPA/AC (fl. 14) que ingressou no Brasil em 2005 (pelo Município de Pacaraima/RR) e em 2007 (pelo Município de Etitaciolândia/AC), tendo saído, nesta última oportunidade, em 12.12.2007, segundo declarações prestadas e constantes do auto.

Mesmo negando nunca ter passado por Pacaraima/RR e Etitaciolândia/AC, entrou em contradição quando, no interrogatório de fls. 05/06, reconheceu “como sendo sua a assinatura aposta no auto de infração e notificação nº 264/07”.

As provas carreadas aos autos demonstram que, efetivamente, ocorreu a expulsão do denunciado, haja vista o termo que formalizou a expulsão de Tony Hyaat Bee ou Hyaat Bee Patt, e o laudo de perícia papiloscópica de fls. 20/26, o qual concluiu que “pelas análise comparativa e exame das estruturas morfológicas das impressões digitais apostas no documento examinado e as impressões do possível candidato apresentado pelo AFIS constatarem os signatários que as mesmas apresentam pontos característicos idênticos e coincidentes, assim como a estrutura de linhas formadoras do campo digital com a mesma forma, direção e sentido, de forma a tornar inequívoca a constatação de identidade entre elas. Portanto, concluem os papiloscopistas que as impressões digitais apostas no documento examinado em nome de HYATT BEE PAT SLAM KHAN SLAVER (Anexo II), e aquelas apresentadas pelo sistema AFIS (Anexos III e III) em nome de HYATT BEE PAZ foram produzidas pela mesma pessoa”.

Diante da análise dos documentos carreados aos autos, ainda que o denunciado negue, não há dúvida de que ele é a mesma pessoa expulsa do Brasil em 1986, restando, portanto, caracterizadas a autoria e materialidade do delito. (...)

É o relatório. Decido.

ISTO POSTO, presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e inexistindo as causas de rejeição liminar dispostas no artigo 395, também do Código de Processo Penal:

- 1) recebo a denúncia;
- 2) cite-se o acusado para responder(em) à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, podendo argüir(em) preliminares e alegar(em) tudo o que interesse à sua defesa, oferecer(em) documentos e justificações, especificar(em) as provas pretendidas e arrolar(em) testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário, observando o disposto nos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008). (...)

Realço, inicialmente, não ser este o sítio oportuno para decidir quanto ao envolvimento do réu no crime, máxime porquanto não admite o *habeas corpus* dilação probatória e porquanto está a instrução criminal a se desenrolar no Juízo competente para tal.

Destarte, não aproveitam ao paciente os argumentos de que não teria sido fundamentada a decisão que decretou a sua custódia cautelar. A meu ver, os pressupostos necessários à decretação da prisão preventiva, *ex vi* do artigo 312 do CPP, ainda se mantêm, máxime no que diz respeito à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

A decisão *a quo* foi arrimada nas escoras da lei processual vigente, em face dos veementes indícios de um estrangeiro já expulso do território nacional, que reingressa de forma contrária às leis vigentes. Decisão devidamente fundamentada e com base em não suposições, mas em indícios veementes de autoria e materialidade delituosas, em tese. Ademais, os fatos que ensejaram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foram descritos na denúncia, ofertada pelo *dominus litis*, e já recebida pelo Magistrado *a quo*.

Não restam dúvidas quanto ao espectro restrito que configura as custódias processuais. A Ordem Constitucional vigente traz latentes princípios que fazem valer o Direito Penal utilizado como garantia de liberdade. A descrição das condutas típicas atende à reserva e à anterioridade legais requeridas constitucionalmente como pressupostos indispensáveis ao cerceamento do direito à liberdade; dessa forma, apenas nos casos excepcionais tem-se por constitucional e legal a restrição da liberdade.

Na hipótese, outra não é a conclusão senão de que restam presentes as condições de caso excepcional de restrição de liberdade, qual seja, a prisão processual do tipo preventiva, nos termos do estabelecido no art. 312 do CPP, pela necessidade de se garantir a ordem pública. Além disso, manter-se a custódia cautelar do paciente atende ao requisito legal de se “assegurar a aplicação penal”.

Frise-se que, conforme se verifica de uma leitura da decisão de fls.45/47, que recebeu a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal: “(...) O denunciado, livre e conscientemente, nos dias 22.04.2005, 27.09.2007 e em outra data que não se sabe precisar, reingressou no território nacional após ter sido expulso, em 04.07.1986, nos termos dos artigos 62 e 65 da Lei nº 6.815/80. Verifica-se dos autos que no dia 12.02.2009, após ter reingressado pela terceira vez, o denunciado foi preso em flagrante delito em um hotel localizado em João Pessoa, no qual se encontrava hospedado, conforme Auto de Prisão em flagrante de fls. 03/06. Apesar de ter negado sua expulsão em 1986, depreende-se dos Autos de Infração e Notificação números 034/05 (fl. 13) e 264/07 - DPF/EPA/AC (fl. 14) que ingressou no Brasil em 2005 (pelo Município de Pacaraima/RR) e em 2007 (pelo Município de Epitaciolândia/AC), tendo saído, nesta última oportunidade, em 12.12.2007, segundo declarações prestadas e constantes do auto. Mesmo negando nunca ter passado por Pacaraima/RR e Epitaciolândia/AC, entrou em contradição quando, no interrogatório de fls. 05/06, reconheceu “como sendo sua a assinatura aposta no auto de infração e notificação nº 264/07” (...).

Tal registro, afigura-se-me oportuno em face das alegações remanescentes postas na exordial, seja a de ausência de prova de ocorrência do crime de reingresso de estrangeiro expulso, seja a de consistência da prova colhida na fase inquisitorial, vez que não cabe nesta seara estreita do *writ* a dilação probatória, porquanto a instrução criminal já se desenvolve no juízo singular.

Atente-se, mais, que conforme registro da decisão que manteve a preventiva e da decisão que recebeu a denúncia, o paciente se qualificava como sendo natural da Guiana e, neste momento, deste *habeas corpus*, qualifica-se como indiano, dúvida que, em

face do oferecimento da denúncia pelo *dominus litis*, entendo militar *pro societates*, sendo, portanto, descabida de ser dirimida nesta seara estreita do *writ*.

Por fim, merece registro a reprodução dos seguintes excertos do Parecer Ministerial ofertado à fl. 35 e seguintes, *in verbis*:

(...) Por isso, não há dúvida de que foi acertada a decisão judicial atacada, uma vez que a decretação da custódia tomou como fundamento a garantia da execução da pena do estrangeiro que, embora expulso, reingressou no país de forma oculta e por vias obscuras (consoante a nota de rodapé nº 3 da fl. 30, pela cidade de Tabatinga/AM, oriundo da Letícia, na Colômbia), aliás desprovido de documentos, para não ser facilmente identificado. Ademais, é mister ressaltar que, enquanto no termo de expulsão o réu informou ser natural da Guiana, agora sustenta ser indiano. Para não se afirmar, ademais, que a prisão em flagrante foi ilegal, vale registrar também alguns dos inúmeros precedentes judiciais que sustentam o caráter permanente do ilícito previsto no art.338 do CP:

(...) PENAL: *HABEAS CORPUS*. REINGRESSO NO TERRITÓRIO NACIONAL DE ESTRANGEIRO EXPULSO. ARTIGO 338 DO CP. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. ESTADO FLAGRANCIAL CARACTERIZADO.

I - O delito de reingresso no território nacional de estrangeiro expulso, tipificado no artigo 338 do CP é de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo.

II - Tratando-se de crime permanente, enquanto não cessar a permanência, entende-se o agente em flagrante delito, a teor do artigo 303 do CPP. Logo, cabível a prisão em flagrante, enquanto não cessar a permanência, pois a conduta do agente continua a ferir o bem jurídico protegido

III - Inexistente mácula a contaminar a prisão em flagrante do paciente.

IV - Incabível a concessão de liberdade provisória pois restou suficientemente demonstrada a ocorrência de fato típico e sua autoria.

V - A manutenção da custódia cautelar do paciente é necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

VI - Ordem denegada.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2ª T. HC nº 13.527-SP. Rel. Juíza Marianina Galante, 29 out. 2002, por maioria, *DJ*, 3 dez.2002)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. CP. ART. 338. CRIME PERMANENTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

O reingresso de estrangeiro expulso, tipificado penalmente pelo art.338 do CP, é crime cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o ilícito e o estado de flagrância do agente, pois, enquanto não cessada a permanência. Apresentando-se ínsita ao éditto presidencial de expulsão a novidade ao convívio social do estrangeiro (art. 65 da Lei nº 6815/80) sua segregação, decorrente de autuação em flagrante pelo cometimento do crime definido no art. 338 do CP, justifica-se para garantia da ordem pública, sendo, por conseguinte, incabível o deferimento do benefício da liberdade provisória.

(TRF 4ª Região, 8ª T, HC nº 200704000043352-RS, Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, 10 mar 2007, un, *DJ* 21 mar 2007)

Dessa forma, resta demonstrado não haver o paciente cumprido as obrigações impostas quando da sua expulsão do território brasileiro, reingressando em solo nacional desprovido de documentos que o identifiquem, aliado à sua condição de estrangeiro, sem vínculos no País, sob decreto expulsório, autoriza a manutenção da custódia cautelar, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Com tais considerações, não vislumbro elementos suficientes para considerar ilegal a custódia do ora paciente, entendendo, ainda, demonstrada a necessidade da prisão preventiva – *ex vi* do artigo 312 do CPP, pelo que **DENEGO a ordem de *habeas corpus***.

No que se refere ao requerimento formulado no Parecer Ministerial (fl. 36 verso – item 20), verifico que referida diligência já foi realizada pela Secretaria da 1ª Turma, com a juntada dos originais das informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 38/53), pelo que descabe a sua apreciação.

Defiro, por outro lado, o requerimento formulado pelo *Parquet* Federal, no item 21 do Parecer de fl. 36 verso, determinando que se registre no sistema de dados dessa Corte, como paciente, neste *habeas corpus*, os demais possíveis nomes do estrangeiro, [HYAAT BEEPAT (fl. 18), HYAAT BEEP, TONY HYAAT OU HYAAT BEEP (fl. 28)], em face da incerteza quanto à sua identidade

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.558-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: MARIO FLAVIO MATOS CORREIA DE OLIVEIRA
Impetrado: JUÍZO DA 23ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: JOSENILDO FERREIRA DA SILVA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. MOTORISTA QUE, APÓS SER AUTUADO, JOGOU SEU CAMINHÃO CONTRA POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. MERA IRREGULARIDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. AÇÃO PENAL INICIADA. CONSTRANGIMENTO SUPERADO. ORDEM DENEGADA.

- Inexiste ilegalidade na prisão em flagrante delito operada 24 horas após o crime, quando cabalmente demonstrado nos autos ter a perseguição se iniciado logo após o seu cometimento, e se mantido contínua até a captura do agente.

- A ausência de perícia realizada na vítima não obsta o decreto de custódia preventiva, consubstanciando-se em mera irregularidade, a qual poderá ser sanada no decorrer da instrução crimi-

nal, mormente quando o agente se conduz na presença de testemunhas de viso, cujas declarações afiguraram-se suficientes para a formação do livre convencimento motivado do magistrado.

- A prisão preventiva afigura-se plenamente justificada, sob o fundamento do resguardo da ordem pública, quando revelada a periculosidade do agente, em face do modus operandi de sua conduta.

- Iniciada a ação penal, não mais subsiste o constrangimento ilegal alegado, ainda mais quando não ultrapassado o prazo de 81 dias para o término da persecução penal.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado por Mário Flávio Matos Corrêa de Oliveira em favor do paciente Josenildo Ferreira da Silva, preso desde o dia 16/03/2009, por suposta prática do delito capitulado no artigo 121, § 2º, II e IV, combinado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal (homicídio duplamente qualificado em sua forma tentada), o qual teria sido perpetrado contra policial rodoviário federal.

Figura, no presente *writ*, como autoridade coatora, o MM. Juiz Federal Titular da 23ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese: I) a ilegalidade da prisão em flagrante delito; II) a existência de excesso de prazo na conclusão do inquérito policial; e III) a ausência de razões a embasar a custódia preventiva posteriormente decretada contra o paciente.

Em 04 de abril de 2009, foram os autos recebidos em plantão pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que indeferiu o pleito liminar.

Às fls 108/110, repousam as informações prestadas pelo MM. Juiz Federal Titular da 23ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Instada a se manifestar, opinou a douta Procuradoria Regional da República pela concessão da ordem, vislumbrando constrangimento ilegal em face do excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial. Ressaltou, contudo, a existência de motivos suficientes para a prisão processual do paciente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Conforme sumariado, o presente *habeas corpus* objetiva a concessão de liberdade ao paciente Josenildo Ferreira da Silva, preso em razão da suposta prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, II e IV, combinado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal (homicídio duplamente qualificado em sua forma tentada).

Depreende-se dos autos que o paciente, em 15 de março de 2009, por volta das 11 horas e 30 minutos, no perímetro urbano de Garanhuns/PE, mais precisamente no Km 87 da BR 424, foi autuado pelo Policial Rodoviário Federal Carlos Eduardo Azevedo de Souza, por se encontrar trafegando sem quantidade suficiente de faixas refletivas, na parte traseira de seu caminhão Ford/F4000, de placa KGH 5922/PE, infração esta que lhe acarretou a imposi-

ção de multa no valor de R\$ 127,00 (cento e vinte e sete reais), além de 5 (cinco) pontos na Carteira Nacional de Habilitação - CNH.

Ocorre que, cerca de 30 (trinta) minutos após esse evento, teria o paciente retornado ao local onde se encontrava o policial e, ato contínuo, conduzido seu veículo de carga em direção ao mencionado servidor público federal, abalroando-o, e arremessando seu corpo cerca de 5 (cinco) metros à frente da viatura policial. Em seguida, empreendeu fuga.

Pois bem. Alega o impetrante ter se dado de forma ilegal a prisão em flagrante delito do paciente, posto ter se efetivado só no dia seguinte ao dos acontecimentos, qual seja, 16.03.2009, não havendo quaisquer provas nos autos de que a perseguição tenha sido ininterrupta, excetuadas apenas as declarações prestadas pelos Policiais Rodoviários Federais, os quais, segundo argumenta, estariam emocionalmente comprometidos com o fato.

Sobre o ponto, peço vênia ao douto Procurador Regional da República para transcrever trecho de seu opinativo, adotando integralmente as razões ali expostas, *in verbis*:

A propósito, perde em importância, como pareceu interessante à impetração acentuar, o lapso de tempo decorrido até se efetivar a prisão em flagrante do imputado, sabendo-se que o art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal, autoriza esse intervalo temporal, desde que não haja solução de continuidade, como foi o caso, porquanto “perseguido, logo após” – na precisa dicção do dispositivo legal – o cometimento do crime.

Com a palavra, Marcus Alan de Melo Gomes (“A Prisão Provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais”, *in* Tratado Temático de Processo Penal”, à frente Marco Antonio Marques da Silva (coord.), Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 343), naquilo que, ao interpretar esse dispositivo legal, do que daí advém a idéia de “flagrante impróprio”, tem presente que **“Indifere, outrossim, o tempo decorrido entre o cometimento da infração e a prisão do autor, se iniciada a perseguição logo após o crime”**, pois, **“Admite-se que esse tempo varie de algumas horas a dias”**.

De igual modo, não vem ao caso o fato das principais testemunhas ostentarem a qualidade de policiais (rodoviários

federais), pois, como muito bem lembrado por Fernando de Almeida Pedrosa (*in* Processo Penal – o Direito de Defesa: repercussão, amplitudes e limites, 3ª ed., Ed. RT, 2001, p. 74), **“a função pública dos policiais, assumida sob o compromisso de bem e fielmente cumprirem o dever, não os torna impedidos de prestar depoimento, nem, tampouco, cria-lhes suspeição, de sorte que o depoimento exclusivamente de policiais enverga a credibilidade dos testemunhos em geral”**, até porque **“a natureza clandestina de certos crimes, ou a forma pela qual foi possível a repressão de outros delitos (sem mais testemunhas), fazem dos policiais suas testemunhas naturais e únicas e, nesse caso, não podem ser arredados seus depoimentos, sob pena de sobejar comprometida a repressão”**.

Afinado com o entendimento acima exposto, não enxergo a aludida ilegalidade na prisão em flagrante delito operada, uma vez que restou cabalmente demonstrado nos autos ter a perseguição se iniciado logo após o cometimento do crime, e se mantido contínua até a captura do paciente, efetuada cerca de 24 horas depois.

No tocante à pretensa ausência de fundamentos para a decretação da custódia preventiva ao paciente, cuido devam ser afastados os argumentos expendidos pelo impetrante.

Eis a essência do *decisum* vergastado:

(...) A materialidade e os indícios de autoria estão perfeitamente demonstrados, vez que o acusado foi preso em flagrante por delito praticado à luz do dia, na presença de várias testemunhas. Conforme se extrai dos depoimentos de Ronaldo Matos Perez, Israel Nunes de Andrade e Everaldo Barboza Filho, colhidos por ocasião da lavratura do flagrante, o acusado, cerca de 30 (trinta) minutos após ter recebido notificação de trânsito, conduziu seu veículo em direção ao Policial Rodoviário Azevedo, atropelando o policial que lavrou a notificação contra si.

(...)

No caso dos autos, ressalta cristalina a necessidade da prisão do acusado para garantia da ordem pública.

A par da gravidade intrínseca do delito (tentativa de homicídio), a forma como este foi cometido, de acordo com o conjunto probatório até o momento formado, demonstra a

periculosidade do agente e o seu completo desrespeito pelas ordens emitidas pelas autoridades públicas.

(...)

Observo também a necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal. Conforme restou consignado pelas testemunhas (fls. 4/10), após perpetrar o crime, o acusado empreendeu fuga tentando se esquivar da atuação dos órgãos persecutórios.

Como se vê, não há que se falar em ausência de prova da materialidade delitiva, mormente quando o agente se conduz na presença de testemunhas de viso, cujas declarações afiguraram-se suficientes para a formação do livre convencimento motivado do magistrado.

Com efeito, a existência de laudo subscrito por 1 (um) só médico, que não é perito oficial, ou mesmo a ausência de perícia realizada na vítima, não obstam o decreto de custódia preventiva, tampouco o oferecimento de denúncia pelo titular da ação penal, consubstanciando-se em mera irregularidade, a qual poderá ser sanada no decorrer da instrução criminal.

Nesse sentido, transcrevo precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RHC. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E NULIDADE DA DECISÃO DE SEU RECEBIMENTO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO. NULIDADE NÃO-VERIFICADA. ATO PRIVATIVO DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PERICULOSIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Hipótese em que a impetração não conseguiu ilidir a prova da materialidade e autoria, não restando evidenciada qualquer ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória.

II - Se a peça acusatória baseou-se em outros elementos de prova, o laudo pericial não se faz impres-

cindível, mesmo porque pode ser juntado aos autos até a sentença – termo final para sanar eventuais irregularidades (omissões da denúncia) nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal.

III - Não há de se falar em inépcia da denúncia, se a peça pórica atendeu aos requisitos do art. 41, do CPP, uma vez que houve a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação dos acusados, a classificação dos crimes, além do oferecimento do rol de testemunhas.

IV - A ausência do defensor do réu no interrogatório não constitui nulidade, pois, tratando-se de ato privativo do Juiz, não está sujeito ao contraditório, restando obstada a intervenção da acusação ou da defesa.

V - Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP, da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes.

VI - A presença de condições pessoais favoráveis não é garantidora de eventual direito à liberdade provisória, se a manutenção da prisão é recomendada por outros elementos dos autos.

VII - Recurso desprovido. **Grifos nossos.**

(STJ - RHC 15324/SP - 5ª Turma - DJ 14/06/2004 - p. 242 - Relator: Gilson Dipp).

A prisão preventiva afigura-se plenamente justificada, sob o fundamento do resguardo da ordem pública, quando revelada a periculosidade do agente, em face do *modus operandi* de sua conduta.

É bastante lembrar que o paciente, no presente caso, tão-somente por ter tido contra si lavrado auto de infração de trânsito, retornou ao local e jogou o veículo contra o seu desafeto, o Policial Rodoviário Federal que lhe havia autuado.

Ademais, à fl. 61, repousa informação policial acerca do paciente Josenildo Ferreira da Silva, conhecido por “Josa Bodeiro”, nos seguintes termos:

(...) Josa Bodeiro atirou na perna de uma pessoa para testar a sua arma;
Discutiu com uma mulher e depois mordeu a orelha dela tirando um pedaço;
Já jogou o caminhão em cima de outra pessoa;
Faz ameaças ao povo quando está embriagado, depois vai perturbar no Sítio Jardim, local onde vive sua família;
Também é o suspeito de roubar gados e bodes, inclusive segundo denúncias chegadas a esta Delegacia, Josa Bodeiro, teria atirado e matado o fazendeiro conhecido por Barbosa, na Fazenda em São João/PE, quando tentava roubar gados do citado fazendeiro. (*sic*).

Vê-se, portanto, ser o paciente pessoa inclinada à violência e pouco integrada ao meio social em que vive, de modo que sua soltura poderia contribuir para o abalo da ordem pública.

A seguir, transcrevo precedente que ilustra o entendimento acima exposto, *in verbis*:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). PRISÃO EM 16.11.06. FLAGRANTE PRESUMIDO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE REVELADA PELO *MODUS OPERANDI* DA CONDUTA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Preso o paciente pouco tempo depois do crime em razão de diligências policiais, ainda de posse dos objetos roubados, não há que se falar em inexistência de flagrante, perfeitamente aplicável à hipótese o art. 302, IV, do CPP.
2. *In casu*, a manutenção da prisão encontra-se justificada na garantia da ordem pública, pois o *modus operandi* da conduta criminosa denota a periculosidade do paciente.
3. Consoante as informações da autoridade apontada como coatora, a Ação Penal, à época da impetração, já se encontrava na fase do art. 500 do CPP, estando prestes a ser sentenciado o feito, o que menos justifica a alteração da situação processual do paciente.
4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ - HC 90614/SP - 5ª Turma - DJE 19/12/2008 - Relator: Napoleão Nunes Maia Filho).

Resta, então, discutir-se acerca do aludido excesso de prazo na conclusão do inquérito policial.

Exponho, inicialmente, minha integral concordância com a incensurável argumentação aduzida pelo douto Procurador Regional da República, subscritor do parecer de fls. 115/126, no sentido de que não poderia o magistrado, de ofício, sem que houvesse requerimento fundamentado da autoridade policial, prorrogar o prazo para a conclusão da investigação policial, mormente quando tal medida se afigura esvaziada de necessidade, uma vez que, em casos como o que ora se apresenta, a ausência de perícia realizada na vítima não obsta o oferecimento de denúncia pelo titular da ação penal, consubstanciando-se em mera irregularidade, a qual poderá ser sanada no decorrer da instrução criminal.

Não obstante isso, cuido que fato superveniente ao oferecimento do opinativo pelo *Parquet* Federal, qual seja, o recebimento da denúncia pelo Juízo da 23ª Vara Federal de Pernambuco, ocorrido no dia 20/04/2009, recomenda a não concessão da ordem, uma vez que afastado o alegado excesso de prazo.

É que uma vez iniciada a ação penal, não mais subsiste o constrangimento ilegal alegado, ainda mais quando não ultrapassado o prazo de 81 dias para o término da persecução penal, o qual, de acordo com consagrado entendimento pretoriano, consubstancia-se em duração razoável para a instrução processual, ainda que esteja o réu privado de sua liberdade.

Para corroborar esse entendimento, colaciono precedente oriundo do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRE-TADA ANTES DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS E INDICIÁRIOS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Presentes os pressupostos legais, é perfeitamente possível a decretação da prisão preventiva durante o inquérito policial.
2. Devidamente demonstrada a necessidade da prisão cau-

telar no decreto constitutivo, fundado na garantia da ordem pública e da ordem econômica, afasta-se a argüição de nulidade, por ausência de motivação.

3. Com a oferta da inicial acusatória, resta superado o excesso de prazo para o início da ação penal.

4. Recurso Ordinário a que se nega provimento. Grifo nosso.

(STJ - RHC 10000/PR - 5ª Turma - DJ 11/09/2000 - p. 263 - Relator: Edson Vidigal).

Ainda na esteira desse entendimento, transcrevo precedentes oriundos dos Tribunais Regionais Federais das 4ª e 5ª Regiões, *in verbis*:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DEMORA NA CONCLUSÃO DE INQUÉRITO COM RÉU PRESO. PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL SUPERADO.

Mediante aplicação analógica do regramento previsto na Súmula nº 52 do STJ, uma vez recebida a denúncia ofertada pelo *Parquet*, resta superado eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo na conclusão de inquérito policial com indiciado preso.

(TRF 4ª Região - HC 200704000308827/SC - 8ª Turma - DE 10/10/2007 - Relator: Paulo Afonso Brum Vaz).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RETARDAMENTO PROVOCADO POR ATUAÇÃO DA DEFESA. INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES TRAZIDAS PELA AUTORIDADE COATORA, NOTICIANDO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COM RELAÇÃO AOS PACIENTES. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I - Na sessão realizada em 29.08.2006, quando do julgamento do HC nº 2534-AL, esta 4ª Turma enfrentou questões pertinentes à legalidade da decretação da prisão preventiva de FÁBIO ADRIANO DA SILVA, AGILDO AVELINO DA SILVA e JOÃO TENÓRIO DE QUEIROZ, à ausência de excesso de prazo, bem como à inexistência dos requisitos para a extensão dos benefícios concedidos a LUIZ JOSÉ DE ARAÚJO e GERSON LUDUGÉRIO DA SILVA JÚNIOR, no HC nº 2507 - AL, aos ora pacientes.

II - *In casu*, houve participação da defesa no retardamento do inquérito policial, tendo em vista a instauração de *ha-*

beas corpus na 1ª instância, bem como ajuizamento de incidente de restituição de coisas apreendidas e pedido de liberdade provisória.

III - Aplicável à espécie o disposto na Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

IV - Ademais, informações complementares trazidas pela autoridade coatora noticiam o recebimento da denúncia com relação aos ora pacientes, não mais subsistindo, destarte, o argumento levantado nesta ação constitucional, de excesso de prazo para a conclusão do inquérito, bem como para o oferecimento da denúncia.

V - Ordem de *habeas corpus* denegada. Grifo nosso.

(TRF 5ª Região - HC 2628/AL - 4ª Turma - DJ30/01/2007 - p. 647 - Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli).

Com essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus* perseguida.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.021-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: SÉRGIO WILLIAMS DE OLIVEIRA E GESSNER AGRACARIRI CAETANO
Advs./Procs.: DR. ITALO CLEMENTINO DE LIMA MONTENEGRO E OUTRO (1º RECDO.)
Def. Dativa: DRA. CYNTHIA SOARES RIBEIRO CREDIDIO (2º RECDO.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PERSECUÇÃO PENAL DEFLAGRADA ATRAVÉS DE DENÚNCIA DA VÍTIMA. CONSIDERAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DO OFENDI-

DO. ARTICULAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FATOS NARRADOS E OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. VIDA PREGRESSA DOS DENUNCIADOS. APURAÇÃO DE VÁRIOS CRIMES. DÚVIDA SOBRE A RESPONSABILIDADE SOBRE OS FATOS CRIMINOSOS. PRO SOCIETATE. RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL.

- A persecução penal foi deflagrada através de carta denúncia subscrita pela vítima, tendo a denúncia descrito a conduta dos acusados como de exigir vantagem pecuniária indevida, aproveitando-se do conhecimento prévio de que enfrentava dificuldades em relação à Receita Federal, tendo inclusive contra si deflagradas algumas execuções fiscais.

- A absolvição do denunciado em processo administrativo, por si só não o isenta de eventual responsabilidade penal, haja vista, a independência entre as instâncias. Precedente do STF.

- Não se afigura suficiente robusta a argumentação sobre a idoneidade das declarações da vítima tachando-a de “pessoa sem credibilidade” para desmerecer a notícia do crime, fulminando a ação penal no nascedouro. Num sistema de livre apreciação de provas como o nosso há o reconhecimento do instituto da manifestação do ofendido, positivado no art. 201 do CPP.

- A casuística analisada, ao contrário, denota uma articulação lógica entre os fatos narrados pela vítima e os elementos probatórios que, de ordinário, não deveriam ter sido desprezados, mas, devidamente apurados na instrução penal.

- Reforça o panorama indiciário contra os recorridos a verificação de suas vidas pregressas, em que se tem a apuração de vários crimes, o que autoriza a instauração da ação penal para apurar a concussão.

- Nesta fase, diferentemente do momento da sentença, a dúvida sobre a real responsabilidade

sobre o fato criminoso, vigora o princípio do in dubio pro societate. Precedente do STJ.
- Recurso em sentido estrito provido para determinar o recebimento da ação penal.

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 unanimidade, dar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do Relator.

Recife, 12 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Convocado):

I Exposição da Causa

1.1 Decisão:

Trata-se de recursos em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Subseção Judiciária (fls. 207/218), que rejeitou a denúncia (fls. 176/179) formulada em desfavor de Sérgio Williams de Oliveira e Gessner Agra Cariri Caetano.

Os recorridos foram denunciados pela suposta prática do crime de concussão, art. 316 do Código Penal, em janeiro de 2001, tendo como vítima o senhor José Rivel das Neves, proprietário do Posto de Combustíveis Zap Ltda, localizado em Campina Grande que, há época, apresentava débitos em relação à Receita Federal.

Da vítima foi exigida a quantia inicial de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), depois reduzida para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em troca de um dossiê com várias denúncias que o comprometiam junto à Receita Federal.

Entendeu o magistrado que não restam comprovados os fatos alegados na denúncia, pelo que carece de justa causa a ação penal, devendo ser a denúncia ser rejeitada.

1.2 Razões do(s) Recorrente(s):

O Ministério Público Federal em suas razões de recurso alega que:

a) a primeira prova contra os acusados são as próprias declarações da vítima;

b) há anotações apontadas pela vítima que comprovam a atuação do acusado Sérgio Williams;

c) o número da conta fornecido para depósito do produto do crime é de pessoa ligada a Gessner Agra, conforme depoimento na Polícia Federal;

d) não há só as declarações da vítima, mas também a da Senhora Ticiane Helena Cabral da Silva;

e) não merece prosperar o argumento de que o Sr. José Rivel das Neves é pessoa sem credibilidade, como formulado pela defesa do recorrido Sérgio Williams, que os acusados são afeitos aos crimes, pois, conforme consulta realizada, o acusado Sérgio Williams foi pronunciado e responde pelo crime de homicídio perante o 2º Tribunal do Júri e Gessner Agra responde a 16 (dezesesseis) processos perante a Justiça Federal;

f) que o fato de Sérgio Williams ter sido absolvido em processo administrativo não impede o processamento da ação penal ante a independência das instâncias e;

g) que nesta fase vigora o princípio *in dubio pro societate*.

1.3 Razões do(s) Recorrido(s):

O recorrido Gessner Agra ofereceu contra-razões (fls. 281/285) alegando a inexistência de base mínima probatória a ação penal, que nenhuma das testemunhas de acusação o indicou como autor, ou sequer partícipe, que as declarações da suposta vítima não se revestem de verossimilhança, requerendo ao final, o improvimento do recurso com a manutenção da decisão recorrida.

O recorrido Sérgio Williams foi intimado regularmente por seu advogado constituído (fls. 187, 296 e 299), não apresentando, entretanto, contra-razões.

1.4 Manifestação do Ministério Público:

O Ministério Público Federal ofertou promoção pelo provimento do recurso, alegando claros indícios do fato e da autoria, e que a dúvida deve ser definida em favor da sociedade.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Relator Convocado):

II Fundamentação

2. Mérito

O MM. Juiz *a quo* rejeitou a denúncia ao argumento de que não restaram comprovados os fatos alegados na denúncia, concluindo pela carência de justa causa para a instauração da ação penal, invocando a regra do art. 43, III, do Código de Processo Penal.

No presente caso, a persecução penal foi deflagrada através de carta denúncia subscrita pela vítima, o Sr. José Rivel das Neves (fls. 04/05), tendo a denúncia descrito a conduta dos acusados como de exigir vantagem pecuniária indevida, aproveitando-se do conhecimento prévio de que enfrentava dificuldades em relação à Receita Federal, tendo inclusive contra si deflagradas algumas execuções fiscais.

Analisando os autos, tenho que as circunstâncias descritas na peça acusatória desautorizam a rejeição da denúncia encampada pelo juízo monocrático.

Data venia, em que pese a respeitável decisão recorrida, em todos os tópicos de convencimento foram pontualmente fundamentados, penso que há indícios suficientes de autoria, bem como da materialidade delitiva.

No que concerne à absolvição do denunciado Sérgio Williams em processo administrativo, tal por si só não o isenta de eventual

responsabilidade penal, haja vista a independência entre as instâncias.

Colho da jurisprudência o seguinte aresto:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS QUE NÃO É ADMITIDA NA VIA ESTREITA DO PRESENTE WRIT.

I - (*Omissis*)

II - (*Omissis*)

a denúncia descreve conduta que configura crime em tese.

III - As esferas administrativa e penal são independentes, razão pela qual o arquivamento de procedimento administrativo não vincula a atuação do Ministério Público na instância penal.

IV - (*Omissis*)

V - Ordem denegada.

(Acórdão unânime da Primeira Turma no HC 88759/ES, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 05/12/2006, Publicação DJ 23-02-2007 PP-00025, EMENT VOL-02265-02 PP-00332) (**sem os grifos no original**)

Também não se afigura suficientemente robusta a argumentação sobre a idoneidade das declarações da vítima, tachando-a de “pessoa sem credibilidade” para desmerecer a notícia do crime, fulminando a ação penal no nascedouro.

Num sistema de livre apreciação de provas como o nosso há o reconhecimento do instituto da manifestação do ofendido, positivado no art. 201 do CPP.

Dos autos, de fato, verifica-se que a suposta vítima apresenta dificuldades financeiras perante o fisco, mas este fato não a desautoriza ou menospreza o seu depoimento.

Como decorrência lógica, tal deve ser apreciado em conjunto com diversos elementos probatórios.

É assente na doutrina penal, que o depoimento do ofendido não pode ser tomado isoladamente, pois diferentemente do depoimento de testemunha, dificilmente encontraremos uma vítima totalmente isenta de sentimentos, e com frieza emocional que se venha a tomar-se como imparcial.

A casuística analisada, ao contrário, denota uma articulação lógica entre os fatos narrados pela vítima e os elementos probatórios que, de ordinário, não deveriam ter sido desprezados, mas, devidamente apurados na instrução penal.

Reforça o panorama indiciário contra os recorridos a verificação de suas vidas progressas (fls. 231/265), em que se verifica a apuração de vários crimes, o que pelo menos autoriza a instauração da ação penal para apurar a concussão.

Daí haver a necessidade de abertura do juízo de cognição penal, com a instauração do processo, a fim de melhor avaliar acerca da real existência dos elementos que possam afastar ou justificar a imposição de uma sanção penal pelo Estado-Juiz.

Pelos elementos aqui trazidos, entendo haver elementos suficientes para o recebimento da inicial acusatória, principalmente tendo em conta que nesta fase, diante destas indiciárias conjecturas que comparadas com os fatos narrados pela vítima, configuram em tese a figura delituosa capitulada no art. 316 do Código Penal.

Tem-se, também que nesta fase, diferentemente do momento da sentença, a dúvida sobre a real responsabilidade sobre o fato criminoso, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, como é relatado em diversas decisões das cortes superiores, das quais aponto alguns excertos:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO PRATICADA, EM TESE, POR ADVOGADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. ARTS. 41 E 43 DO CPP. ORDEM DENE-GADA.

I - A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso

do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do *habeas corpus*.

II - Para o recebimento da ação penal não se faz necessária a existência de prova cabal e segura acerca da autoria do delito descrito na inicial, mas apenas prova indiciária, nos limites da razoabilidade.

III - Ordem denegada, para que a ação penal siga seu curso, com as cautelas de estilo.

(Acórdão por maioria da Primeira Turma do STF no HC 93736 / SP, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 16/09/2008, Publicação: DJe-202, DIVULG 23-10-2008, PUBLIC 24-10-2008, EMENT VOL-02338-03 PP-00447) **(sem os grifos no original)**

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE DOLO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal. Impedir o Estado-Administração de demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos. Marcado por cognição sumária e rito célere, o *habeas corpus* não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, sobretudo a existência do elemento subjetivo do tipo, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *writ*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade. Recurso a que se nega provimento.

(Acórdão unânime da Sexta Turma no RHC 15562 / SP, Relator(a) MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Julgamento 28/08/2007, Data da Publicação/Fonte: DJ 17/09/2007 p. 356) **(sem os grifos no original)**

Logo, restando comprovada a materialidade delitiva em virtude dos mínimos elementos contido nos autos e, presentes os indícios de autoria, bem como estando a peça acusatória não recebida (documentada às fls. 176/179) enquadrada no figurino do art. 41 do CPP, entendo que o exame objetivo e subjetivo demanda a necessária instrução contraditória e a esse fim deve ser recebida a denúncia.

Ex positis, dou provimento ao recurso em sentido estrito para que seja recebida a denúncia.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.218-PE

- Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
- Recorrentes: RINALDO FEITOZA VIEIRA, EDMILSON GUIMARÃES, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ANTÔNIO WELLINGTON LIMA DE SANTANA
- Recorridos: RINALDO FEITOZA VIEIRA, EDMILSON GUIMARÃES, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ANTÔNIO WELLINGTON LIMA DE SANTANA E JOSÉ AGNALDO GOMES DE SOUZA
- Repte.: WALQUÍRIA DE FÁTIMA LIMA DE SANTANA (4º RECTE.)
- Advs./Procs.: DRS. GILBERTO MARQUES DE MELO LIMA (1º E 2º RECTES. E RECDOS.), MARIA JOSÉ DO AMARAL(4º RECTE.) E GILBERTO MARQUES DE MELO LIMA E OUTRO (5º RECDO.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA QUE PRONUNCIA ALGUNS RÉUS E IMPRONUNCIA OUTRO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELOS RÉUS PRONUNCIADOS, APELAÇÃO INTERPOSTA PELO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO E RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE

FUNGIBILIDADE RECURSAL A ESTE ÚLTIMO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER À COMPLETA VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL EM SEDE DE PRONÚCIA. EXISTÊNCIA DE CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO, DENUNCIADO COMO MANDANTE DOS FATOS EM APURAÇÃO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DA ASSISTÊNCIA DA ACUSAÇÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

- Interpondo a assistente da acusação o recurso correto, não há prejuízo para a defesa no conhecimento do recurso do Ministério Público, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal, na hipótese.

- Havendo nos autos notícias de inimizade entre o réu e a vítima, especulando-se sobre o seu interesse no desfecho criminoso, não se apresenta possível a sua pronúncia como mandante do homicídio com base apenas nesses elementos. Improvimento dos recursos interpostos pela assistência da acusação e pelo Ministério Público Federal.

- Em sede de pronúncia, sob risco de incorrer em usurpação da competência do Tribunal do Júri, não se pode proceder a uma completa análise valorativa das provas apresentadas pela acusação, bastando nesta fase, por ser juízo preliminar, existirem provas do crime e indícios suficientes de autoria. Recurso dos réus improvido.

- A manutenção da prisão preventiva dos réus, em que pese já ter havido a colheita de provas, encontra respaldo legal devido ao risco à ordem pública.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso em sentido estrito como apelação, por maioria, negar provimento às apelações do Ministério Público Federal e da Assistente da Acusação, vencido o Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso da defesa e indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 24 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Recorrem Rinaldo Feitosa Vieira e Edmilson Guimarães, ante sentença da lavra do Dr. Bruno César Bandeira Apolinário, MM. Juiz Federal Substituto da 24ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, no curso do processo nº 2007.83.02.001374-2, pronunciou-os como incurso nas penas dos artigos 121, § 2º, inciso IV, e 121, § 2º, incisos IV c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, por entender haver a acusação provado a ocorrência do fato criminoso – o homicídio do índio Xucuru José Lindomar de Santana – e indícios suficientes da autoria, mantendo-os sob prisão preventiva.

Sustentam os recorrentes, em síntese, que a única testemunha que os aponta como autores do ato ilícito é desqualificada, visto que, no primeiro momento, quando todas as informações acerca dos fatos ainda eram recentes, não os apontou como autores, no entanto, posteriormente, perante um segundo Delegado de Polícia Federal teria mudado a versão dos fatos, apontado os recorrentes como autores do ilícito.

Afirmam ainda que esse testemunho, além de extemporâneo, é insustentável, visto que não havia condições para o reconheci-

mento dos autores do homicídio, posto que o fato se deu durante noite pouco iluminada e sob forte serração.

Ao final, pugnam também pela expedição de alvarás de soltura, visto que não remanesceria qualquer motivo autorizador da custódia preventiva dos recorrentes.

A acusação, bem como sua assistência judicialmente admitida também recorreram. Sustentam, em resumo, que os réus pronunciados agiram por mando e interesse do réu impronunciado – José Agnaldo Gomes de Souza, visto que seria pública a inimizade entre este e a vítima fatal, registrando-se ameaças veladas e patente animosidade entre os mesmos.

Os recursos foram devidamente contra-arrazoados.

Nesta instância, a douta Procuradoria Regional da República, pelo Dr. Rogério Tadeu Romano, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso do Ministério Público Federal, visto que foi interposto recurso em sentido estrito sem que haja, no rol do artigo 581 do Código de Processo Penal, a hipótese de sua interposição diante de impronúncia. Neste sentido, apesar de ter o juiz recebido o recurso como apelação, sustenta ser impossível aplicar a fungibilidade recursal diante do erro grosseiro e do prejuízo evidente para o réu.

No mérito, manifestou-se pelo improvimento do recursos dos réus e pelo provimento dos recursos do Ministério Público Federal e da assistência da acusação.

Em petição avulsa, foi requerido o relaxamento da prisão do recorrente Rinaldo Feitoza Vieira, manifestando-se a Procuradoria Regional da República, pelo Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, contrariamente ao pleito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Consta dos autos que em agosto de 2007 José Lindomar de Santana foi assassinado no interior da reserva indígena Xucuru, em Pesqueira, Município de Pernambuco.

O Ministério Público Federal apresentou denúncia em desfavor de Rinaldo Feitoza Vieira, Edmilson Guimarães e José Agnaldo Gomes de Souza, sustentando serem os dois primeiros os executores do homicídio e o último, o mandante do crime, oferecendo ainda promoção pela prisão preventiva de todos eles.

Em decisão de 25 de fevereiro de 2008, foi recebida a denúncia e decretada apenas a prisão preventiva dos réus apontados como executores do crime.

O processo seguiu seu curso regular, com interrogatório dos réus, oitiva de testemunhas e depoimentos dos informantes arrolados pelo Ministério Público Federal. Apresentadas as alegações finais, o Dr. Bruno César Bandeira Apolinário, MM. Juiz Federal Substituto da 24ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, pronunciou os réus apontados como executores e impronunciou o réu apontado como mandante pela acusação.

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, demonstrando o seu inconformismo com a impronúncia do réu José Agnaldo Gomes de Souza.

Nos moldes da legislação anterior à Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, o Código de Processo Penal admitia a interposição de recurso em sentido estrito tanto no caso de pronúncia quanto no caso de impronúncia. A partir de então, observando-se o prazo de sessenta dias para iniciar-se a sua vigência, a Lei nº 11.689 alterou o Código de Processo Penal, admitindo o recurso em sentido estrito apenas quanto à pronúncia do réu.

No que pertine à análise do cabimento do recurso escolhido pelo Ministério Público Federal, o Código de Processo Penal está assim redacionado:

CAPÍTULO II DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

- I - que não receber a denúncia ou a queixa;
- II - que concluir pela incompetência do juízo;
- III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;
- ~~IV - que pronunciar ou impronunciar o réu;~~

IV - que pronunciar o réu; **(Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)**

~~V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, ou indeferir requerimento de prisão preventiva, no caso do artigo 312;~~

~~V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva, ou relaxar prisão em flagrante. **(Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)**~~

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; **(Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989)**

Como se percebe, por ocasião da interposição do recurso pelo Ministério Público Federal – 19/08/2008 – não era mais possível recorrer em sentido estrito da decisão que impronuncia o réu.

Não se trata de erro grosseiro, nem há evidente prejuízo para o réu porque houve apelo da assistência da acusação, daí a aplicação do princípio da fungibilidade, de modo que conheço do recurso do Ministério Público Federal.

Quanto ao recurso interposto pelo assistente da acusação – recurso de apelação – conheço-o, mas lhe nego provimento. É que o fundamento recursal expõe a tese de que o réu impronunciado foi o mandante do crime, mas o lastro dessa afirmação repousa em ilações advindas de disputas políticas reportadas como havidas na aldeia, que implicariam em interesse subjetivo do réu em mandar assassinar a vítima.

Percebe-se assim, que não há qualquer indício que vincule o réu ao homicídio em si, apenas ilações de que o mesmo teria interesse na morte ocorrida.

Por essas razões, nego provimento à apelação da assistência da acusação e à apelação do Ministério Público Federal.

Melhor sorte não ocorre ao recurso dos réus. É que há nos autos prova testemunhal de que foram eles os autores do ilícito, enquanto eles se declaram inocentes, vítimas de intrigas e ressentimentos de ordem política.

Os recorrentes tentam desqualificar o testemunho contra eles apresentado afirmando que não houve harmonia entre a primeira e a segunda declaração da testemunha da acusação, sustentando ser por demais frágil a pronúncia lastreada nessa circunstância.

Entendo que em sede de pronúncia, não cabe a análise profunda das provas, visto que o Juízo natural para decidir sobre homicídio é o Tribunal do Júri, caracterizando-se como usurpação de competência tecer considerações sobre a suficiência ou não das provas para a condenação dos réus. Neste mesmo sentido decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES. IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS SOMENTE QUANDO FOREM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA.

1 - Indicados na pronúncia as provas da materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem como os motivos do convencimento do magistrado, não há que se falar em falta de fundamentação.

2 - Existindo duas versões sobre o crime e sendo plausível a tese de homicídio qualificado, deve o Juiz submeter o acusado a julgamento perante o Tribunal Popular, vigorando, nesse momento processual, o princípio *in dubio pro societate*.

3 - A exclusão das qualificadoras, na pronúncia, somente pode ocorrer quando se verificar, de plano, sua improcedência, o que não se reconhece na espécie. É vedado, nessa fase, valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri.

4 - *Habeas corpus* denegado.

(HC 110421 / RN; Relator: Ministro Paulo Gallotti; Órgão Julgador: Sexta Turma; data do julgamento: 25/11/2008; data da publicação: DJe 15/12/2008)

Assim, há indícios suficientes de autoria para submeter os réus ao Tribunal de Júri, razão pela qual nego provimento ao seu recurso.

Verifico que a motivação para a prisão preventiva dos réus ainda subsiste. É que, apesar de ter havido colheita de provas e de haver vínculo firme dos recorrentes com a região, a ordem pública pode ser afetada com a soltura dos mesmos, prejudicando o delicado equilíbrio social da aldeia.

Com essas considerações, nego provimento às apelações do Ministério Público e da assistente da acusação e nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelos réus, ao passo em que indefiro o pedido de revogação de suas prisões preventivas.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.289-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: FRANCISCO BATISTA DE LIMA
Adv./Proc.: DR. HUGO CEZAR MEDINA (RECDO.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). ABSORÇÃO PELO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

- Evidenciado que a apresentação de recibos falsos à Receita Federal se deu com o único objetivo de confirmar declaração inverídica de ajuste anual de rendas, encontrando-se o uso de documentos falsos inserido no iter criminis do ilícito penal de sonegação fiscal, é de se aplicar, ao caso, o princípio da consunção, de acordo com o qual o crime-meio é absorvido pelo crime-fim.

- Verificada a extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal perpetrado pelo recorrido, ante o pagamento do débito tributário, impende

reconhecer-se extinta, também, a punibilidade do crime de uso de documento falso, integrante de sua linha de desdobramento.
- Recurso em sentido estrito a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença com que o MM. Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, com fundamento no artigo 43, II, do CPP, rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Francisco Batista de Lima, pela prática do crime tipificado no artigo 304 do Código Penal.

Narra a denúncia que o contribuinte Francisco Batista de Lima, em 20 de julho de 2005, no âmbito de procedimento administrativo-fiscal instaurado contra a odontóloga Luciana Badaró Cruz, teria apresentado à Receita Federal do Brasil recibos ideologicamente falsos, relativos a serviços supostamente prestados pela mencionada profissional no ano-calendário de 2002.

Assim, segundo a acusação, teria o denunciado, com vontade livre e consciente, se conduzido no intuito de alterar a verdade sobre os rendimentos auferidos por Luciana Badaró Cruz no ano de 2002, estando incurso nas penas do artigo 304, combinado com os artigos 299 e 70, todos do Código Penal (fls. 4-10).

O MM. Juiz *a quo*, por seu turno, entendeu que os recibos foram emitidos com o único objetivo de integrar a declaração de ajuste anual de rendas do denunciado, que pretendia, apenas, obter supressão ou redução de tributo, razão pela qual seria incabível falar-se em delito autônomo.

Considerou que estando extinta a punibilidade do delito previsto no art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, já que integralmente pago o débito tributário, devem os ilícitos dos artigos 304 e 299, ambos do Código Penal, seguir o mesmo destino, uma vez que absorvidos por aquele (fls. 121-123).

Inconformado, interpôs o órgão ministerial recurso em sentido estrito, aduzindo, em suma, que “*o uso dos recibos falsos se deu no bojo de ação fiscal instaurada para apurar possíveis débitos de impostos de renda de pessoa física da odontóloga Luciana Badaró Cruz, e não em ação fiscal em desfavor da recorrida*”.

Insiste em que a apresentação dos recibos ideologicamente falsos não se caracterizou como meio necessário à prática da sonegação fiscal pelo denunciado, a qual se consumou em contexto anterior, quando da apresentação da declaração de ajuste anual de imposto de renda de pessoa física (DIRPF), em 2003.

Nessa esteira, entendeu que o uso de documento falso em ação fiscal de terceira pessoa, qual seja, a odontóloga Luciana Badaró Cruz, sem que haja a possibilidade de sonegação de tributo pelo próprio denunciado, enquadra-se no tipo descrito no artigo 304 do Código Penal, uma vez que a conduta teria sido praticada com desígnio autônomo, encontrando-se sua potencialidade lesiva dirigida a bem jurídico díspar do salvaguardado pelo artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

Requeriu a reforma da sentença, a fim de que seja recebida a denúncia, para que a presente ação penal tenha curso regular (fls. 127-137).

O recorrido apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção do julgado (fls. 144-150).

O MM. Juiz, pronunciando-se acerca de eventual juízo de re-tratação, manteve a sentença atacada (fl. 153).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 158-174).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Cuido ter agido com acerto o MM. Juiz *a quo*, ao rejeitar a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, com fundamento no artigo 43, II, do CPP, hipótese que, hoje, após a edição da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, figura no artigo 397, IV, daquele diploma legal, não como causa de rejeição da denúncia, mas de absolvição sumária do acusado.

Discordo da tese sustentada pela douta Procuradora da República recorrente, no sentido de que o denunciado teria apresentado recibos ideologicamente falsos à Delegacia da Receita Federal, objetivando alterar a verdade sobre os rendimentos auferidos pela odontóloga no ano-calendário de 2002.

Penso que com aquele ato, buscava o recorrido, na verdade, a manutenção do delito de supressão ou redução de tributo por ele mesmo perpetrado no exercício de 2003, razão pela qual considero o uso de documento falso absorvido pelo crime contra a ordem tributária.

É que os recibos só foram entregues à Receita Federal em cumprimento à determinação estampada no mandado de intimação fiscal que repousa à fls. 78-80, o qual, inclusive, consigna que o seu não atendimento implicaria as conseqüências legais previstas no regulamento do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Ora, instado a apresentar os recibos contrafeitos, o recorrido os entregou, não com o *animus* de produzir quaisquer efeitos (positivos ou negativos) à situação fiscal da psicóloga, mas objetivando, repita-se, a manutenção do crime tributário anteriormente perpetrado.

Ou seja, a apresentação dos documentos falsos, naquele momento, não obstante ocorrida no âmbito de procedimento admi-

nistrativo fiscal instaurado contra outro contribuinte, teve por finalidade respaldar o que anteriormente já havia o denunciado afirmado em sua declaração de rendimentos, constituindo-se, portanto, em mera etapa do crime contra a ordem tributária por ele próprio cometido.

Nesse sentido, transcrevo precedentes que ilustram o entendimento que ora se adota, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I E IV, LEI 8.137/90. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ARTS. 299 E 304 CP. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

1. A Lei 8.137/90, por seu art. 1º, incisos I e IV, é especial em relação aos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso (CP, arts. 299 e 304), não havendo que se falar em delitos autônomos.

2. A apresentação de recibos falsificados à Receita Federal, para comprovação de despesas médicas e psicológicas supostamente realizadas e que foram inseridas nas declarações anuais de ajuste (IRPF), *in casu*, aparece no contexto de possibilitar a redução ou supressão do tributo.

3. O momento da produção e apresentação dos citados recibos parece ser irrelevante nessa quadra de fatos, porque o pressuposto é o de que, no momento da feitura da declaração ao Fisco, os documentos que ali são mencionados já possuem existência material. Se a fabricação ou apresentação dos mesmos é posterior ou simultânea ao ato de declaração é questão de somenos importância para os fins de adequação típica da conduta (TRF1 - HC 2008.05.00.001895-5/MT).

4. Recurso em sentido estrito não provido. (TRF 1ª Região, 3ª T., RSE 2007.38.02.000959-2/MG, Rel. Des. Fed. TOURINHO NETO, DJF1 28/11/2008, p. 27)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGOS 304 C/C 299, AMBOS DO CP. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA.

1. A apresentação dos documentos falsos pelo acusado à fiscalização não constitui figura autônoma em relação ao

crime contra a ordem tributária. A apresentação dos recibos e notas fiscais falsificados foi, no máximo, o meio que, em tese, se valeu o acusado para que não fosse descoberta a sonegação tributária.

2. A norma que incrimina a conduta relativa ao uso de documento falso resta absorvida pela norma que tipifica a sonegação de tributos, precedentes do STF.

(TRF 4ª Região, 7ª T., RSE 2006.71.03.000762-3/RS, Rel. Des. Fed. TADAAQI HIROSE, de 18/04/2007)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (ART. 581, I, DO CÓDIGO PENAL). DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 299 C/C O ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL ART. 1º, I E IV, DA LEI 8.137/90. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO.

1. As condutas de prestar declaração falsa e utilizar documento falso quando fazem parte da mesma relação causal e são praticadas com o intuito de suprimir ou reduzir tributo, caracterizam crime contra a ordem tributária.

2. O uso de documento falso, que em princípio tem existência própria e dirige-se contra a fé pública, constituiu apenas etapa do *iter criminis* do delito contra a ordem tributária previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/90, constituindo, em verdade, crime-meio, devendo ser absorvido pelo crime-fim (sonegação fiscal), em razão do princípio da consunção.

3. Extinta a punibilidade do crime-fim pelo pagamento, nos termos do art. 9º, parág. 2º, da Lei 10.684/03, não há que se falar no crime-meio em sua forma autônoma.

4. Precedentes desta Corte Regional: RSE 1.051- PE, Relator Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL, DJ 27.06.08, p. 122; RSE 981-PE, Relator Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA, decisão unânime da Primeira Turma em 19/04/2007.

5. Recurso improvido.

(TRF 5ª Região, 2ª T., RSE-1156/PE, Rel. Des. Fed. MANOEL ERHARDT, DJ 08/10/2008, p. 239)

Ademais, não enxergo na conduta do recorrido a aludida potencialidade lesiva à fé pública.

Com efeito, não haveria como sua conduta abalar o bem jurídico tutelado pelo artigo 304 do Código Penal, mormente quando ciente a Receita Federal da existência de inúmeros recibos idênticos, declarados por grande quantidade de contribuintes, todos consignando pagamentos supostamente efetuados à odontóloga em questão, no total histórico de R\$ 2.112.641,65 (dois milhões, cento e doze mil, seiscentos e quarenta e um reais e sessenta e cinco centavos), enquanto a mesma apresentava declaração anual de isento no exercício de 2003, compatível, frise-se, com a movimentação financeira por ela apresentada no ano anterior.

Por conseguinte, não visualizo como poderiam os recibos ser admitidos como verdadeiros, razão pela qual entendo desprovida de potencialidade lesiva a conduta perpetrada pelo denunciado.

Dessarte, evidenciado que o uso dos recibos se deu com o único objetivo de confirmar declaração de ajuste anual de rendas com supressão ou redução de tributo, encontrando-se o crime de uso de documento falso inserido no *iter criminis* correspondente ao ilícito de sonegação fiscal, aplica-se, ao caso, o *princípio da consunção*, de acordo com o qual o *crime-meio* é absorvido pelo *crime-fim*.

Portanto, verificada a extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal perpetrado pelo recorrido, ante o pagamento do débito tributário, é de se reconhecer extinta, também, a punibilidade do crime-meio de uso de documento falso, integrante de sua linha de desdobramento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

É como voto.

**REMESSA EX OFFICIO
NA AÇÃO CÍVEL Nº 316.547-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Parte Autora: PEDRO RODRIGUES PEREIRA
Parte Ré: FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (IBGE)
Advs./Procs. DRS. KATTIA NEYVA COSTA DE OLIVEIRA E OUTROS (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ADMINISTRATIVO. SEGURO DE VIDA COLETIVO OFERECIDO A SERVIDORES. RESPONSABILIDADE DO IBGE DE INFORMAR À SEGURADORA A OCORRÊNCIA DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE SEU SERVIDOR ASSEGURADO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. DEMORA EM INFORMAR À SEGURADORA A OCORRÊNCIA DO SINISTRO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS INEXISTENTES. MERO DISSABOR.

- Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais movida em face da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, por ter esta Fundação Pública demorado em informar à seguradora a ocorrência da aposentadoria por invalidez de seu servidor assegurado, ora autor da presente demanda.

- Incabível a possibilidade de denúnciação à lide, uma vez que a empresa denunciada – METACOR ADMINISTRAÇÃO DE SEGUROS – apenas intermediou o contrato de vida em grupo celebrado entre o réu e a SASSE - Companhia Nacional de Seguros Gerais. Inocorrência das hipóteses previstas no art. 70, III, do Codex Instrumental.

- Por se tratar de Fundação Pública, aplica-se a regra do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Portanto, tendo o autor ajuizado a presente demanda em 27/06/1997 e sua aposentadoria por invalidez sido concedida em 06/03/1993, não há que se falar em prescrição.

- Restou comprovado que, em decorrência da demora do IBGE em informar à seguradora a concessão ao autor (segurado) de aposentadoria por invalidez, o que gerou o pagamento atrasado do seguro, teve ele um decréscimo econômico, eis que não recebeu o devido valor a que faria jus à época de sua aposentadoria por invalidez, devendo ser indenizado por danos morais.

- Extrai-se do presente caso que, o fato de informar tardiamente a ocorrência da aposentadoria por invalidez do autor à seguradora não causou nenhum abalo na esfera moral do demandante. Tal fato se enquadra como mero dissabor, contrariedade do cotidiano, e está longe de revelar abalo moral ou sofrimento íntimo.

- Remessa obrigatória parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à remessa obrigatória, nos termos do voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 23 abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido formulado por Pedro Rodrigues Pereira e condenou a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ao pagamento de indenização ao autor por danos materiais e morais, por não ter ele recebido, à época de sua aposentadoria por invalidez, o valor a que faria jus, estipulado no contrato de seguro coletivo oferecido pelo réu a seus servidores, em razão da demora do IBGE em comunicar à seguradora o sinistro ocorrido em relação ao postulante.

O douto magistrado *a quo*, ainda na sentença, não acolheu a prescrição bienal suscitada pelo IBGE, nem tampouco, a denúncia à lide da empresa Metacor Administração de Seguros, por entender que, *in casu*, não existiria o direito de regresso, autorizador da denúncia da lide com base no art. 70, III, do CPC. Fixou, outrossim, honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Em sede de embargos de declaração, a empresa Metacor Administração de Seguros alegou ter havido omissão na r. sentença, por não ter o magistrado sentenciante estipulado o *quantum* devido ao patrono da empresa embargada, a título de honorários.

Conhecendo dos aclaratórios, o magistrado de primeiro grau condenou o réu ao pagamento de verba honorária no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Inicialmente, analiso as preliminares arguidas por serem matérias prejudiciais do mérito.

A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em sua contestação, afirmou que, *in casu*, a prescrição dar-se-ia dentro de dois anos a contar da data da aposentadoria por invalidez do autor.

Contudo, não merece guarida a tese do réu, uma vez que o IBGE tem as mesmas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública.

Destarte, deve-se aplicar ao presente caso o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, conforme preconiza o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, *in litteris*:

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

Em situação análoga, assim tem se posicionado o egrégio STJ:

PROCESSUAL CIVIL. CADERNETA DE POUPANÇA. CRUZADOS BLOQUEADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRECEDENTES (REsp 421.840/RJ).

1. O Banco Central do Brasil, autarquia federal, é beneficiado com os mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, inclusive quanto ao prazo de prescrição quinquenal previsto pelo Decreto nº 20.910/32, art. 1º, os quais lhe foram estendidos pelo Decreto-Lei nº 4.597/42, art. 2º e Lei 4.595/64, art. 50.

2. O evento lesivo que deu origem à demanda se configura, concretamente, no momento em que se opera a liberação dos recursos (em valor inferior ao que entende devido), quando nascem o interesse e a pretensão à propositura da ação. É, portanto, esse o marco inicial do prazo de prescrição.

3. Precedentes: REsp 421.840/RJ, AgRg no REsp 750.114/RJ; EDcl no REsp 511.121/MG; REsp 652.976/RJ.

4. Recurso especial desprovido.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp - 586879/PR, Primeira Turma, decisão: 17/08/2006, DJ, data: 31/08/2006, p.: 00200, Relator Teori Albino Zavascki).

Neste toar, tendo o autor ajuizado a presente demanda em 27/06/1997 e sua aposentadoria por invalidez tendo sido deferida em 06/03/1993 (fl. 83), não há que se falar em prescrição.

Ademais, o IBGE requereu a denunciação à lide, nos termos do art. 70, III, do CPC, da empresa Metacor Administração de Seguros.

Entretanto, no caso sob exame, não cabe a denunciação à lide, eis que a empresa denunciada apenas intermediou o contrato de seguro de vida em grupo celebrado entre o réu e a SASSE - Companhia Nacional de Seguros Gerais (fl. 72), não cabendo o direito de regresso, portanto.

Em face disto, deve ser excluída da relação processual a empresa denunciada, Metacor Administração de Seguros, uma vez que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 70, III, do Codex Instrumental, que dão ensejo à denunciação à lide, *in verbis*:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Ante o exposto, rejeito as preliminares.

Passo, doravante, ao exame do mérito.

O ponto nodal da querela é saber se a demora do IBGE em informar à seguradora o sinistro ocorrido com o autor acarretou a este algum dano de ordem material e/ou moral.

Conforme se infere do lastro probatório carreado aos autos, observa-se que o réu causou dano ao patrimônio do autor, eis que informou tardiamente o sinistro ocorrido com ele, que era assegurado pela SASSE (empresa que celebrou contrato de seguro coletivo com o IBGE).

Portanto, como é cediço no ordenamento jurídico brasileiro, havendo a existência de um dano, este merece ser reparado.

Da simples leitura do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, vê-se que as pessoas jurídicas de direito público, bem como as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica, respondem objetivamente pelos danos que seus agentes venham causar a terceiros.

Apesar do duto magistrado *a quo* ter sentenciado o presente feito com base na Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado, sob a alegação de que o IBGE fora omissivo em comunicar à seguradora o sinistro ocorrido com o autor, deve-se aplicar ao pre-

sente caso a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, isto porque a Fundação Pública, ora ré, não deixou de informar o evento à seguradora, contudo o fez tardiamente. Portanto, não há que se falar em omissão do IBGE.

A Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado é caracterizada pela desnecessidade de o lesado provar a existência da culpa do agente ou do serviço estatal.

Entretanto, para que reste configurada a existência desse tipo de responsabilidade, mister se faz a existência de três requisitos, quais sejam, o fato administrativo, o dano e onexo causal.

Sobre esses elementos, colhe-se o seguinte ensinamento do magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público.

O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.

O último pressuposto é onexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa.¹

Portanto, estando presentes no caso sob *oculi* estes três requisitos, conclui-se que é da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao autor, uma vez que deveria ter informado à SASSE o fato da aposentadoria por invalidez deste.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

Conforme se infere dos autos, o IBGE agiu tardiamente, posto que só informou à seguradora a ocorrência do sinistro um ano após o seu acontecimento, acarretando para o autor prejuízos de natureza material.

Devido aos prejuízos de ordem material sofridos pelo autor, deve o IBGE pagar a título de indenização por danos materiais o valor correspondente à diferença apurada entre o montante de Cr\$ 4.406.400,00 (quatro milhões, quatrocentos e seis mil e quatrocentos cruzeiros) – valor que deveria ter o autor recebido à época de sua aposentadoria por invalidez – e o valor de Cr\$ 45.393,97 (quarenta e cinco mil, trezentos e noventa e três cruzeiros e noventa e sete centavos) – valor que a seguradora SASSE se obrigara a pagar a partir da comunicação formal do sinistro, acrescida de correção monetária.

Outrossim, deve ser afastada a condenação por danos morais, uma vez que, o fato de informar tardiamente a ocorrência da aposentadoria por invalidez do autor à seguradora não causou nenhum abalo na esfera moral do demandante. Tal fato se enquadra como mero dissabor, contrariedade do cotidiano, e está longe de revelar abalo moral ou sofrimento íntimo.

Mutatis mutandis, colaciono os seguintes precedentes deste Sodalício:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SAQUES EM CONTA-POUPANÇA DE CLIENTE SEM SUA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DO VALOR INTEGRAL EM TRÊS DIAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA.

1. A responsabilidade civil da CEF pelos danos eventualmente causados aos seus clientes é de natureza objetiva, dependendo, para a sua configuração, da presença simultânea dos requisitos extraídos do art. 14 do CDC (defeito na prestação do serviço; dano patrimonial ou moral; nexo de causalidade), aplicável às instituições financeiras por força do art. 3º, parágrafo 2º, do Estatuto Consumerista.
2. Apesar de haver nos autos provas que demonstram a ocorrência de um saque na conta-poupança do apelado, consta, também, provas de que a CEF procedeu diligente-

mente à devolução dos valores indevidamente sacados, no prazo de apenas três dias, restaurando o *status quo ante*.

3. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, embora a situação a que se sujeitou o apelante possa trazer desconforto – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade.

4. A indenização por danos materiais também não é devida, pois o valor indevidamente sacado foi restituído pela CEF no prazo de três dias.

5. Apelação a que se nega provimento.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 437448/PB, Segunda Turma, decisão: 28/10/2008, DJ - data: 12/11/2008 - página: 366 - nº: 220, Desembargador Federal Manoel Erhardt).

APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. EXCESSIVA MORA ADMINISTRATIVA NA CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO EFETUADO. RETROATIVO AO PEDIDO ADMINISTRATIVO. MERO DISSABOR. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS.

1. Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para condenar a União Federal a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, decorrentes da mora na concessão do benefício da pensão por morte.

2. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: (a) a alteridade do dano; (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

3. A União efetuou o pagamento da quantia devida com as atualizações pertinentes, restando perquirir a ocorrência dos alegados danos morais.

4. No caso, razão não assiste à autora, ora apelante, uma vez que ela não logrou comprovar qualquer ofensa à sua

honra subjetiva nem mesmo à sua imagem. Assim, não é cabível a indenização por danos morais pelo atraso, conforme requerido.

5. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Precedente do STJ (REsp 403919/MG, 4ª Turma, Ministro Rel. Cesar Asfor Rocha, data julg. 15/05/2003, pub. *DJ* 04.08.2003, pág. 308).

6. Apelação da União provida. Apelação da autora prejudicada.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 423050/AL, Primeira Turma, decisão: 10/07/2008, *DJ* - data: 29/08/2008 - página: 702 - nº: 167, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro).

Em face do exposto, dou parcial provimento à remessa obrigatória para excluir da condenação a indenização por danos morais.

Assim voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

64934-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	39
93852-SE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	53
94617-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	59

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4023-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	66
4025-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	71

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

279-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	75
2738-PB	Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior (Convocado)	83
2851-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	89
4263-AL	Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho	96
5320-RN	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	108

APELAÇÃO CÍVEL

338433-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	115
417607-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	121
429753-SE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	126
431959-RN	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	131
451307-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	140
451972-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	146
454951-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	153

APELAÇÃO CRIMINAL

4724-PB	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	158
5993-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado)	166
6114-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	183

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

93642-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	199
99924-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho	205

HABEAS CORPUS

3547-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	211
3558-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	229

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1021-PB	Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior (Convocado)	239
1218-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	247
1289-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	254

REMESSA EX OFFICIO NA APELAÇÃO CÍVEL

316547-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	261
-----------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- PrCv Ação civil pública. Decisão que antecipou os efeitos da tutela para determinar à União o cumprimento de obrigação de fazer consistente na revisão de valores pagos pelo desempenho de função parlamentar, observando o teto remuneratório constitucional. Discussão, no âmbito do agravo, que se restringe à legitimidade para o cumprimento da obrigação. Posterior prolação da sentença de mérito que esgotou a matéria objeto do recurso. Cessaçao da eficácia da liminar proferida no agravo. Recurso que ficou prejudicado. AgTr 93852-SE 53
- Adm Ação civil pública movida pela ADECON contra a CEF. Condenação da apelante à revisão dos critérios de correção das cadernetas de poupança dos substituídos processuais da autora. Índice de atualização monetária correspondente a 42,72% referente ao mês de janeiro de 1989. Prescrição vintenária. Inexistência. AC 454951-PE 153
- Prev Aposentadoria por invalidez. Concessão na via administrativa. Suspensão após quase 22 anos, sob alegação de fraude. Inexistência de má-fé. Observância do prazo decadencial. Restabelecimento do benefício. Antecipação de tutela. Pedido de efeito suspensivo ao recurso. Impossibilidade. APEL-REEX 2738-PB 83
- Prev Auxílio-doença. Suspensão do benefício. Restabelecimento. Conversão em aposentadoria por invalidez. Possibilidade. Laudo médico pericial comprobatório da incapacidade

dade definitiva. Portadora de sequelas de tumor cerebral. Fatores sócioeconômicos que conduzem à impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. APELREEX 2851-CE 89

C

- Cv CEF. Agravo retido. Antecipação de tutela. Duplicata. Transferência via endosso-translatício. Protesto realizado pelo banco endossatário. Contrato que estabelecia obrigação à endossante de prévia comunicação da cessão à devedora. Notificação inexistente. Pagamento efetuado ao endossante. Protestos indevidos que devem ser imediatamente cancelados. AC 429753-SE 126
- Ct e Adm Concurso público. Cargo de professor assistente. Disciplina de Assistência Jurídica. Registro na OAB. Exigência editalícia. Juiz de Direito. Impossibilidade. APELREEX 5320-RN 108
- Adm Contrato de repasse de recursos financeiros da União para o Município. Construção de praça multiuso. Irregularidades do Município perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios (CAUC) do Sistema de Administração Financeira (SIAFI). Nulidade da inscrição. Impossibilidade. Previsão legal. Liberação dos recursos. Ações sociais. APELREEX 4263-AL 96
- Pen Crime de cárcere privado. Indígenas. Privação da liberdade de servidores públicos dentro do prédio da Fundação Nacional do

	Índio – FUNAI. Autoria e materialidade comprovadas. Incabimento de desclassificação para o delito de constrangimento ilegal. Redução da pena-base. Fixação do regime de cumprimento da pena menos gravoso. Conjunto das circunstâncias judiciais favoráveis. ACr 6114-PE 183
PrPen	Crimes de favorecimento da prostituição e tráfico de mulheres. Condenação. Oitiva de testemunhas residentes no exterior. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Promoção de ofício de novas diligências. CPP, art. 156, II. Sentença anulada. ACr 5993-CE ... 166

E

PrCv	Embargos de terceiro. Execução fiscal. Fraude à execução. Requisitos configuradores. Não ocorrência. Regra processual de natureza objetiva. Alegada boa-fé conducente à inexistência do <i>consilium fraudis</i> . AC 431959-RN 131
Trbt	Entidade beneficente de assistência social. Importação. Imunidade. Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social não renovado pelo Conselho Nacional de Assistência social. Ausência de direito adquirido e de coisa julgada que obste a apreciação da matéria. Desembaraço aduaneiro determinado mediante depósito judicial dos tributos pertinentes. AMS 99924-CE 205

H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> liberatório. Reingresso de estrangeiro expulso. Crime, em tese, pre-
-------------	---

visto no CP, art. 338. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presença dos requisitos autorizadores da medida cautelar. Dilação probatória. Não cabimento na via eleita. Ordem denegada. HC 3547-PB 211

I

Cv Imóvel com defeitos de construção. Vícios redibitórios aparentes. Prescrição semestral (decadência). CC de 1916, art. 178, § 5º, IV. AC 451972-PE 146

M

Trbt e PrCv Multa punitiva. Redução. Possibilidade. TDA. Direito à compensação. Decreto 587/92. Sistemática de transferência. Alegação de inconstitucionalidade formal do Decreto 587/92. Improcedência. Tutela antecipatória. Causa de suspensão do crédito tributário. Abstenção de inscrição do CADIN. AC 338433-PB 115

N

Adm e PrCv Nulidade de ato administrativo. Inscrição de município no SIAFI e no CADIN por força de irregularidades em convênios celebrados com órgãos da Administração Pública. Situações previstas na IN/STN nº 01/97, com a redação dada pela IN/STN nº 05/01. Suspensão da restrição. APELREEX 279-PB .. 75

P

Adm	Pensão militar. União homoafetiva. Ausência de comprovação. Fraude confessada. Condenação na esfera criminal. Litigância de má-fé. AC 451307-PE 140
Prev e PrCv	Pensão por morte. Companheira de falecido segurado. Sentença trabalhista, com colheita de prova, reconhecendo o período reclamado. Existência. Condição de companheira. Comprovação. Termo <i>a quo</i> do benefício. Data do requerimento administrativo. Juros de mora. Honorários advocatícios. AC 417607-PE 121
Adm	Processo administrativo disciplinar. Comissão disciplinar. Formação. Servidores de outras unidades da Federação. Legalidade. Inquirição de testemunhas em outro Estado. Pagamento de diárias e despesas do investigado e seu defensor. Impossibilidade. Inexistência de ofensa à ampla defesa. Excesso de prazo para conclusão do PAD. Não demonstração de prejuízo. Inexistência de nulidade. AgTr 64934-PE 39

R

Pen e PrPen	Rejeição da denúncia. Persecução penal deflagrada através de denúncia da vítima. Consideração da manifestação do ofendido. Articulação lógica entre os fatos narrados e os elementos probatórios. Vida progressiva dos denunciados. Apuração de vários crimes. Dúvida sobre a responsabilidade a respeito dos fatos criminosos. <i>Pro societata</i> . Recebimento da ação penal. RSE 1021-PB 239
-------------	---

S

- PrCv , Cv e Adm Seguro de vida coletivo oferecido a servidores. Responsabilidade do IBGE de informar à seguradora a ocorrência da aposentadoria por invalidez de seu servidor assegurado. Denúnciação da lide. Impossibilidade. Prescrição quinquenal. Demora em informar à seguradora a ocorrência do sinistro. Danos materiais devidos. Danos morais inexistentes. Mero dissabor. REOAC 316547-CE 261
- PrPen Sentença que pronuncia alguns réus e impronuncia outro. Recurso em sentido estrito interposto pelos réus pronunciados. Apelação interposta pelo assistente da acusação e recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal a este último. Inexistência de prejuízo para o réu. Impossibilidade de proceder à completa valoração da prova testemunhal em sede de pronúncia. Existência de crime e indícios suficientes da autoria. Ausência de elementos que indiquem a participação de terceiro, denunciado como mandante dos fatos em apuração. RSE 1218-PE 247
- Adm Serviço militar. Estudante de medicina. Dispensa por excesso de contingente. Não aplicação da Lei nº 4.375/64, art. 4º, § 2º. Convocação posterior. Impossibilidade. AgTr 94617-PB 59
- Adm e Ct Servidor público federal. Licença para atividade política. LC nº 64/90. Descompatibilização do cargo três meses antes das eleições. Direito à percepção de vencimentos

	integrals. Devolução de valores descontados pela Administração Pública. Impossibilidade de concessão por via de mandado de segurança. AMS 93642-RN 199
PrCv	Suspensão de execução de sentença. Lesão à ordem econômica e administrativa. Inocorrência. AgRg na SL 4025-RN 71
PrCv	Suspensão de tutela antecipada. Grave lesão ao interesse público. Risco não demonstrado. AgRg na SL 4023-RN 66

T

Pen e PrPen	Tentativa de homicídio. Motorista que, após ser autuado, jogou seu caminhão contra policial rodoviário federal. <i>Habeas corpus</i> . Ilegalidade da prisão em flagrante. Inocorrência. Prisão preventiva decretada no curso do inquérito policial. Ausência de laudo pericial. Mera irregularidade. Necessidade da custódia demonstrada. Ordem denegada. HC 3558-PE 229
Pen	Tráfico internacional de crianças. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 239. Condenação à pena de quatro anos de reclusão e multa. Prazo de mais de oito anos entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. ACr 4724-PB 158

U

Pen e PrPen	Uso de documento falso. Absorção pelo crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da consunção. Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. Rejeição da denúncia. RSE 1289-PE 254
-------------	--