

Sentenças



MEDIDA PROVISIONAL

0000261-14.2013.4.03.6135

Autor: MUNICÍPIO DE UBATUBA
Assistente Litisconsorcial: UNIÃO FEDERAL
Réu: PAULO DE FILIPPIS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/06/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de *ação demolitória*, proposta em 09/04/2013 pelo *Município de Ubatuba* em face de *Paulo de Filippis*, em que se pretende, em síntese, *condenar o réu à obrigação de fazer consistente na demolição da construção irregular (píer), no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária*.

Em *sede de liminar*, a parte autora requereu o “embargo da construção irregular, proibindo-se novas construções e/ou ampliações e reformas, sem expressa autorização e comunicação ao Juízo, sob pena de multa diária” (fl. 06), e ainda a lavratura de *auto de constatação*. Juntou documentos.

Decisão do Juízo Estadual concedeu a liminar, determinando o *embargo da obra*, “devendo o requerido se abster de realizar novas construções e ampliações, sem autorização desse Juízo, sob pena de multa diária” (fl. 82).

Citado, o réu apresentou *contestação* (fl. 100/108) e documentos, sendo que pelo Município houve *réplica* (fl. 173/175).

Manifestação das partes em especificação de provas (fl. 176), tendo o Município informado não ter outras provas a produzir, bem como o réu requerido a realização de *audiência de conciliação* (fl. 181/182), não tendo o Município se oposto ao pleito do réu (fl. 188).

Foram *juntados documentos* aos autos pelo réu (fl. 196/199 e 214/215).

Em razão de a *União* ter se manifestado nos autos pelo seu *interesse no feito* (fl. 204/205), houve *declínio de competência* pelo *Juízo Estadual* (fl. 225), tendo os autos sido remetidos à *Justiça Federal*.

Após realizada *audiência de conciliação* por este *Juízo Federal* (fl. 294/295), houve *juntada de documentos pela CETESB* (fl. 300/301), bem como *manifestação das partes e União*, bem como parecer do *Ministério Público Federal* (fls. 306/315, 319, 326 e 330).

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – MÉRITO

II.1.1 – AÇÃO DEMOLITÓRIA – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – PÍER - AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL - ÔNUS DA PROVA – DEMOLIÇÃO

A presente *ação demolitória* foi proposta em face do réu em razão da *construção irregular de píer* de “34,8 metros quadrados” (“Implantação de píer sem autorização do DEPRN” – *Inquérito Civil* nº 171/06 - fl. 08 e 18) nas proximidades da *Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP*, em área conhecida como *Península Porcher*, e que foi objeto de “Boletins de Ocorrência Ambiental” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da *Polícia Militar do Estado de São Paulo*.

Conforme *documentos* que instruem a petição inicial e os autos, o *pier* edificado teria sido objeto de *vistoria ambiental*, sendo que o réu *Paolo de Filippis*, em definitivo, não teria obtido a *devida regulamentação e regularização do pier perante o órgão de fiscalização ambiental CETESB*.

Apesar dos *relevantes fundamentos* que constam da *contestação e manifestações do réu*, após a realização de *audiência de conciliação em 03/11/2013*, a *pedido do réu* a este Juízo Federal em sede de *especificação de provas*, restou consignado que:

Tendo em vista os posicionamentos apresentados pelo *Município de Ubatuba* e pela *União Federal* no sentido de que não se opõem à via conciliatória para a resolução da questão debatida nos presentes autos, *desde que haja a devida regularização administrativa do “pier” localizado na propriedade do réu, inclusive com atendimento a eventuais exigências apresentadas pelos órgãos ambientais, com destaque à CETESB*, posicionamento este acompanhado pelo *Ministério Público Federal*, impõe-se que seja expedido *ofício à CETESB* para que apresente aos autos a *atual situação detalhada de regularidade ou não do “pier”, eventuais limitações e exigências existentes ante sua localização, dimensões e características*. Prazo: 20 (vinte) dias. Na sequência, manifeste-se o réu sobre as limitações e atendimento às eventuais exigências impostas em sede administrativa, inclusive com relação às licenças ambientais, assumindo o ônus processual de sua inércia. Prazo: 30 (trinta) dias.

Após, venham os autos conclusos para deliberação.

Por conseguinte, foram apresentadas *informações atualizadas pela CETESB* em relação à *situação de regularidade ou não do pier construído pelo réu*, tendo constado que:

Ofício nº 499/13- CMS (...)

Em atenção à Vossa requisição, *informamos que consta em nossos arquivos Processo SMA 83764/07, aberto em 17/04/07, onde o Sr. Paolo de Filippis requer regularização do pier já existente*.

Segundo análise do citado processo *a estrutura construída está em desacordo com o Decreto Estadual 49215/04 (§ 2º - art. 34)* que determina, para propriedades localizadas na faixa “entre-mares” Z1M (sendo a situação da península Porcher segundo carta oficial da CPLA), a *possibilidade de implantação de pier somente quando não houver acesso terrestre. Não sendo este o caso da propriedade em questão, a qual é servida por arruamento público*.

Esta condição foi devidamente informada ao Sr. Paolo de Filippis, conforme carta nº 100/09-LMU e respectivo Aviso de Recebimento – cópia anexa. (...)

“100/LMU

(...) Desta forma, visto que a propriedade em questão possui acesso terrestre, não há viabilidade de regularização do mesmo, sendo necessário a demolição para recuperação ambiental” (fl. 300/301).

A *União Federal* se manifestou nos autos sustentando que:

Conforme ficou consignado na audiência realizada em 13/11/2016, a *União* não se opõe à via conciliatória para a resolução da questão debatida nos presentes autos, desde que haja a *devida regularização administrativa do “pier” inclusive perante a CETESB, algo que não ocorreu até o momento*. (fl. 319).

Por sua vez, o autor *Município de Ubatuba* se manifestou nos autos sustentando que “nada tem a opor à regularização da construção dede que regularmente aprovada ou com a manifestação de nada a opor do órgãos ambientais do Estado – Cetesb, e da União, SPU” (fl. 326).

E, por fim, pelo *Ministério Público Federal* foi apresentado *parecer* no sentido de que: “não se opõe à regularização do píer desde que cumpridas as exigências do órgão ambiental [CETESB] e SPU [União Federal].” (fl. 330).

Em razão da matéria objeto desta *ação demolitória*, faz-se oportuna a *análise da legislação* que dispõe de alguma forma sobre a *construção de píer em zona costeira*.

Sobre a matéria em foco, dispõe a *Portaria nº 404, de 28 de dezembro de 2012*, da *Secretaria do Patrimônio da União – SPU*:

Art. 1º Esta portaria estabelece *normas e procedimentos para a instrução de processos visando à cessão de espaços físicos em águas públicas* e fixa parâmetros para o cálculo do preço público devido, a título de retribuição à União.

(...)

Art. 9º A *formalização de processos administrativos na Superintendência do Patrimônio da União na unidade da Federação - SPU/UF*, visando à *cessão de espaços físicos em águas públicas para implantação ou regularização de estrutura náutica*, dependerá da apresentação dos seguintes documentos:

I - Requerimento com qualificação e identificação do interessado, dirigido à Secretaria do Patrimônio da União encaminhado ao Superintendente da UF onde será implantado o empreendimento;

II - Descrição sucinta do empreendimento;

III - CPF para pessoa física, ou, Atos Constitutivos e CNPJ para pessoa jurídica e CPF de seus representantes legais;

IV - *Manifestação favorável da Autoridade Municipal quanto à adequação da atividade à legislação municipal, relativa ao local em terra onde se desenvolverá a atividade*, ou, de onde partirá a estrutura; no caso de regularização, de onde se desenvolve a atividade, ou, de onde parte a estrutura.

V - Parecer da Capitania dos Portos, da respectiva área de jurisdição, quanto à interferência em relação ao ordenamento do espaço aquaviário, à segurança da navegação e outros aspectos de interesse da Defesa Nacional;

VI - Plantas de situação e localização apresentadas nos termos da NORMAM 11 da Marinha do Brasil;

VII - Memorial descritivo do empreendimento contendo:

a) Descrição das poligonais das áreas em coordenadas georreferenciadas, fazendo constar separadamente:

1) área pretendida em terra;

2) área pretendida para instalação de estrutura física sobre a água;

3) área pretendida para berços de atracação;

4) áreas necessárias à bacia de evolução e canal de acesso.

b) Descrição de todos os acessos ao local, marítimo, fluvial ou lacustre, rodoviários, ferroviário e dutoviário;

c) Descrição da estrutura, identificando as instalações de acostagem, os respectivos berços de atracação e suas finalidades;

VIII - *Licença Ambiental Prévia (LP)*, quando se tratar de implantação de nova estrutura náutica ou *Licença Ambiental de Instalação (LI)* ou de *Operação (LO)*, quando se tratar de ampliação/regularização de estrutura náutica existente.

IX - documentos comprobatórios referentes ao disposto no art. 18, desta Portaria, se for o caso. § 1º O requerimento deverá informar, justificadamente, o prazo pretendido de cessão, assim como fundamentar a solicitação de prazo de carência, se for o caso, com base nos art. 21 e 19 da Lei nº 9.636, de 1998, respectivamente, e informar a data do início da operação, ainda que em caráter parcial.

§ 2º O prazo de carência, quando cabível, não deverá ultrapassar o início da operação do empreendimento, ainda que em caráter parcial.

§ 3º O memorial descritivo e plantas deverão conter a identificação e a assinatura do responsável técnico e serão acompanhados da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica - ART/CREA ou Registro de Responsabilidade Técnica - RRT/CAU, quando se tratar de projeto elaborado por ente privado.

§ 4º Os documentos citados neste artigo também serão entregues em meio digital.

§ 5º No caso da cessão de espaço físico em águas públicas, envolver estrutura náutica rudimentar ou de pequeno porte (de até 250,00m², incluindo estrutura e berços), a documentação listada no *caput* poderá ser dispensada ou substituída pelo cadastro da SPU, a critério da Superintendência.

§ 6º A SPU encaminhará o processo à manifestação da Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR, quando for o caso, relativo à adequação do empreendimento à política portuária nacional. (Grifo nosso).

Por sua vez, dispõe o *Decreto nº 49.215/2004, do Governo do Estado de São Paulo*, que “Dispõe sobre o *Zoneamento Ecológico-Econômico do Setor do LITORAL NORTE*, prevê *usos e atividades para as diferentes zonas, estabelece diretrizes, metas ambientais e sócio-econômicas*”:

SEÇÃO II

Do Zoneamento Marinho

Artigo 31 - *A faixa marinha* abrangida por este decreto é aquela definida pela *Lei nº 10.019, de 3 de julho de 1998*, englobando todos os *ecossistemas e recursos naturais existentes a partir do limite superior da preamar de sizígia até a isóbata de 23,6m*, tendo como base de referência cartográfica as cartas náuticas e tábuas de marés para o Porto de São Sebastião da Diretoria de Hidrografia e Navegação do Ministério da Marinha. Ver tópico (1 documento)

§ 1º - Estão também incluídas na faixa marinha as ilhas, ilhotas, lajes e parcéis.

§ 2º - As normas de uso e as diretrizes definidas para o Zoneamento Marinho aplicam-se em duas faixas diferenciadas, que são respectivamente, a *faixa entre-marés, compreendendo a área entre a preamar e baixa-mar de sizígia*, e a faixa marítima que vai da baixa-mar de sizígia até a isóbata de 23,6m.

Artigo 32 - *A delimitação da Zona 1 Marinha - Z1M, considera, entre outras, isolada ou conjuntamente, as seguintes características sócio-ambientais:*

I - estrutura abiótica preservada;

II - comunidade biológica preservada;

III - ausência de atividades antrópicas que ameacem o equilíbrio ecológico;

IV - usos não intensivos, especialmente associados ao turismo e extrativismo de subsistência;

V - existência de áreas de reprodução de organismos marinhos.

Artigo 33 - A gestão da Z1M deverá observar as seguintes diretrizes:

I - manter e garantir a funcionalidade dos ecossistemas visando assegurar a conservação da diversidade biológica, do patrimônio histórico, paisagístico, cultural e arqueológico;

II - promover a manutenção e melhoria da qualidade das águas costeiras.

Artigo 34 - Na Z1M são permitidos os seguintes usos e atividades:

I - pesquisa científica e educação ambiental relacionadas à conservação da biodiversidade;

II - manejo auto-sustentado de recursos marinhos, desde que previsto em Plano de Manejo aprovado pelos órgãos ambientais competentes;

III - pesca artesanal, exceto arrasto;

IV - extrativismo de subsistência;

V - ecoturismo.

§ 1º - Os usos e atividades permitidos para a Zona de Amortecimento das Unidades de Conser-

vação são aqueles estabelecidos nos Planos de Manejo.

§ 2º - *Nas propriedades cuja faixa entre-marés seja classificada em sua totalidade como Z1M e não houver acesso terrestre, será permitida a implantação de estruturas náuticas Classe I, respeitadas as exigências do licenciamento ambiental, para atender os usos permitidos na zona.* (Grifo nosso).

Registradas essas considerações acerca da *evolução legislativa* relativa à *construção de píer em zona costeira*, passa-se à análise do caso concreto.

Com efeito, *foi judicializada a questão* relativa à *regularidade ou não da construção do píer pelo réu Paolo de Filippis* nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, a partir da propositura de ação demolitória pelo Município de Ubatuba, em que se pede a *demolição do píer construído pelo réu em razão de “Implantação de píer sem autorização do DEPRN”*, conforme Inquérito Civil nº 171/06 e “Boletins de Ocorrência Ambiental” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Por conseguinte, *não seria razoável nem prudente ao Poder Judiciário* relegar a resolução da questão à *originária esfera administrativa*, sob o raciocínio de que cumpriria réu realizar *novos procedimentos administrativos* perante os *órgãos de fiscalização ambiental e patrimonial*, sobretudo CETESB e SPU, quando já constam *elementos de prova nos autos suficientes a demonstrar a situação de efetiva irregularidade do píer* perante o *órgão ambiental CETESB*, o que se apurou inclusive a partir de *processo administrativo* que tramitou sob *iniciativa do réu*, à época da *notificação em sede administrativa*.

Além dos *documentos originários do processo administrativo*, foi *oportunizado às partes* produzirem *provas* acerca dos fatos que vieram a dar ensejo à propositura desta ação judicial, tendo se *reiterado na esfera judicial a situação de irregularidade do píer na área onde fora construído pelo réu*, conforme *informação técnica atualizada da CETESB* no sentido de que “a estrutura construída está em desacordo com o Decreto Estadual 49215/04 (§ 2º - art. 34)... visto que a propriedade em questão possui acesso terrestre, não há viabilidade de regularização do mesmo, sendo necessário a demolição para recuperação ambiental” (fl. 300/301).

A partir dos *documentos* que instruem a petição inicial, no Inquérito Civil nº 171/06 foi apurada “*Implantação de píer sem autorização do DEPRN*” (fl. 08), tendo ainda sido lavrados “*Boletins de Ocorrência Ambiental*” nº 063460/06, 062041/06, 063531/06 e 4876/06, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a partir de *vistorias ambientais* no local (fl. 09/16).

Segundo consta, o *píer irregular edificado pelo réu Paolo de Filippis* foi objeto de *notificação pelo Ministério Público Estadual e pela Prefeitura Municipal de Ubatuba* em 2008 e 2009 (fl. 29/33, 49/52 e 64/66), em que foi determinada ao réu a *comprovação e protocolo de pedido de regularização do píer junto à Secretaria Estadual do Meio Ambiente*, o que veio a ocorrer (fl. 34/37, 53 e 67/68), *não tendo, contudo, sido obtido resultado positivo pelo réu, ante seu indeferimento em sede administrativa*.

Apesar do Ofício nº 249/DelSSebastião, de 11/07/2007, da Marinha do Brasil, relativo à “regularização de píer”, no sentido de que “*nada tem a opor quanto à regularização de um píer localizado na enseada do Flamengo, Rua Capricórnio, nº 873, Município de Ubatuba-SP (carta náutica nº 1635).*” (fl. 72), de fato o réu *não conta com a possibilidade de regularização administrativa do píer*, tendo em vista a *localidade em que se encontra construído (“Z1M”)*, nos termos do Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo, conforme *informação técnica da CETESB, órgão ambiental licenciador responsável pela área em questão*.

Ademais, o parecer favorável da Capitania dos Portos de São Sebastião não tem o condão de regularizar a construção do píer, visto que, segundo constou expressamente, “o presente parecer não implica em autorização ou aval à obra pretendida por não ser objeto da competência da Marinha do Brasil, nem exime o requerente do cumprimento de exigência de outros órgãos, nas esferas federal, estadual e municipal, prevista na legislação em vigor, em especial ambiental” (fl. 73).

Ainda, é pacífico o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a incompetência dos órgãos da Marinha para autorizar construção em praias, terrenos de marinha e plataformas marítimas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLATAFORMA MARÍTIMA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. EFEITOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 5, XXXVI, DA CF/88. 1-) No caso dos autos restou demonstrado que as plataformas de pesca foram construídas sobre a praia, em total desacordo com as normas assecutorias do livre usufruto do como coisa comum ao povo, sem que se permita qualquer obstáculo, seja ao acesso a praia ou ao que a ela venha a ser pelo homem agregado, violando ainda normas ambientais de proteção da Zona Costeira e do ecossistema marinho da plataforma continental. Ao Ministério da Marinha cabe, precipuamente, o exercício do poder de polícia quanto à segurança da navegação, sendo incompetente para fornecer qualquer autorização para construção em bem da União, o que demonstra a irregularidade do ato expedido e elide qualquer presunção de legitimidade e legalidade na sua feitura e efeitos. (...) (TRF 4 REGIÃO – APELAÇÃO CÍVEL 2001.0401019468/RS, 3ª TURMA, DJU 3/7/2002, Relator. JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ) (grifei)

Verifica-se que o réu Paolo de Flippis, em sua contestação e manifestações em relação aos fatos lhe imputados relativos à construção irregular de píer, bem como em face do pedido de demolição, sustenta, em síntese, que “foi emitido parecer favorável à construção e existência do píer por parte da Marinha do Brasil”, que “o píer já está construído há muito tempo, aproximadamente 10 anos”, que “não se trata de construção prejudicial ao meio ambiente”, que “a denúncia realizada à época da autuação foi direcionada ao terreno vizinho que possuir de fato um arrocamento de dimensões consideráveis”, que “a construção é apenas uma prancha de pedras”, tendo ainda feito referência a “fato consumado” e às Resoluções SMA 21/2008 e Resolução SMA 04/2002, que tratam de “licenciamento ambiental de estruturas localizadas nas margens e nas águas interiores e litorâneas” (fl. 100/108 e 306/313).

Contudo, o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora (CPC, art. 373, inciso II), referente à comprovada irregularidade da construção do píer de sua propriedade, visto que em desacordo com as normas de proteção ambiental (Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo).

De fato, não se verifica qualquer prova do autor de que o píer não se encontra situado em “faixa entre-marés”, que não “seja classificada em sua totalidade como Z1M”, ou que “não houver acesso terrestre”, necessários para se afastar a aplicação do Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo.

Em face do evidente impacto no meio ambiente, a construção do píer requer prévio procedimento de licenciamento ambiental pelo órgão ambiental estadual competente (CETESB), nos exatos termos do art. 10 da Lei nº 6.938/81:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e ativida-

des utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011) (Grifo nosso).

Outrossim, *não prevalece a alegação* de que “o píer já está construído há muito tempo” e de “fato consumado” (fl. 100/108), visto que *para a regularidade e legalidade do píer desde a sua construção, deve atender a todas as normas de proteção ambiental*, o que *não se verificou ocorrer no presente caso*, que conta inclusive com *manifestação expressa da CETESP quanto à irregularidade do píer, não havendo direito adquirido à degradação ambiental*.

Ainda, conforme *Ofício 710/2010 da Secretaria de Patrimônio da União – SPU*, consta ainda a informação no sentido de que “conforme solicitação de subsídios acerca da construção do píer em nome de Paolo de Filippis, informamos que não há autorização. Apenas há um pedido para sua regularização protocolado sob o nº do processo administrativo nº 04977.010622/2009-14” (fl. 206).

Assim, a partir do *conjunto probatório* acostado aos autos restou *suficientemente demonstrado* que o réu realizou a construção de píer nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, em desacordo com as normas e leis de proteção ao meio ambiente (Decreto nº 49.215/2004, art. 34, § 2º, do Governo do Estado de São Paulo), sendo que, apesar da tentativa conciliatória deste Juízo ao designar audiência para eventuais tratativas entre as partes para resolução da controvérsia (CPC anterior, art. 125, inciso VI), não houve qualquer êxito na conciliação para solução da presente lide, ante a inviabilidade de regularização administrativa do píer, conforme *informação técnica do órgão ambiental responsável CETESB* (fl. 301).

Portanto, uma vez provocado a apreciar eventual ocorrência de *lesão ou ameaça a direito*, e tendo o Poder Judiciário promovido os atos necessários à resolução da questão controvertida que lhe foi submetida, mediante *tentativa de conciliação* entre as partes e *necessária produção de provas*, inclusive em observância à *efetividade da jurisdição* e aos *princípios do non liquet* (CPC, art. 140) e da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, 5º, XXXV), impõe-se que seja dado cumprimento à *Constituição Federal* e à *legislação* que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual o reconhecimento da *procedência desta ação demolitória* proposta pelo Município de Ubatuba é medida que se impõe.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para, *confirmando a tutela antecipada* concedida nos autos (fl. 82), **CONDENAR** o réu Paolo de Filippis a:

A) *obrigação de fazer* a partir da *demolição do píer de sua propriedade* construído nas proximidades da Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP, em área conhecida como *Península Porcher*, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, removendo todos os detritos do local às suas custas, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, bem como

C) *obrigação de fazer* a partir da *recuperação da vegetação e área suprimida*, que deve ser realizada a partir da apresentação de *projeto de recuperação ambiental* da área degradada, nele incluindo *cronograma das atividades*, perante a CETESB, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 3 (três) anos.

Em caso de não cumprimento da demolição e remoção dos detritos pelo réu, ficam AUTORIZADOS o autor Município de Ubatuba, o Estado de São Paulo (CETESB), a União (assistente litisconsorcial) e o Ministério Público a procederem aos atos necessários para a demolição do píer e remoção dos detritos às suas custas, ou através da realização de convênio ou parceria com a Administração Pública direta ou indireta, ressalvado o direito de regresso em face do réu Paolo de Filippis, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados, assumindo o ônus processual de sua inércia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se *mandado de demolição* do píer construído nas proximidades da *Rua Capricórnio, nº 745, Bairro Santa Rita, em Ubatuba-SP*, em área conhecida como *Península Porcher*, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença. Deverá ainda o Executante do Mandado cumprir a ordem judicial na presença do representante da CETESB, que assinará o termo de demolição.

Condeno a parte ré ao pagamento das *custas processuais*, bem como aos *honorários de sucumbência* que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os critérios do art. 85, do Código de Processo Civil.

Ciência ao Ministério Público Federal, inclusive para que seja *intimado, juntamente com a União Federal (SPU), a tomar as providências necessárias* em relação à *verificação de efetiva regularidade ou não do píer existente no imóvel vizinho ao do réu Paolo de Filippis* (vide fotos às fls. 314/315), com subsequente informação nestes autos acerca dos atos realizados, na esfera administrativa ou judicial.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, ____ de junho de 2016.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0009132-86.2013.4.03.6182

Embargante: TAMBORÉ S/A

Embargada: FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DA CAPITAL - SP

Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

Trata-se de embargos à execução fiscal aforada para cobrança de receitas não-tributárias (receitas patrimoniais), consistente em aforamento nos períodos entre 1990/5 e 2003/7 e em laudêmio em 2002.

A executada, citada em 30.06.2010, opôs exceção de pré-executividade, parcialmente acolhida para reconhecer a prescrição dos créditos representados pela CDA Nº 80.6.08.034608-10 e o cancelamento da CDA Nº 80.6.09.027975-11.

Restaram em cobrança, portanto, os valores inscritos sob o nº 80.6.09.029306-10, ou seja, de laudêmio referente ao período de 2002, vencido em 07.02.2008, notificado ao devedor em 14.05.2009 e acrescido de multa de mora de 30%, de correção monetária e juros de mora.

Em face desse débito remanescente, a parte embargante alegou o quanto segue:

- a) O domínio útil do imóvel foi transferido a José Ramos Ferreira, em 05 de junho de 2002.
- b) A lavratura do instrumento é condicionada à apresentação de certidão do SPU;
- c) Por intermédio da Certidão de Autorização de Transferência nº 1.485/2001, foi certificado o recolhimento do laudêmio no valor de R\$ 7.939,98;
- d) Pede-se portanto o reconhecimento da extinção do crédito inscrito;
- e) A exigência de diferença desrespeita o princípio do contraditório. No mesmo sentido, a reavaliação do domínio útil não poderia ser levada a efeito sem a intimação da parte embargante, nem mesmo sem a apresentação de laudo de vistoria.

Recebi os embargos com efeito suspensivo a fls. 68.

Impugnação a fls. 71 e seguintes, que assim resumo:

- a) Pede-se a “extinção do feito sem resolução do mérito” em relação à inscrição nº 80.06.08.034608-10;
- b) O laudêmio deve corresponder a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, recolhendo-se previamente à transferência onerosa inter vivos;
- c) A enfeiteuse de bem público é regida por normas próprias, cabendo à Administração impor o cumprimento das cláusulas exorbitantes como, no caso, a atualização do valor do domínio pleno. A Administração pode anular seus próprios atos. Assim, nada há demais na cobrança suplementar do valor do laudêmio.

A fls. 84 e seguintes, em réplica, a parte embargante insistiu em seus pontos de vista.

Determinei a requisição do processo administrativo (fls. 91), que veio reproduzido a fls. 93 e seguintes. As partes tiveram oportunidade de manifestação, a fls. 192 e ss. e a fls. 199.

Não há necessidade de outras provas.

Passo a fundamentar e a decidir.

TÓPICO IMPERTINENTE DA IMPUGNAÇÃO

Não há necessidade ou interesse no sentido de que os embargos sejam extintos, sem resolução de mérito, com respeito à inscrição nº 80.6.08.034608-10 (laudêmio do exercício de 2002). O pedido deduzido pela parte embargante refere-se apenas à inscrição remanescente de nº 80.6.09.029306-10. A cobrança dos demais créditos já foi afastada nos próprios autos da execução fiscal (fls. 52/5 destes embargos e fls. 90/2 daqueles), como detalhei ao relatar, restando definitivamente decidida a matéria nos autos do Agravo nº 2012.03.00.028832-9/SP.

MÉRITO – DOS FATOS COMPROVADOS NOS AUTOS

Nestes embargos discute-se o crédito inscrito sob o nº 80.6.09.029306-10, ou seja, de laudêmio referente ao período de 2002, vencido em 07.02.2008, notificado ao devedor em 14.05.2009 e acrescido de multa de mora de 30%, de correção monetária e juros de mora.

Referido crédito relaciona-se com imóvel situado no “Residencial Tamboré I”, Barueri, Estado de São Paulo, identificado perante a SPU pelo registro nº 6213.0002256-62. Seu domínio útil foi alienado em 05.06.2002 por escritura pública (fls. 57/9). Na oportunidade foi apresentada a certidão de autorização de transferência nº 1.485/2001 (fls. 116-v), que espelhava o recolhimento do laudêmio no valor de R\$ 7.939,98 (DARF de fls. 60; cálculo em 07.03.2001 a fls. 111-verso). Em seguimento, foi calculada diferença no valor original de R\$ 9.565,78 (fls. 134-verso), que, acrescida de juros e multa, totalizou R\$ 13.852,20, na notificação nº 2.482/2009 (fls. 62/3), da qual resultou a inscrição ora discutida.

A diferença corresponde à reavaliação do domínio útil do imóvel no âmbito do procedimento SPU nº 10880.017057/00-15, procedida em 02.10.2007, conforme consta de fls. 129/30.

Ainda se verifica que um interessado não identificado teve vista e ciência dos autos administrativos somente em 2009 (fls. 153-verso), depois de expedida a notificação aos “responsáveis” (fls. 153).

MÉRITO – SÍNTESE DOS FATOS

Em síntese, a Administração Pública representada pela Secretaria do Patrimônio da União forneceu ao interessado na alienação do domínio útil a certidão competente, para que fosse apresentada quando da lavratura da escritura pública de venda, ostentando como fato certo o recolhimento prévio do laudêmio devido à União. Em momento posterior e sem a ciência do administrado recalculou o valor do domínio útil, com lastro nas inovações da Portaria nº 293, de 04 de outubro de 2007, resultando desse recálculo uma diferença de laudêmio que, com os acréscimos de atualização monetária, multa e juros compõem a inscrição em curso de cobrança no executivo fiscal.

Tais fatos são comprovados pela extensa documentação constante dos autos e restaram, ademais, incontroversos.

MÉRITO – ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS

A diferença de laudêmio ora em cobrança resulta da revisão do ato administrativo que o calculou à época da alienação levada a efeito pela parte embargante. Ora, sob esse gênero pode-se dizer que o ato administrativo pode ser retirado por (a) revogação (por conveniência e oportunidade); (b) invalidação (por ilegalidade); (c) cassação (porque o destinatário deixou de cumprir condições para a permanência do ato); (d) caducidade (porque sobreveio norma que tornou impossível a continuidade); (e) contraposição (porque emitido ato fundado em competência diversa e sentido contrário); e (f) pela renúncia de seu beneficiário.

O recálculo com efeitos retroativos procedido na espécie dos autos não se enquadra bem em nenhuma dessas categorias. Não há falar em revogação porque se tratava de ato vinculado, não se cogitando de razões de oportunidade e conveniência. Nem invalidação, porque o acerto inicial não era ilegal. Nem das demais hipóteses acima elencadas, porque evidentemente não foram preenchidos seus elementos materiais.

Faço notar que a lei vigente à época dos fatos (Decreto-lei nº 2.398/1987) exigia o recolhimento do laudêmio previamente, em quantia correspondente a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias. Como restou demonstrado da prova dos autos, a Administração calculou inicialmente esse “valor atualizado” e, posteriormente, modificou os critérios pelos quais se aperfeiçoaria a atualização. Dito de outra forma: o serviço de patrimônio modificou o conceito de “atualização”. Essa modificação de critérios foi aplicada retroativamente relativamente a alienação ocorrida tempos antes, decorrendo daí uma pretensão de exigir diferença de laudêmio.

Dessume-se das asserções do representante da União que se pretende enquadrar essa “revisão”, ora na hipótese de anulação do ato administrativo, ora na hipótese de revogação. Mas nenhum desses enquadramentos se afeiçoa ao caso concreto, como passarei a demonstrar.

A anulação ou invalidação, com efeitos retroativos à data de emissão do ato inválido, seria a premissa mais adaptada aos anseios da Administração, porque no caso houve mesmo retroatividade. Mas invalidação pressupõe que o ato invalidado, independentemente de ter natureza vinculada, fosse ilegal na origem. Isto é, que tivesse defeito quanto ao sujeito, ao objeto, à forma, ao motivo ou à finalidade. A União foi incapaz de explicitar que vício teria o ato original. Defeito não se presume. Talvez a União pretenda que fosse vício de objeto, mas não se pode levar a sério tal afirmação porque, como ficou dito, a atualização do valor do domínio útil, base para o cálculo do laudêmio, deu-se segundo os critérios existentes à época da emissão do ato, critérios esses modificados em momento posterior. E pior, sem a explicitação e a transparência que se poderia esperar.

De revogação não há que cogitar, igualmente. Pois a revogação opera efeitos *ex nunc* (cessados os motivos de conveniência e oportunidade). Ela não pode retroagir, contrariamente ao que ocorre com a anulação. E, repito, na hipótese houve retroação.

Resta óbvio que a embargada não logrou justificar, nem pelo teor do procedimento administrativo, nem em suas manifestações em Juízo, que tipo de “revisão” procedeu – pelo menos revisão que se ajustasse ao perfil jurídico necessário.

A justificativa de que a enfiteuse pública está sujeita a cláusulas exorbitantes não convence. Cláusula exorbitante não dispensa a Administração de observar o princípio da legalidade e de proceder conforme ao Direito na revisão de atos administrativos. E, de outro lado, não a exime de observar a boa-fé no trato com o administrado.

Estudos recentes têm destacado a necessidade de a Administração observar a boa-fé nos contratos que celebra (por todos, menciono NASSA, Thulio Caminhoto. *A boa-fé no regime jurídico de direito administrativo*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005). Esse dever pode ser relacionado com o princípio da moralidade, hoje positivado no texto Constitucional. Pois bem, da boa-fé exsurtem como manifestação concreta diversos deveres anexos ou colaterais, como o dever de informar, de colaborar para a realização do fim do contrato, de agir com transparência, de não prejudicar o interesse econômico da outra parte, etc.

Mas a boa-fé não se limita aos contratos celebrados pela Administração Pública. Ela deve

ser observada na emissão (e também na retirada) *de qualquer ato administrativo*. Para que não se fique no campo das generalidades, daí resulta que o Estado deve evitar, na prática de seus atos, a adoção de comportamentos contraditórios ou o desprezo para com as expectativas legítimas que tenha gerado nos administrados.

A propósito da aplicabilidade da boa-fé em sentido objetivo, isto é, proibidade de conduta, no Direito Administrativo em geral, preleciona o advogado da União Márcio Luís Dutra de Souza:

Entre nós, são poucos os trabalhos doutrinários a respeito da boa-fé no Direito Público, em contraposição aos estudos no âmbito do direito privado. A aplicação do princípio da boa-fé, no âmbito do Direito Público, sofreu resistências, mormente por ser um instituto típico de direito privado, lá surgido e desenvolvido, sob o argumento da existência de uma separação rígida entre os direitos público e privado.

A resistência, em um caráter histórico, vem do Estado Liberal, onde havia uma concepção individual burguesa da sociedade civil, na qual propugnava a separação entre a sociedade e o Estado, garantia da liberdade dos cidadãos. Com efeito, havia um campo onde o Estado não devia intrometer-se, imune à atividade estatal, concernente às atividades econômicas. Na esfera privada, em linhas gerais, estava ligado às idéias de autonomia da vontade e de interesse privado em contraposição ao direito público, onde se vinculava às de interesse público, da relação jurídica de subordinação e justiça distributiva.

No entanto, quando o Estado assumiu o papel de agente fomentador do desenvolvimento social, houve amplas consequências sobre o Estado de Direito, na medida em que ocorreu um grande desenvolvimento do direito público, com repercussões no próprio direito privado, pois se alterou a própria concepção dos direitos individuais burgueses, que passaram a sofrer limitações em face dos princípios que contemplavam uma igualdade não só formal, mas também material: o direito de propriedade e a autonomia de vontade dos contratantes, por exemplo, cediam espaço aos princípios da função social da propriedade e da supremacia do interesse público.

Dentro desse paradigma, o direito privado se viu conformado por preceitos de direito público e social, e, assim, o direito privado não estava mais restrito a autodeterminação individual, mas também objetivava a justiça social, alterando-se os limites do direito privado e do direito público. Logo, não mais se concebe o direito público e privado como dois círculos fechados, mas “como uma única elipse com dois focos como centros de irradiação, sendo um o direito privado; outro, o público – entre os quais se encontra um setor influenciado por ambos”.

Portanto, a boa-fé perdeu suas referências exclusivamente jusprivatistas, considerando também o atual Estado Democrático de Direito que, além de assegurar a participação popular democrática e consensual na condução das decisões administrativas, impõe, de forma mais necessária que no direito privado, a tutela de um comportamento de boa-fé por parte da Administração, pois o Estado, face ao seu gigantismo, exercia um poder demasiadamente amplo em relação aos cidadãos componentes da sociedade, de forma que deve ser submetido a maiores regras.

(SOUZA, Márcio Luiz Dutra. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA REPERCUSSÃO NA INVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA, disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399422.)

Em outro excerto do mesmo artigo, o mesmo autor conclui:

Tendo em vista que a boa-fé regula toda a atividade administrativa, como princípio informador da Administração Pública, é indubitável que a autotutela da Administração sofre influxos da boa-fé, pois impõe várias condicionantes para a invalidação dos atos administrativos. Este

sentido se revela na vedação à aplicação retroativa de nova interpretação, de forma que não possam vir a anular os atos anteriores, sob o pretexto de que foram praticados com base em errônea interpretação; a fixação de prazos para anulação dos atos administrativos; a modulação dos efeitos dos atos administrativos inválidos, por meio do qual o ato é anulado, porém, sem aplicação dos efeitos retroativos à data em que foram praticados.

Com efeito, no campo das nulidades, o princípio da boa-fé visa impedir que os administrados sejam surpreendidos por modificações do direito positivo ou pela conduta do Estado, que possam ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas, mesmo que tais interesses e expectativas advenham de atos em dissonância com a ordem jurídica.

Enfim, o princípio da boa-fé impõe o dever do gestor público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua, a ser regido pelas relações jurídico-administrativas, porque os postulados do Estado Democrático de Direito, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, não se realiza sem que seja garantido ao administrado o direito a uma Administração Pública confiável e leal. (*ibidem*)

Esse tema – boa-fé objetiva - apareceu no debate entre as partes disfarçado como necessidade de observância do devido processo legal. Mostrou a parte embargante inconformismo com a falta de atenção da SPU para com o “contraditório”. Na sua maneira de enquadrar o assunto, deveria ter sido intimada para manifestar-se, quando da revisão do valor supostamente devido a título de laudêmio. No entanto, pode objetar-se a essa peculiar forma de classificar os fatos subjacentes que o procedimento em questão não era de natureza contenciosa e nem é assim regulado pela lei. Haveria que forçar um pouco as coisas e asseverar que surgiu um “momento contencioso” quando o débito, inicialmente tido por extinto, foi recalculado. Esse argumento apresenta suas dificuldades, mas não é absurdo a ponto de que não possa ser acolhido.

Faço um interlúdio para mencionar que há precedentes no sentido de que o contraditório é desnecessário para a atualização do valor do laudêmio (v.g., RESP . 1.381.818–SC) . Mas se trata de casos diferentes do presente. No caso dos autos a atualização foi efetuada, emitindo-se a respectiva certidão e *a posteriori* revista sem motivação plausível.

Pessoalmente, prefiro enquadrar a questão sob o ponto de vista do devido processo legal substantivo. A administração do patrimônio da União havia gerado, para o enfiteuta, a expectativa legítima de que seu débito estava liquidado. Tudo levava a crer assim. Qualquer pessoa suporia que foi assim. O valor do imóvel foi estimado – e conseqüentemente a expressão do laudêmio – segundo a lei e os critérios administrativos vigentes à época da emissão da certidão necessária à lavratura da escritura de transmissão do domínio útil. Recolhido o valor e ultimada a alienação em boa forma jurídica, tinha o antigo enfiteuta toda confiança de que seu débito estava extinto e que não seria mais incomodado pela União a esse título. Porque, insisto, esse ato administrativo não foi ilegal, nem trazia em sua conformação qualquer indício de que pudesse sê-lo. Certamente, a União não conseguiu demonstrar qualquer defeito nele.

Ora, ao recalculer com critérios administrativos retroativos – agora derivados de Portaria emitida *ex post facto* o valor do imóvel - e, por consequência necessária, do laudêmio – apurando-se diferença a pagar, a Administração violou a boa-fé objetiva, pois incorreu em conduta contraditória com atos previamente aperfeiçoados. Incorreu em violação do “non venire contra factum proprium”, criando surpresa para seu ex-contratante que não se afeiçoou com o bom Direito.

Conclusivamente, o crédito espelhado no título executivo não se revela dotado da necessária liquidez e certeza, posto que: (a) derivou de retirada de ato administrativo anterior sem a observância dos pressupostos de Direito necessários; e (b) não se reconcilia com o princípio

constitucional da moralidade, na medida em que derivou de comportamento contraditório da Administração, agredindo também o princípio do devido processo legal em sentido substantivo; e (c) é razoável, afinal de contas, a objeção apresentada pela parte embargante, de que o laudêmio não poderia ser, NESTE caso, recalculado sem a intimação para regular contraditório (violação do devido processo em sentido adjetivo).

DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. ARBITRAMENTO COM FULCRO NO ART. 85, PAR. 3º, I, CPC DE 2015. CAUSA ENVOLVENDO QUESTÃO SIMPLES, PREDOMINANTEMENTE DE DIREITO.

O Código de Processo Civil de 2015 é imediatamente aplicável aos feitos em curso, a partir de sua vigência em 18.03.2016 (STJ, Enunciado Administrativo nº 01, Sessão de 02.03.2016). Ele comanda a condenação em honorários, por ocasião da sentença, do vencido ao advogado do vencedor (art. 85), em limites percentuais calculados sobre o valor do proveito obtido, da condenação ou da causa atualizado, conforme cabível e certas circunstâncias envolvendo o trabalho do profissional, a importância e a complexidade do feito. Sendo parte a Fazenda Pública, termo que compreende as pessoas jurídicas de direito público, suas autarquias e fundações públicas, devem ser respeitados certos limites máximos dos coeficientes, que variam entre 1% e 20% do valor do proveito econômico, da condenação ou da causa, conforme o caso. Os presentes embargos têm natureza desconstitutiva e na inicial foi atribuído um valor não contestado, equivalente ao valor exequendo, devendo sua expressão atualizada ser considerada para os fins legais. A hipótese dos autos comporta-se no art. 85, parágrafos 2º, 3º, I e II, 4º, 5º e 6º, do CPC/2015, arbitrando-se os honorários sobre o valor exequendo, atualizado, no mínimo legal, por se tratar de causa de processamento simples, sem dilação instrutória, com prova eminentemente documental e matéria predominantemente de Direito. E, também, por não haver circunstância notável a observar quanto aos demais critérios legais.

DISPOSITIVO

Com supedâneo nos fundamentos declinados, **JULGO PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO.** Condeno a embargada ao pagamento de honorários, arbitrados, na forma da fundamentação, em 10% do valor exequendo atualizado. Desconstituo o título executivo e determino que se traslade cópia desta sentença para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as cautelas de estilo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO PENAL

0006118-52.2014.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA E ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2016

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA e ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA (qualificados na denúncia) imputando-lhes a prática do crime de calúnia majorada (art. 138 c/c art. 141, II do Código Penal). Segundo a denúncia, em 20/03/2013 os acusados imputaram falsamente ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão fatos definidos como crimes de falsidade ideológica e de ameaça.

A denúncia foi recebida em 02/07/2014 (fl. 51).

Na resposta à denúncia (fls. 96-97) a Defesa de ADRIANO sustentou que o réu nunca teve a intenção de caluniar o Delegado Fernando Biondo Salomão.

A resposta à denúncia do réu ALEX está encartada às fls. 105-112. De largada a Defesa sustentou que a denúncia é inepta, pois não individualiza as condutas imputadas aos réus. De resto, sustentou que não há prova de que o acusado agiu com o dolo de caluniar a autoridade policial federal.

Os pedidos de absolvição sumária não foram acolhidos e a instrução teve prosseguimento. Em 4 de fevereiro de 2016 realizou-se a audiência, ocasião em que se tomou o depoimento do ofendido e realizou-se o interrogatório dos réus.

Em suas alegações finais (fls. 347-349) o MPF argumentou que as provas comprovam a ocorrência do crime de calúnia indicado na denúncia, pois restou demonstrado que os acusados imputaram ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão a prática do crime de ameaça, sabendo que dita autoridade não cometera tal delito. E embora os réus tenham se retratado no curso desta ação penal, não fazem jus à causa de extinção da punibilidade prevista no art. 143 do Código Penal, uma vez que se está diante de ação penal pública condicionada.

Os réus apresentaram memoriais conjuntos, juntados às fls. 217-227. De partida a Defesa pugnou pela extinção da punibilidade dos réus em razão da retratação plena e espontânea. Caso esse pedido não seja acolhido, requereu a absolvição dos réus por atipicidade da conduta.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De partida enfrente a questão da retratação dos agentes, iniciando pela análise do cabimento dessa causa de extinção da punibilidade no presente caso.

O art. 143 do Código Penal estabelece que “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”. E conforme será visto de forma mais detida em outro momento, no interrogatório realizado nesta ação penal os réus se retrataram de qualquer interpretação que tenha sugerido que ambos foram ameaçados pela autoridade policial federal, ou que este tenha forjado os termos de depoimentos que instruem

a comunicação de prisão em flagrante.

A questão que se coloca neste momento é a seguinte: é cabível a extinção da punibilidade pela retratação no caso de ação penal pública condicionada?

A jurisprudência dominante, acompanhada de boa parte da doutrina, posiciona-se no sentido de que é incabível a retratação nos crimes contra a honra praticados contra funcionário público, nos casos em que a ação penal não é privada, mas sim pública condicionada (hipótese dos autos). Esse entendimento se escora em variados fundamentos, dos quais destaco os seguintes: (1) o art. 143 do Código Penal fala em *querelado*, figura que é exclusiva das ações penais privadas; (2) nesses casos a lesão não atinge apenas o agente caluniado, mas a própria Administração, o que intensifica o grau de reprovabilidade da conduta; (3) no caso de ação penal pública condicionada, a retratação se mostra incompatível com o princípio da indisponibilidade.

De minha parte, não me parece que essa seja a melhor interpretação a respeito do tema. Sempre presente o respeito a quem entende de forma diversa, não creio que o legislador tenha pretendido conferir tratamentos distintos para um mesmo delito a partir de um *discrímen* baseado em elemento acessório, no caso o exercente da titularidade da ação penal, se a própria vítima ou o Ministério Público.

A propósito do tema, transcrevo percutiente crítica de CEZAR ROBERTO BITENCOURT contra a corrente que entende inadmissível a retratação nos casos de ação pública condicionada¹:

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que os crimes contra a honra, ao contrário do que ocorre com todo o Código Penal, são, de regra geral, de exclusiva iniciativa privada (art. 145, *caput*), enquanto em todos os demais capítulos do Código Penal os crimes são, regra geral, de ação pública (art. 100, *caput*). Essa inversão da regra pode ter levado o legislador a equívoco, falando em “querelado” como se esse pudesse ser o único sujeito ativo desses crimes, quando teria pretendido referir-se a acusado ou ofensor; em segundo lugar, como afirmava Hungria, “A retratação é mesmo mais útil ao ofendido do que a própria condenação penal do ofensor, pois esta, perante a opinião geral, não possui tanto valor quanto a confissão feita pelo agente, coram iudice, de que mentiu”. Ora, se é tão útil na ação de exclusiva iniciativa privada, não pode ser menos útil e proveitosa nos crimes de ação pública, onde a repercussão na opinião é mais relevante, exatamente pela importância do prestígio dos órgãos públicos; em terceiro lugar, finalmente, não é verdadeiro o argumento de que, quanto a ofensa for irrogada a “funcionário público em razão de suas funções”, o sujeito passivo não será o indivíduo, mas o Estado ou Administração Pública, e não se objetiva a proteção imediata da incolumidade pública, mas a do Estado, “para preservar a integridade de seus órgãos e funções”. Se essa assertiva fosse verdadeira, ação penal não poderia ser pública condicionada à representação, mas deveria ser pública incondicionada, e, *ad argumentandum*, sendo condicionada, a representação do funcionário público deveria ser *sui generis*, isto é, irretratável; no entanto, não há nenhuma ressalva nesse sentido. Na verdade, quem decide se deseja ou não responsabilizar criminalmente o ofensor é o indivíduo — sujeito passivo da ofensa — e não o Estado, pois é aquele que decide se representa ou não contra o ofensor; e, como todos os demais ofendidos dos crimes de ação pública condicionada, pode decidir, enquanto não for “oferecida denúncia”, se deseja ou não “retratar-se” (art. 102). Afinal, que ofendido é esse — o Estado — que não pode (mesmo sendo o titular do *ius puniendi*) decidir pela instauração da ação penal sem a representação do verdadeiro ofendido (funcionário público) e tampouco pode impedir que este, mesmo após ter

1 Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa — 12. ed. rev. ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 388-389.

representado, se desinteresse, desistindo da representação?

Ora, convenhamos, continuar afirmando que, nesses crimes, o verdadeiro sujeito passivo é o Estado e não o indivíduo e que objetiva primordialmente proteger a função pública e não a honra daquele é “forçar demais a barra”, é o cego que não quer ver, é enxergar a floresta sem ver as árvores; é enfim, ignorar o verdadeiro bem jurídico protegido, além de desconhecer que os crimes contra a Administração Pública estão disciplinados em outro capítulo.

Embora esse ponto não tenha sido tratado no fragmento acima transcrito, anoto que o princípio da indisponibilidade que orienta as ações penais públicas também não é óbice à extinção da punibilidade com fundamento na retratação do agente. É que esse efeito (a extinção da punibilidade) independe da concordância do titular da ação penal, não importa se ele é o ofendido ou o Ministério Público. Conforme anotado pela Defesa nas alegações finais, os requisitos para que retratação resulte na extinção da punibilidade são três e são os seguintes: a) a retratação deve partir do querelado (leia-se: ofensor); b) deve ser cabal, vale dizer, plena, inequívoca e incondicional e; c) deve ser realizada antes da sentença. Preenchidas essas três condições, é o que basta para a extinção da punibilidade do agente, ainda que se trate de ação penal pública condicionada, como se passa no caso dos autos.

Porém, apesar de entender que é possível a extinção da punibilidade por conta da retratação do agente quando a calúnia é apurada em ação penal pública condicionada, não tenho como ignorar que a jurisprudência, de forma generalizada, tem rejeitado a ideia da extinção da punibilidade pela retratação nesses casos. Esse é o entendimento solidificado no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do próprio STF.

É bem verdade que no âmbito do STF há sinais de que a jurisprudência sobre esse tema poderá ser revisitada. Com efeito, embora não tenha encontrado julgado recente que se debruce especificamente sobre a questão da retratação no âmbito das ações penais públicas condicionadas, o exame detalhado do conteúdo de alguns precedentes cuja temática é o crime de calúnia sinaliza uma mudança de rumo na posição da Corte sobre o tema, ou no mínimo a reabertura do debate.

Nesse sentido, cito dois julgados em que essa questão é tratada de modo indireto, iniciando pelo HC 107.206, julgado em 06/03/2012 pela Segunda Turma do STF, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, o relator, escorando-se na mesma lição doutrinária que transcrevi há pouco, admitiu a retratação nos crimes de calúnia praticados contra servidor ou agente público (confira-se a seguinte passagem do voto-condutor do acórdão: “...afigura-me razoável e plenamente aceitável a retratação nos crimes contra honra praticados contra servidor ou agentes públicos, pois se observa que a Lei Penal prefere que o ofensor desminta o fato calunioso ou difamatório que atribuiu à vítima, à sua condenação”). No entanto, a ordem acabou denegada, sob o fundamento de que a alegada retratação não reunia os atributos necessários para sua configuração, aproximando-se mais de uma justificativa para o comportamento do ofensor do que um genuíno ato de redenção.

O outro caso que merece destaque é o RHC 114.187, julgado em 04/06/2013 pela Primeira Turma, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli. Nesse caso, o relator negou provimento ao recurso interposto contra decisão do STJ que assentou não ser possível apresentar retratação em ação pública condicionada, mas o fez, aparentemente, por entender que no caso em questão o exame da suposta ilegalidade dependeria de incursão no acervo fático-probatório, o que não é possível na via estreita do *habeas corpus*. E embora na fundamentação o relator tenha transcrito excertos de doutrina e do parecer do PGR no sentido da incompatibilidade

da retratação em caso de calúnia contra servidor público, a denegação não se fundamentou de forma expressa nesse ponto de vista, ou, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, "... sem me comprometer com a tese da possibilidade de aplicação do disposto no art. 143 do Código Penal na ação penal pública condicionada". Cabe destacar, ainda, que nesse julgado ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, admitindo a retratação nos casos de ação pública condicionada.

Por aí se vê que aparentemente a questão ainda suscita controvérsias, e muito provavelmente será tema de novo exame pelo STF no futuro. No entanto, até que a discussão ganhe novos contornos, curvo-me ao entendimento sedimentado da jurisprudência em torno do assunto, sobretudo por parte do STJ. Nesse ponto, observo que na perspectiva desta ação penal, a admissibilidade da retratação se apresenta como questão de direito, pois o presente caso não possui peculiaridade que justifique o afastamento da tese fixada de forma tranquila (ao menos até aqui) pela jurisprudência.

Entretanto, por dever de consciência, preciso admitir que uma das razões que me dão tranquilidade para decidir de forma contrária às minhas convicções neste caso é o fato de que o afastamento da retratação não prejudicará os réus, uma vez que em minha compreensão não restou comprovado o crime de calúnia, em razão da ausência do elemento subjetivo, no caso, o dolo de macular a honra objetiva do ofendido.

É disso que passo a tratar.

Conforme narra a denúncia, em 23/01/2013, ALEX e ADRIANO foram presos em flagrante por policiais militares pela prática dos crimes de tráfico internacional de drogas e de importação de medicamento sem registro pela ANVISA. O auto de prisão em flagrante foi lavrado pelo Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão, na Delegacia de Polícia Federal de Araraquara.

Interrogados pela autoridade policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, os réus admitiram a prática dos delitos, isentando de responsabilidades as duas moças que lhes acompanhavam na viagem. O inquérito deflagrado a partir da prisão em flagrante resultou em ação penal movida contra ALEX e ADRIANO (autos nº 000508-40.2013.403.6120).

Sucede que por ocasião do interrogatório na ação penal, os réus apresentaram versão bem distinta daquela que consta nos termos de depoimentos prestados por ocasião da prisão em flagrante. Questionados pela juíza a respeito da divergência, os réus disseram que não declararam aquilo que consta em seus termos de depoimento, e só assinaram o documento porque ameaçados pelo delegado, o qual teria dito que se não assumissem a propriedade da droga e dos medicamentos, suas companheiras também seriam presas.

Com base nesse panorama, o MPF imputa aos réus a prática do delito previsto art. 138 do Código Penal c/c art. 141, II deste mesmo diploma legal.

Os interrogatórios prestados pelos réus ALEX e ADRIANO quando de suas prisões em flagrante podem ser consultados às fls. 07-09 (ALEX) e 10-12 (ADRIANO) do apenso que reproduz a ação penal 000508-40.2013.403.6120. Em linhas gerais os depoimentos são coincidentes, e narram os seguintes fatos: ambos se deslocaram à região de Foz do Iguaçu, já com o propósito de transportar certa quantidade de droga do Paraguai até o Estado de São Paulo, pelo que receberiam dez mil reais a ser dividido entre os dois; viajaram acompanhados das namoradas, que não tinham conhecimento do objetivo da viagem nem mesmo de que a droga fora ocultada no veículo; assim que os policiais que os abordaram localizaram a droga, ALEX e ADRIANO assumiram a autoria do delito, isentando já naquele momento as respectivas com-

panheiras. É importante ressaltar que quando prestaram o depoimento no auto de prisão em flagrante, os réus estavam acompanhados de Advogado, aliás, o mesmo que os defendeu na ação penal que apurou o crime de tráfico e na fase final do presente feito.

Sucedem que quando interrogados na instrução da ação penal derivada da prisão em flagrante, os réus apresentaram uma versão bem distinta para os fatos. Segundo a denúncia que abre este feito, a calúnia resulta desses depoimentos. Em razão da importância para o julgamento da causa, segue um resumo dos depoimentos, em transcrição livre, observando que a íntegra pode ser consultada no CD da fl. 211 do apenso que reproduz a ação penal.

ALEX JOIA: Eu, meu irmão, a Tatiane e a Raissa viajamos juntos para o Paraguai. Lá em Foz do Iguaçu deixamos o carro num estacionamento e fomos de táxi para o Paraguai, fazer compras. Eu só soube dos remédios e da droga depois que a polícia achou. Quando pegamos o carro de volta, não percebi nada de errado, nem mesmo algum cheiro estranho. Eu não falei na polícia que sabia da droga; eu segurei a droga e o Pramil na polícia porque o delegado me ameaçou, dizendo que se a gente não assumisse a droga ele iria prender as duas meninas; acho que o delegado se chama Fernando.

Nesse momento a Juíza pergunta ao Advogado dos réus, o mesmo que os assistiu quando do interrogatório na fase policial, se ele presenciou as ditas ameaças proferidas pelo interrogatório, ao que o Dr. Daniel Manduca Ferreira respondeu o seguinte:

Não se tratou de uma ameaça. Na verdade ele sugeriu que ficaria complicada essa situação... nunca disse expressamente ou ameaçou de alguma forma. Eu estava presente, então posso falar... ficou subentendido que se ninguém assumisse a responsabilidade pela droga, poderia prender os quatro... mas ele também não ameaçou de prisão.... deixou tudo subentendido.

Na sequência, retomou-se o depoimento do réu:

ALEX JOIA: Eu retiro tudo o que disse na fase policial. Não sei de onde tiraram as informações do depoimento. Deve ter sido do depoimento do meu irmão, que foi ouvido primeiro. Para o delegado eu expliquei como foi a viagem do jeito que estou explicando agora. Mas eu assinei o depoimento sem ler. O delegado falou que se não falasse daquela maneira, ficaria todo mundo preso, sendo que eu e as meninas não tínhamos nada a ver com isso. Não sei se meu irmão sabia da droga.

ADRIANO JOIA: Eu confesso que sabia da droga. Nos dirigimos a Foz do Iguaçu, deixamos o carro lá e fomos ao Paraguai de táxi, para fazer compras. No dia seguinte, voltamos ao Paraguai de táxi, deixando o carro num estacionamento. Quanto à droga, o que acontece é o seguinte: eu fiquei preso por alguns meses e acabei contraindo uma dívida na cadeia; Quando saí, disseram inicialmente que poderia ficar tranquilo, pagando aos poucos. Mas depois comecei a receber ligações dizendo que tinha que pagar a dívida o mais rápido possível, de uma vez só. Como eu não tinha meios de pagar, disseram que eu poderia pagar trazendo uma droga. Aconteceu que combinei a viagem com minha esposa, meu irmão e a namorada dele para o Paraguai e combinei com as pessoas que estavam me cobrando que na volta pararia num determinado posto de combustíveis perto de Marília, deixando a chave no contato. Paramos nesse posto para comer algo e fiz como o combinado. Depois peguei o carro de volta e prosseguimos a viagem. Eu não falei nada que tem naquele depoimento na Polícia Federal. O delegado Fernando disse que se eu e meu irmão não assumíssemos a droga, ele prenderia nós dois e as nossas acompanhantes. Como fiquei com medo, assinei o depoimento daquele jeito. Meu irmão sabia que pararíamos em Marília, mas não sabia da droga. O depoimento que prestei não corresponde aos fatos. O que aconteceu de fato é o que estou declarando agora.

Pois bem.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal da calúnia é a honra objetiva, definida por DAMÁSIO DE JESUS² como sendo a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidindo sobre nossos atributos.

O crime se caracteriza quando o agente imputa ao ofendido fato definido como crime. Para configuração do delito, o agente deve imputar à vítima fato determinado, individualizando as circunstâncias que permitem sua identificação, embora não seja necessária a descrição de detalhes minuciosos. O tipo também exige que a imputação seja falsa. A falsidade pode estar relacionada tanto ao fato em si quanto a respeito da autoria delitiva. E mais: exige-se que o agente tenha conhecimento da falsidade do fato imputado, vale dizer, da inocência da vítima.

O exame do elemento subjetivo é de fundamental importância quando se trata de delito contra a honra, especialmente no caso da calúnia, vez que o dolo integra a própria conduta típica. O dolo deve ser dirigido ao dano, ou seja, consubstancia-se no desejo de atacar a honra do ofendido, aviltá-la perante a sociedade imputando-lhe a prática de crime de que o sabe ser inocente. Dito em uma linha, exige-se que o sujeito ativo atue animado pelo chamado *animus caluniandi*.

No caso concreto, infere-se que os réus, no curso de interrogatório judicial em ação penal que lhes imputava a prática dos crimes previstos nos art. 33, *caput*, c/c art. 35 e 40, I e V da Lei nº 11.343/2006 (no caso, tráfico internacional e interestadual de drogas em concurso com o crime de associação para o tráfico) e art. 273, § 1º, I do Código Penal (importação proibida de medicamentos), teriam imputado ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biombo Salomão fatos definidos como crimes, no caso falsidade ideológica e ameaça. É que no interrogatório prestado em juízo, os réus não confirmaram o teor dos depoimentos que teriam prestado quando da prisão em flagrante; disseram que só assinaram os depoimentos porque a autoridade policial federal os ameaçou de que se não assumissem a propriedade da droga, suas companhias de viagem também seriam presas.

Todavia, entendo que as provas não demonstram a presença do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, vale lembrar, o *animus caluniandi*. Em minha compreensão, ao negar o teor das declarações prestadas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e atribuir ao delegado a proclamação de ameaças, os réus não tinham o propósito de caluniar a autoridade policial federal, mas sim enfraquecer a admissão e culpa feita em sede policial, numa tentativa, algo desesperada, de evitar a condenação. Dito de outra forma, ao dizerem o que disseram os réus não visavam macular a honra do caluniado, mas sim evitar a própria responsabilização quanto aos crimes imputados, ou no mínimo limitar essa responsabilidade a apenas um dos agentes, no caso, ADRIANO JOIA; — não é preciso dizer que esse esforço foi debalde.

Está certo que a causa especial de exclusão da antijuridicidade prevista no art. 142, I do CP (*Não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador*) irradia efeitos apenas em relação aos tipos ali mencionados (injúria e difamação), de sorte que não pode ser alargada para acolher também o crime de calúnia. De fato, se a intenção do legislador fosse essa, certamente faria referência expressa à calúnia, tal qual proposto no anteprojeto do novo Código Penal, ainda em trâmite

2 Direito penal, 2 : parte especial : Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio — 22. ed. rev. atual. — São Paulo: Saraiva, 1999, p. 197.

no Congresso Nacional³.

No entanto, isso não quer dizer que a eventual imputação, no curso de ação judicial, de fato definido como crime necessariamente constituirá calúnia. Conforme visto há pouco, não há crime de calúnia sem a demonstração do elemento subjetivo, consistente na vontade dirigida a ofender a vítima. Se aquilo que é visto como ofensa foi claramente lançado com outra finalidade que não a de assacar outrem, não há crime, uma vez que ausente o elemento essencial ao tipo.

Para melhor compreensão do que se quer dizer, invoco novamente a lucidez de CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁴:

Além do dolo, é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido, que, se não existir, não tipificará o crime. Inegavelmente, crimes contra a honra não se configuram sem o propósito de ofender, que é o elemento subjetivo especial do injusto. Assim, é suficiente que as palavras proferidas sejam inidôneas para ofender; faz-se necessário que sejam proferidas com esse fim, especialmente em determinados meios sociais, onde é comum a utilização de palavras de baixo nível, até mesmo para elogiar alguém. Nesses casos falta o propósito de ofender, não se configurando crime contra a honra. Evidentemente, cabe a quem imputou demonstrar que não agiu com o objetivo de macular a honra do ofendido. Há, na hipótese, certa inversão do ônus da prova.

Na verdade, uma variedade de *animus* pode excluir, de alguma forma, a “responsabilidade penal” do agente: *animus jocandi* (intenção jocosa, caçoar); *animus consulendi* (intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo; *animus corrigendi* (intenção de corrigir), desde que haja relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites toleráveis; *animus defendendi* (intenção de defender), que, inclusive, em relação à injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB; *animus narrandi*, quando o agente limita-se a relatar ou narrar o que sabe e deve fazer. Enfim, qualquer *animii* que, de alguma forma, afaste o *animus offendendi* exclui o elemento subjetivo. Na verdade, todas essas hipóteses relacionam-se melhor à injúria e à difamação, uma vez que no crime de calúnia a exigência do elemento cognitivo do dolo, qual seja, a consciência de que a imputação é falsa, afasta a própria tipicidade: não há crime de calúnia sem o conhecimento da inocência do imputado.

Corroborando que a ideia de que as expressões tidas como ofensivas foram lançadas com *animus defendendi*, é importante resgatar o interrogatório dos réus nesta ação penal, em que ambos esclarecem que a autoridade policial federal não os obrigou a responder desse ou daquele jeito; antes pelo contrário, deixou claro que os flagrados tinham o livre arbítrio de responder ou não as perguntas que lhes seriam formuladas. E tanto um quanto outro admitiu nesta ação penal que o teor dos depoimentos que prestaram perante a autoridade policial federal corresponde exatamente ao que eles declararam na ocasião.

Questionado sobre a divergência entre o depoimento que prestou nos autos da ação penal nº 000508-40.2013.403.6120, o acusado ADRIANO argumentou que “[a partir de 3min55s] eu contei a versão meio que em cima dos fatos... mas o senhor sabe, a gente quando tá em

3 O anteprojeto encaminhado ao Senado Federal em agosto de 2011 estabelece o seguinte: “Art. 141. Não constituem difamação ou injúria: I – a ofensa irrogada em juízo ou fora dele, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, inclusive a calúnia; (...)”.

4 Op. cit. p. 328.

juízo tentativa de melhorar a situação da gente”. Destacou que em momento algum teve a intenção de prejudicar o delegado; antes pelo contrário, pois o DPF Salomão foi muito gentil com ambos.

Embora menos detalhado, o depoimento do acusado ALEX segue essa mesma toada. Ensaçou a desculpa de que na ação penal não confirmou o depoimento que prestara na fase policial porque estava nervoso, mas refutou a alegação de que fora ameaçada pelo delegado ou que este tenha forjado os termos do depoimento.

Revisitando o depoimento prestado pelos réus quando interrogados em juízo na ação penal nº 000508-40.2013.403.6120, não me convenci de que os réus negaram o teor do depoimento prestado quando da prisão em flagrante porque estavam nervosos, mas estou seguro de que os acusados não visavam caluniar o Delegado de Polícia Federal. Para mim está claro que os réus disseram o que disseram com o objetivo de melhorar a própria situação no processo, numa tentativa de livrar completamente o acusado ALEX e minorar tanto quanto possível a situação de ADRIANO, por exemplo, afastando o caráter transnacional do tráfico.

Tudo somado, entendo que os fatos narrados não constituem crime, uma vez que não evidenciado o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal (*animus caluniandi*) impondo-se, assim, a absolvição dos acusados.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, ABSOLVO os réus ALEX JÓIA DOMINGUES CARLOTA e ADRIANO JÓIA DOMINGUES CARLOTA, o que faço com fundamento no art. 386, II do Código de Processo Civil.

Sem custas.

Encaminhe-se cópia desta sentença ao Delegado de Polícia Federal Fernando Biondo Salomão (art. 201, § 2º do CPP).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 6 de junho de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

AÇÃO PENAL

0001710-72.2015.4.03.6123

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: CLÁUDIO JOSÉ BUENO DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA- SP

Juiz Federal: GILBERTO MENDES SOBRINHO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2016

Trata-se de ação penal movida pelo *Ministério Público Federal* contra *Cláudio José Bueno da Silva*, CPF nº 341.568.2018-89, imputando-lhe a conduta descrita como crime no artigo 33, § 1º, I, c/c artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Narra-se na denúncia, em síntese, que no dia *20 de junho de 2014*, a alfândega da Receita Federal em São Paulo interceptou encomenda que continha 21 sementes da substância “*Cannabis sativa Lineu*”, popularmente conhecida como “maconha”, remetida da Holanda e destinada ao acusado, com endereço na rua José Adriano Marrey Júnior, nº 544, centro, nesta cidade.

O acusado apresentou defesa prévia (fls. 50/54).

A denúncia foi recebida em *01.03.2016* (fls. 76).

O acusado foi citado (fls. 87) e interrogado (fls. 98 e 120).

Por ocasião da instrução criminal, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 99/100 e 120).

As partes não requereram diligências complementares (fls. 97).

O *Ministério Público Federal*, em seus memoriais de fls. 122/124, requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia.

A *Defesa*, em seus memoriais de fls. 128/141, requereu sua absolvição, sob os seguintes argumentos: a) o acusado é viciado em maconha; b) adquiriu as sementes para uso próprio; c) não sabia da ilicitude da importação; d) a conduta é atípica; e) o fato não pode ser enquadrado no dispositivo referido na denúncia.

Feito o relatório, fundamento e decido.

Há prova de materialidade de fato previsto como crime na Lei nº 11.343/2006, consubstanciada no auto de apresentação e apreensão de fls. 08 e laudo pericial de fls. 15/18, onde se atesta que as sementes são frutos aquênios da “*Cannabis sativa Lineu*”, popularmente conhecida como “maconha”.

O fato de, conforme a perícia, o resultado ter sido negativo para o alcalóide TETRA-HIDROCANNABINOL, não torna atípica a conduta.

Com efeito, consoante adequadamente consignado no laudo pericial, a planta *Cannabis sativa Lineu* “está relacionada na lista de plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (lista e) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Dou em 1º de fevereiro de 1999, bem como em Anexo da RDC/AN-VISA nº 39 (resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária) datado de 9 de julho de 2012, que atualiza a lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob controle especial, sendo proibida a importação, a exportação, o comércio, a manipulação e o seu uso”.

Nesse caso, as sementes em referência constituem substância entorpecente para o fim de incidência da Lei nº 11.343/2006.

Ficou incontroverso, nos autos, que o acusado adquiriu, por meio de sítio hospedado na rede mundial de computadores (Internet), de pessoa residente na Holanda, as 21 sementes de maconha, mediante pagamento eletrônico por cartão de crédito.

Assente também ficou que as sementes foram remetidas daquele país e interceptadas na cidade de São Paulo – SP, sem que o acusado chegasse a recebê-las no lugar de destino.

O acusado confessou em Juízo a aquisição das sementes, afirmando que pretendia semeá-las para futuramente consumir as plantas cultivadas. Aduziu ser viciado em maconha. Referiu que não sabia da proibição do comportamento.

Não é crível que o acusado não soubesse da ilicitude da conduta, já que é notório que o cultivo de maconha não é autorizado por lei, ao passo que as sementes não têm outra finalidade senão a de realizar a lavoura.

Patente, então, que o acusado importou dolosamente as sementes para si, é preciso julgar se o fez para cultivo destinado ao consumo próprio das plantas ou se pretendia expor à venda ou, de qualquer modo, entregar a consumo de terceiros o produto de sua futura lavoura.

Os critérios para tal julgamento emergem do comando do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º *Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.* (...) grifei

Na situação concreta dos autos, as sementes, caso todas germinassem, renderiam 21 plantas de maconha, que, porém, só se tornariam exuberantes sob condições climáticas favoráveis – o que não se sabe se ocorreria nesta cidade –, e desde que o acusado lhes dispensasse pertinentes cuidados botânicos.

Diante desta irrisória quantidade de plantas, sujeitas, ainda, às vicissitudes encimadas, estimo que não poderiam formar lavoura capaz de propiciar a comercialização da erva porventura produzida.

Ademais, não emergem dos autos circunstâncias, ligadas à pessoa do acusado, indicativas de que pudesse se dedicar ao cultivo da maconha com propósitos comerciais.

Observo que nem mesmo ostenta antecedentes criminais por práticas relacionadas ao comércio de drogas.

Concluo, pois, que as plantas oriundas da eventual germinação das sementes se destinavam ao consumo próprio do acusado.

A conduta do acusado, destarte, se amolda ao tipo do artigo 28, *caput*, e § 1º, da Lei nº 11.343/2006, já que *adquiriu* sementes com que *semear, cultivar* e, depois, *colher*, para *consumo pessoal, pequena quantidade* de substância entorpecente “*Cannabis Sativa Linneu*”, produto sabidamente capaz de causar dependência psíquica.

Como afirma CARLOS MAXIMILIANO, “interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de hermenêutica” (*in* *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed., Rio, Forense, 1980, pág. 321).

Destarte, também na seara criminal, o parágrafo não deve ser interpretado isoladamente, mas em consonância com o “caput” do dispositivo, notadamente quando a interpretação isolada conduz ao inverossímil.

Ora, não é possível colher sem cultivar, nem cultivar sem semear, nem semear sem antes adquirir as sementes.

Por esse singelo motivo, o § 2º do transcrito artigo 28 não contempla apenas as condutas de semear, cultivar e colher a substância entorpecente, mas também a necessária conduta antecedente de adquirir sementes para estas finalidades.

Nesse caso, não ocorre interpretação extensiva, obviamente vedada em matéria penal. Verifica-se, sim, inteligência gramatical e lógica da norma, escoreita do ponto de vista do imperativo da exegese estrita.

De outra parte, *a específica conduta do acusado objeto desta ação* não configura o tipo do artigo 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, deste teor:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

A norma em tela abarca condutas tendentes à facilitação do consumo da droga por terceiros, seja gratuitamente, seja contra pagamento em dinheiro ou outra utilidade.

Note-se que o dispositivo traz a mesma objetividade jurídica do revogado artigo 281 do Código Penal, sobre o qual ensinava NELSON HUNGRIA (*in* *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., Rio, Forense, 1959, vol. IX, pág. 139):

Não é partícipe do crime, em hipótese alguma, a pessoa que usa ou a que é aplicado ou destinado à aplicação o entorpecente. Como indica a rubrica do artigo (“comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecente”), o crime é o contribuir para o desastroso vício atual ou eventual de outrem (que a lei protege ainda que contra sua própria vontade). O viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição (vejam-se os arts. 27 e segs. do dec.-lei nº 891). Quanto ao cliente ainda não viciado, não deixa de ser uma vítima do perigo a ser empolgado pelo vício, e não um criminoso.

Vê-se, pois, pelo elemento histórico, que não é lícito o enquadramento, como traficante, do agente que pratica as condutas típicas visando unicamente atender seu vício permanente ou eventual.

Tanto o revogado artigo 281 do Código Penal quanto a disciplina dos artigos 12 e 16 da antiga Lei nº 6.368/76 são nesse sentido, de modo que, hodiernamente, é justo concluir que o que distingue os tipos do artigo 28 dos do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 é a destinação da substância: naqueles, o destinatário é o próprio agente; nestes, são terceiros, figurando o traficante como aquele que contribui “para o desastroso vício atual ou eventual de outrem”, nas palavras de Nelson Hungria.

Tratando-se, portanto, de importação de sementes de maconha, ocorrerá subsunção ao artigo 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, apenas quando comprovada a *destinação mercantil* ou *difusão do uso* delas próprias ou das plantas decorrentes de sua germinação.

No caso dos autos, como vimos, as sementes e futuras plantas se destinavam ao próprio acusado, sem que haja evidências de que as fosse comercializar ou difundir-las graciosamente a terceiros.

Havendo regramento próprio para a importação de drogas ou suas sementes, inclusive para uso próprio, a conduta não pode ser enquadrada no artigo 334-A do Código Penal, que tem como elemento *mercadoria proibida*, desde que não constitua objeto material de crime específico, como nas hipóteses de entorpecentes ou armas de fogo, estas previstas no artigo 18 da Lei nº 10.826/2003.

O crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 se consumou, dada a realização do elemento da definição legal consistente em *adquirir*, para semear, cultivar e colher, uma vez que ficou incontroverso nos autos que o acusado adquiriu as sementes na Holanda, por meio da Internet.

Incide, no caso, o artigo 383 do Código de Processo Penal, eis que, estando contida na denúncia a conduta de importar as sementes de maconha, é lícito ao Juízo atribuir-lhe definição jurídica diversa.

Não se patenteia a insignificância penal da conduta, uma vez que ofende a saúde pública.

As circunstâncias pessoais do acusado não refletem na configuração da materialidade do fato e sua autoria.

Na dosimetria da pena, observo o seguinte.

Nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal se apresenta desfavorável ao acusado, motivo pelo qual, considerada a aquisição de 21 sementes de maconha, fixo o prazo de 4 (quatro) meses para a pena de prestação de serviços à comunidade, a ocorrer em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, a ser designado no Juízo da Execução.

Para a garantia do cumprimento de tal pena, caso haja desídia por parte do acusado, fixo multa no patamar mínimo de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente, nos termos do artigo 29 da Lei nº 11.343/2006.

Ante o exposto, julgo *parcialmente procedente* a pretensão acusatória para *condenar* o réu *Cláudio José Bueno da Silva*, CPF nº 341.568.2018-89, a *prestar serviços à comunidade*, pelo prazo de 4 (quatro) meses, em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos,

que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas, a ser designado pelo Juízo da Execução, por infringência ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, aplicando-lhe, para o caso de descumprimento da medida, multa de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente, nos termos do artigo 29 da mesma lei.

Transitada em julgado a sentença, seja o nome do réu registrado no rol dos culpados.

O réu poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo réu.

À publicação, registro, intimações e comunicações.

Bragança Paulista, 21 de junho de 2016.

Juiz Federal GILBERTO MENDES SOBRINHO

AÇÃO PENAL

0011942-66.2015.4.03.6181

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: G.S.S.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL - SP

Juíza Federal: RENATA ANDRADE LOTUFO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 12/09/2016

Vistos.

A. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor de G.S. S., qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 157 *caput* e § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 26 de setembro de 2015, por volta das 12hs, na altura do nº 28 da Rua Clóvis Vaz de Souza, Cidade Dutra, nesta Capital, o carteiro E.P.S. sofreu um assalto praticado pelo réu em concurso com outros indivíduos não identificados.

O carteiro foi abordado por dois rapazes que utilizavam uma motocicleta Honda prata sem placas. Um deles portava arma de fogo e anunciou o assalto. Ato contínuo, outros 5 (cinco) rapazes vieram para ajudar a descarregar as 33 (trinta e três) encomendas que estavam no interior no veículo dos Correios.

No dia dos fatos não houve prisão em flagrante.

Posteriormente, o carteiro reconheceu o acusado por fotografia como sendo um dos rapazes que o abordou e que dava ordem aos demais. Mencionou que o reconheceu também por uma rosa tatuada no braço. Foram arroladas 3 (três) testemunhas.

A denúncia foi recebida em 06 de outubro de 2015, e o acusado foi regularmente citado em 17 de novembro de 2015 (fl. 51), ocasião em que declarou não possuir condições de constituir defensor particular.

A Defensoria Pública da União foi nomeada para atuar em defesa de G. (fl. 62), tendo apresentado resposta à acusação arrolando as mesmas testemunhas da denúncia e também a mãe do acusado como informante (fls. 66/67).

Ausentes quaisquer hipóteses de absolvição sumária foi determinado o regular prosseguimento do feito (fl. 68).

Em 19 de maio de 2016, foi realizada audiência de oitiva de duas das testemunhas comuns, conforme fls. 94/99-vº e mídia audiovisual de fl. 97. Na ocasião foi determinada a oitiva da testemunha referida (Delegado D.I.N.) e da testemunha do juízo o PM R.H.A. Foi, ainda, deferida a substituição da defesa da testemunha E. pelo informante C.S.F.

Em 21 de junho de 2016, foi realizada audiência de oitiva de uma testemunha comum (carteiro), uma testemunha referida, dois informantes e foi realizado o interrogatório do réu (fls. 117/125 e mídia audiovisual de fl. 123).

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, as partes nada requereram (fl. 124).

O Ministério Público Federal apresentou os seus memoriais às fls. 129/132-vº, pugnando pela condenação do acusado nos termos da denúncia, afirmando estar configurada a materialidade delitiva e a autoria.

A Defensoria Pública da União, atuando na defesa de G., apresentou memoriais às fls. 134/173, pugnando pela improcedência da ação penal pelos seguintes motivos: a) ausência de justa causa, especialmente quanto aos indícios de autoria, com o reconhecimento da ilegalidade de todo o conjunto probatório (artigo 386, V do CPP); b) existência de provas de que o acusado não concorreu para a infração penal (artigo 386, IV, do CPP); ou subsidiariamente, com base no artigo 386, VII, do CPC por ausência de provas suficientes para a condenação. Por fim, em caso de condenação requer: a fixação da pena base no patamar mínimo; a atenuante prevista no artigo 65, I do CP; a inaplicabilidade das causas de aumento de pena previstas no § 2º, I e III do artigo 157 do CP, e, a fixação do regime aberto.

A 101ª DP de São Paulo trouxe os documentos de fls. 181/197, e as partes tomaram ciência à fl. 198-vº.

Antecedentes *negativos* criminais em apenso.

Este o breve relatório.

Passo, adiante, a fundamentar e decidir.

B - FUNDAMENTAÇÃO:

A ação merece ser julgada *improcedente*.

Chegado o momento da análise da prova para apurar a denúncia de roubo aos Correios, foi colhido em juízo os depoimentos de dois policiais civis, um delegado da Polícia Civil, o carteiro vítima, e a mãe e o padrasto do acusado como informantes.

Além disso, tem-se a notícia de que o carteiro - *única testemunha ocular* - foi submetido a dois reconhecimentos fotográficos e um reconhecimento pessoal na fase policial, e, um reconhecimento pessoal na fase judicial.

O fato de a testemunha ter reconhecido o acusado na fase judicial, com todos os cuidados legais regularmente adotados por este juízo já seria um bom indício para a condenação.

E, consoante a jurisprudência expressiva do e. Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento fotográfico, por si só, não pode ser considerado inapto, como bem resumido na seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. PROVA CONFIRMADA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O reconhecimento fotográfico é plenamente apto para a identificação do réu e a fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção, como na hipótese, em que o ato realizado na fase inquisitiva foi confirmado em juízo e referendado por outras provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, HC224831/MG, DJe de 01/08/2016).

Porém, muito embora o quadro probatório demonstre *indícios* de autoria corroborados pelo reconhecimento judicial, há de se sopesar o que sucedeu neste *caso específico*.

Como magistrada, presidi a última audiência, mas, agora por ocasião da prolação da sentença, ouvi com atenção e de forma sequencial todos depoimentos em audiovisual: as quatro testemunhas e duas informantes. Cotejar os depoimentos com a análise apurada dos documentos é o necessário para “reconstruir” os fatos como se fosse historiadora, e, assim examinar a presença ou ausência de lógica nas versões apresentadas ao juízo.

Consoante Michele Taruffo:

Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são *construídas* por seus autores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Essa construção não é uma descrição passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas *constroem os fatos* que são contados. (...) Construindo a sua narrativa, o autor “dá forma à realidade”.¹

E, Taruffo continua, ao estabelecer os tipos de narrativas: boa e falsa, ruim e falsa, boa e verdadeira, e, ruim e verdadeira², cabendo ao magistrado, por ocasião da sentença analisar qual é o caso.

Evidentemente neste processo, a maioria das narrativas, em especial as declarações dos dois policiais R.R.P. e M.F. foram *ruins*. As perguntas foram feitas e refeitas muitas vezes, em um ato processual longo que deixou os presentes em muitos momentos confusos e perplexos. Foi consignado pelo magistrado, ainda, a grande probabilidade de depoimento ensaiado com comunicação entre as testemunhas, ferindo o disposto no artigo 210 do Código de Processo Penal que dispõe que “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras” (conferir mídia de fl. 97 e termo de deliberação de fls. 98/99-vº).

Reconstruindo os fatos, o que se sabe com certeza é que o carteiro E. foi assaltado por volta do meio dia de 26/09/2016, sábado, mas não fez o boletim de ocorrência nesta data. No sábado à noite o acusado foi à delegacia porque estava em companhia do menor infrator D.S.S., o que gerou o B.O. 8842/2015 (fls. 100/105) e a fotografia de fl. 10. Na ocasião não pesou nenhuma acusação contra G. O carteiro registrou o B.O. 8871/2015 relativo ao roubo objeto da denúncia na segunda-feira dia 28/09/2015, oportunidade em que não reconheceu ninguém nos álbuns fotográficos. Em outra oportunidade reconheceu o acusado fotograficamente. Como, quando, e em que circunstâncias foi tirada a foto de fl. 10, e como foi feito o reconhecimento fotográfico é que versou boa parte dos depoimentos e das incongruências.

Visto isso, vamos às contradições: 1) o PM R. afirma que os álbuns fotográficos de reconhecimento são separados por tipo de crime, no caso, crime de roubo. Já o PM M. afirma que os álbuns são separados por data; 2) O PM R., respondendo as perguntas do MP no final do depoimento disse que atendeu o carteiro E. com reconhecimento positivo umas quatro vezes. Por sua vez, o carteiro E. disse que já foi assaltado umas 5 (cinco) vezes, mas não reconheceu nenhum dos dois policiais quando esta magistrada mostrou-lhe suas fisionomias colhidas em depoimentos anteriores; 3) a foto de fl. 10 foi tirada pelo PM M. segundo seu próprio depoimento na noite do sábado dia 26/09/2015 por ocasião do BO8842/2015 (fls. 100/105), porém esta foto não foi mostrada ao carteiro no dia 28/09/2015.

O B.O. nº 8871/2015 de fls. 6/7 foi lavrado no dia 28/09/2015 às 10h07 da manhã. Segundo o histórico, o carteiro foi abordado por um “bandido portando arma de fogo (revólver)”, e, o mais importante:

A vítima alega ter condições de reconhecer os indiciados e nesse instante visualizou o acervo fotográfico desta Unidade, todavia não identificou seus algozes (fl. 7).

1 TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 73.

2 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, pp. 89-90.

A seguir, às fls. 8 e 9 do inquérito consta o reconhecimento *positivo* do carteiro ainda no *mesmo dia 28/09/2015*, porém em horário ignorado, e *só aí* faz referência à rosa tatuada na mão esquerda. A foto de fl. 10, objeto de reconhecimento não contém data e, na placa segurada pelo acusado consta “RDO 8842/2015”, restando óbvio que foi tirada no dia 26 de setembro de 2015. No dia 29/09/2015, o carteiro reconheceu pessoalmente o réu, conforme documentos de fls. 11 e 12.

O carteiro E., em seu depoimento narrou a ordem cronológica da seguinte forma: 1) foi assaltado no sábado, dia 26 de setembro por volta do meio dia; 2) registrou o boletim de ocorrência na segunda-feira por recomendação dos Correios e para levar a relação da carga roubada, ocasião em que não reconheceu ninguém; 3) houve uma denúncia anônima, e na quarta ou quinta-feira o policial mostrou-lhe uma foto e ele reconheceu o réu; e, por fim, 4) no dia seguinte foi de novo na delegacia para realizar o reconhecimento pessoal.

Além da ordem cronológica não coincidir com o que está documentado, não há, de fato, a relação das cargas roubadas que ele teria levado. Outrossim, ao final de seu depoimento, esta magistrada perguntou como foi este reconhecimento, ocasião em que o carteiro afirmou *que viu a foto do acusado no celular do policial*.

Tenho sérias dúvidas se a tatuagem referida pela testemunha E. não foi um desacerto do seu inconsciente. Explico. Um assalto traz emoções para a vítima (medo, raiva, etc.). Isso pode facilitar que o inconsciente crie novas situações, já que “(...) uma das funções centrais do inconsciente é preencher as lacunas diante da informação incompleta, a fim de construir uma imagem da realidade que nos possa ser útil”³. Isto é, ao ver a foto do acusado G. isoladamente no celular do policial, o cérebro do carteiro pode ter preenchido a lacuna daquela imagem do seu algoz, para, de alguma forma, resolver o problema. A partir daí, nada impede que a fisionomia fixada pelo carteiro e reconhecida pessoalmente seja oriunda da foto do celular e não do assalto.

Por isso a importância do *reconhecimento feito por comparação*: muitas fotos juntas, e o reconhecimento pessoal com várias pessoas próximas perfiladas.

Trata-se, sim, de uma *nulidade*. E chego a essa conclusão pelo descompasso das narrativas testemunhais, pela parca instrução documental do inquérito, e, pelo fato da foto tirada ter relação a um caso em que o acusado não foi considerado possível autor de qualquer delito ou, quiçá investigado.

Está correta a indignação da Defesa, pois ao ouvir mais de uma vez nos depoimentos dos policiais e do delegado a antiga expressão “conduzido para averiguações” não parece que estamos em um Estado Democrático de Direito. É certo que cabe ao Estado policial e tentar coibir a criminalidade naqueles bairros onde já se sabe que há maior incidência de crimes, mas pode um rapaz de 18 anos que acompanhava um menor infrator e não praticou nenhum delito passar a constar de um álbum policial digital *no celular do policial*? Penso que não.

Se a foto constava por sua passagem policial aos 17 anos de idade descrita no B.O. 3317/2015 (fls. 189/193) deveria estar documentado.

De outro lado, segundo a mãe e o padrasto do acusado que prestaram depoimento como informantes, a “intimação” foi verbal e feita pelo policial que teria retido indevidamente seu documento. Não há como comprovar a referida versão, mas fato é que *não consta nenhuma*

3 MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Trad. Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 63.

intimação nos autos do inquérito.

Sendo clara a nulidade, analiso se neste caso a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou da prova ilícita por derivação podem ser tolerados sopesando-se com outros valores relevantes em prol da razoabilidade e proporcionalidade.

Nosso sistema jurídico adotou como exceções: a limitação da descontaminação que pressupõe o rompimento do nexo de causalidade entre a prova ilícita e a nova prova; e, a limitação da fonte autônoma, quando a nova prova teria aparecido de algum outro meio (artigo 157 do Código de Processo Penal).

Neste caso, a nulidade contaminou o processo penal, e a contaminação foi percebida especialmente nas audiências de instrução. Repito: além da instrução policial deficiente, os depoimentos foram desconexos e confirmaram o modo apressado em que em *dois dias* o réu foi indiciado, inclusive, com representação por sua prisão preventiva (fls. 18/20).

Assim, repito, as nulidades foram afloradas por ocasião das audiências, motivo pelo qual estava correto o recebimento da denúncia.

As provas orais, porém, foram manchadas pela nulidade anterior, já que a construção das narrativas contribuiu para trazer à tona as ilegalidades do reconhecimento e da intimação do acusado na fase policial.

É certo também que os boletins de ocorrência trazidos às fls. 189/197 dão conta que em abril de 2015, quando ainda tinha 17 anos de idade, o acusado foi pego conduzindo um veículo furtado (B.O. 3317/205); e, no início deste ano mais uma vez foi pego em uma ronda da polícia militar a bordo de um veículo supostamente furtado (B.O. 59/2016).

Talvez G. tenha também participado do assalto ao carteiro em 26 de setembro de 2016, não existem provas cabais que ele estava a seis quilômetros de distância como tentou provar a defesa.

Mas, com esse reconhecimento via celular, testemunhos confusos e desencontrados, e inquérito mal instruído, não existem provas suficientes para a condenação.

Assim, a absolvição é devida pelo princípio do *favor rei*, ou seja, pelo aspecto processual do princípio da *presunção da inocência*: sopesando as provas no processo penal.

Desse modo, concluindo-se pela dúvida, o juiz deve absolver – *in dubio pro reo* – a fim de que o Estado não cometa uma injustiça e fira a dignidade humana de um cidadão.

C – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE a imputação inicial e ABSOLVO o acusado G.S.S, (qualificação) nascido em 09/05/1997, da prática do crime previsto no artigo 157 *caput* e § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal descrito pela denúncia, nos termos do art. 386, VII do Código de Processo Penal.

Custas indevidas.

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de setembro de 2016.

Juíza Federal RENATA ANDRADE LOTUFO

MANDADO DE SEGURANÇA**0001477-17.2016.4.03.6131**

Impetrante: LETÍCIA DIAS BERRIEL

Impetrado: DIRETOR DE FUNDOS E BENEFÍCIOS DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Interveniente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2016

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de mandado de segurança, com requerimento de medida liminar, impetrado por LETICIA DIAS BERRIEL em face do DIRETOR DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE. Em apertada suma, aduz a impetrante que tem direito à prorrogação da carência contratual estipulada, na medida em que está regularmente inscrita em Programa de Residência Médica – área de concentração Pediatria, junto à UNESP, a atrair, em abono de sua posição, o disposto no *art. 6º-B, § 3º da Lei nº 10.260/01*, com a redação que lhe foi dada pela *Lei nº 12.202/2010*. Aduz que a impetrada não vem dando vazão a este direito da impetrante, tanto que a mesma vem experimentado os descontos relativos às amortizações respectivas, o que configura lesão a direito líquido e certo de sua titularidade. Requereu medida liminar para sustar os pagamentos das parcelas respectivas (Contrato/FIES nº 19.0192.185.0003634-43), até o término da Residência Médica na qual se encontra devidamente matriculada, nos termos da legislação que diz aplicável à espécie. Junta documentos (fls. 12/61).

Por meio da decisão de fls. 63/64, os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita foram indeferidos, em razão do que houve o recolhimento do preparo inicial às fls. 65/67. Ainda, por força da mesma decisão, o pedido de liminar teve sua análise postergada para após o regular processamento do *writ* mandamental.

Contestação apresentada pelo *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE* (fls. 78/79, com documentação às fls. 80/83), em que se pugna pelo reconhecimento da incompetência jurisdicional deste Juízo Federal para processo e julgamento da causa.

Informações prestadas pela autoridade impetrada, sustentando a incompetência absoluta do juízo, e ilegitimidade passiva *ad causam*; quanto ao mérito que a verificação do preenchimento dos requisitos para a obtenção do direito à extensão do prazo de carência competem ao Ministério da Saúde, e não ao FNDE. Que a situação da impetrante está em processamento perante os órgãos competentes. Pugna pela extinção da impetração. Junta documentos às fls. 89/91.

Parecer da Doute Procuradoria da República às fls. 93/96.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.**Decido.*

Preliminarmente, insta consignar que as especificidades do caso concreto não apenas permitem, bem como recomendam que a impetração da presente ação mandamental seja acei-

ta da forma como proposta na vestibular. Observe-se, no ponto, que a impetração revolve o direito de estudante de adesão (ou de permanecer aderido) ao Programa de Financiamento Educacional – FIES, programa governamental que, fato notório, tem acesso disponibilizado pelas autoridades do Ministério da Educação a todos os interessados do País por meio de uma plataforma digital, acessada através de sistema eletrônico de computadores ligados à *internet*.

O indeferimento, ou pelo menos, a negativa de acesso ou continuação a esse financiamento, no caso dos autos, também se veiculou de forma automática, isto é, via sistema interligado de computadores. Nessa conjuntura, a impetrante não sabe, tampouco tem condições de isolar quem é a exata autoridade que praticou o ato de que se lastima na inicial, configurando um excessivo e desarrazoado formalismo, uma superafetação destituída de qualquer conteúdo exigir da parte que vê o seu acesso a um pleito a que acredita ter direito coartado pelo acionamento de um programa informatizado, a indicação precisa de quem seja a autoridade coatora. Ou, por outra, determinar-lhe que impetre a segurança na Capital Federal, junto ao STJ, em face do presidente da autarquia, o FNDE. Fosse o caso, estar-se-ia a prestigiar formalismos e burocracias irracionais e despidas de qualquer fundamento, que tem endereço certo, único e bem determinado: a frustração da implementação dos direitos e garantias individuais do cidadão. Novos tempos, novas tecnologias, exigem adaptação inovadora dos intérpretes do Direito, para que situações concretas não se percam ante um cipoal burocrático normativo, do qual o cidadão não tem como se desvencilhar.

Tanto mais quando – como no caso – a indicação do pólo passivo do *mandamus* surtiu efeitos concretos, tangíveis, no que as impetradas aqui indicadas manejaram, cada qual no âmbito interno de suas atribuições, levar o caso ao conhecimento dos técnicos encarregados da análise da questão do impetrante, e, bem por isso, tiveram condições de comparecer a juízo de sorte a oferecer as suas razões de impugnação, aperfeiçoando o contraditório pelo mérito da *res in judicio deducta*, de molde a cumprir o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. Prova mais do que suficiente, portanto, de que o endereçamento da petição inicial foi eficaz, porque a autoridade impetrada manejou, a partir dele, trazer às barras do Poder Judiciário as suas razões de defesa.

Remete a questão, em boa verdade, à conhecida *teoria da encampação*, segundo a qual, contestando a impetração pelo seu mérito, e desde que ausente hipótese de usurpação de atribuição administrativa – do que, *in casu*, não se cogita –, a autoridade encampa a prática do ato inquinado, revelando-se cabível, em face dela, a impetração. Largamente admitida pela jurisprudência, o precedente arrolado na sequência é do *E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SÚMULA 7/STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SECRETÁRIO DE ESTADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES.

1. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo argüido a sua ilegitimidade, assumir a coatoria do ato, defendendo-o ao prestar informações, por economia processual, deve se aplicar a Teoria da Encampação, continuando-se no julgamento de mérito do *writ*. Precedentes desta Corte.
3. Hipótese dos autos cujas circunstâncias autorizam aplicar a Teoria da Encampação.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido (grifos nossos).

[RESP 200401820790 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 714586, Rel. Min. ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ DATA: 19/12/2005, p. 358]

Por tais razões, é que tenho que deva ser aceita a impetração do *mandamus* exatamente da forma como proposta pelo impetrante. Mesmo porque, é justamente a autoridade administrativa que aqui figura como impetrada a quem compete a decisão acerca do diferimento ou exigência imediata dos valores referentes à amortização do contrato aqui em epígrafe. Ainda que, por uma questão interna de divisão dos trabalhos administrativos, adotada junto ao Poder Executivo, o expediente referente à interessada possa tramitar por outros órgãos governamentais, o certo é que a decisão que corporifica lesão – ou não – lesão a direito subjetivo vindicado na impetração é da autoridade que aqui figura como impetrada, porque é ela a gestora dessas modalidades de financiamento para acesso à educação superior.

Na realidade, o caso em estudo remete à problemática do ato complexo, no qual intervem diversas autoridades administrativas, mas, para fins e efeitos de mandado de segurança, a autoridade coatora é aquela que, com a integração do ato pela manifestação de sua vontade, ultima o conteúdo decisório do ato jurídico impetrado pelo administrado. Com a precisão que lhe é absolutamente peculiar, ensina o emérito *Professor VICENTE GRECO FILHO*:

Ato complexo é aquele em que interferem vontades de vários órgãos na formação do ato que vem a ser lesivo. *O mandado deve ser proposto contra a última autoridade que, com sua vontade, integrou o ato complexo* (g.n.).

[*Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º vol., 12 ed., at., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 305].

Com tais considerações, *rejeito* as preliminares de incompetência jurisdicional para conhecer da impetração, e ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade impetrada.

Ainda à guisa de preliminar, anoto a presença do interesse de agir a animar a impetração aqui jacente, porquanto, segundo se denota das informações prestadas pela própria autoridade impetrada, efetivamente houve um requerimento articulado pela impetrante no sentido de sustar os descontos que vinham sendo processados em sua conta bancária por força do financiamento concedido, pretensão essa ainda não analisada pelos órgãos competentes. Assim, cristaliza-se a necessidade do recurso à via judicial, porquanto a tardança na análise do requerimento da interessada equivale à sua negativa, no que o suceder dos meses em que o desconto é levado a efeito perpetua lesão continuada aos direitos da requerente.

Com estas considerações preliminares devidamente assentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento.

De fato, razão assiste à impetrante.

Daquilo que se depreende da documentação que foi agregada aos autos, em 09/07/2012 a promovente celebrou contrato de financiamento estudantil com a instituição gestora do FIES, correspondente a 50% do valor fixado pela entidade educacional para o custeio de curso de graduação na área de medicina.

Sucedede que, em curso o prazo da carência estipulada contratualmente para o início da amortização do empréstimo aqui em epígrafe (com término previsto para 05/07/2016, cf. documento de fls. 25), a impetrante foi admitida (em 01/03/2015, cf. declaração acostada às fls. 14) junto a programa oficial de Residência Médica em Pediatria, de responsabilidade do Departamento de Pediatria da Faculdade de Medicina de Botucatu – UNESP, com data de término prevista para fevereiro/2018 (cf. fls. 14).

Pois bem. Perfeitamente delineada a situação fática a permear a impetração aqui em causa, verifica-se, de pronto, a incidência, à hipótese vertente, da disposição constante do *art. 6º-B, § 3º, da Lei nº 10.260/01* (com a redação que lhe foi dada pela *Lei nº 12.202/2010*), que assegura a vigência dos efeitos do financiamento estudantil durante todo o período de formação profissional do financiado, somente se admitindo seja liberada a cobrança dos valores respectivos, quando o médico estiver em plena atividade de suas funções laborativas. Eis o texto legal, já vigente ao tempo em que efetivada a contratação do financiamento a que se refere a impetração:

Art. 6º-B. O Fies poderá abater, na forma do regulamento, mensalmente, 1,00% (um inteiro por cento) do saldo devedor consolidado, incluídos os juros devidos no período e independentemente da data de contratação do financiamento, dos estudantes que exercerem as seguintes profissões: *(Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)*

(...)

§ 3º. O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010) (g.n.).

Em complementação, anote-se que, em *25/08/2011*, foi publicada a *Portaria Conjunta nº 2, da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde*, que definiu dezenove especialidades médicas consideradas prioritárias para o SUS, dentre as quais anota-se a *Pediatria*, especialidade de residência da ora impetrante.

Assim composto o panorama jurídico do dissídio que ora vem a talho, outra conclusão não resta que não a constatação, em cognição exauriente própria desse momento procedimental, de efetiva lesão a direito líquido e certo da impetrante a ser corrigido pela via heroica do *mandamus*, inclusive mediante a implementação de tutela liminar, até o momento não analisada.

Impende consignar, por oportuno, que – exatamente no sentido do que até agora vem se sustentando – a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais vem chancelando a tese de que, até a formação completa do profissional de medicina (o que, nos casos de determinadas especialidades, inclui o período oficial da Residência) deve remanescer obstada a exigência correspondente à amortização do montante principal financiado. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. CURSO DE MEDICINA. RESIDÊNCIA MÉDICA. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE CARÊNCIA. RAZOABILIDADE. SUSTAÇÃO DE COBRANÇA DE MENSALIDADES. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS SATISFEITOS. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA PARA O ESTUDANTE. PRECEDENTES. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO DA AGRAVANTE. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. O cerne da questão consiste em saber se é possível a prorrogação da cobrança das parcelas relativas ao FIES, durante o prazo de sua residência médica.

2. A agravante se insurge contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar para que fosse respeitado o período de carência do FIES até o término da sua residência médica, sob alegação, em síntese, de que não há nenhuma menção no instrumento contratual, de qualquer limitação do período de carência entre a colação de grau e a aprovação da residência médica, e que o direito à prorrogação da carência do financiamento passa a existir logo após a sua aprovação na residência.

3. Aduz que o art. 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/01 garante ao estudante que ingressar na residência a extensão da carência do FIES, e que será prejudicada pelas cobranças antecipadas do financiamento estudantil durante a residência médica, uma vez que não tem condições de arcar com a dívida, apenas com o valor da bolsa estudantil.
4. O MM Juiz de 1ª grau proferiu decisão interlocutória pela improcedência do pedido de prorrogação do pagamento FIES, em virtude da residência médica em pediatria, por considerar que a agravante foi aprovada na referida residência após o decurso do período de carência constante no instrumento contratual firmado perante as partes, ora litigantes.
5. A agravante é médica graduada pela FCM - Faculdade de Ciências Médicas e colou grau em 27/06/2013. Para poder cursar a faculdade, a agravante recorreu ao FIES, por meio da CEF, em novembro de 2007.
6. O pedido deduzido na Ação mandamental foi formulado no sentido de que fosse garantida à impetrante, ora agravante, a prorrogação do prazo de carência do Financiamento Estudantil até a conclusão da Residência Médica, nos termos do artigo 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/2001.
7. Numa melhor análise do caso concreto, porém, ainda, prefacial, parece que assiste razão à agravante, diante dos elementos trazidos aos autos e conforme a lei de regência, sendo suficiente a comprovação de que foi aprovada na residência médica, com ingresso em programa credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, não se mostrando razoável a suposta incompatibilidade da antecipação do prazo de carência (já que a agravante realizou o pagamento de 25 parcelas do financiamento estudantil após 6 meses da sua colação de grau - ID 376975) com a prorrogação dessa carência, em razão de fato superveniente, a sua aprovação na Residência Médica em Pediatria.
8. A previsão contratual indica o prazo de carência como sendo até o mês subsequente ao da conclusão do curso, ou antecipadamente a critério do tomador. Assim, quando estipula que o período para a amortização do financiamento será iniciado no mês subsequente ao da conclusão do curso, inviabiliza a previsão legal de permissão da prorrogação da carência quando da aprovação em residência médica, por ser muito exíguo. E, muito mais, se for levar em consideração a antecipação da carência, ocorrida no caso concreto.
9. A portaria nº 1.377/2011-GM/MS prevê que “Para obter a extensão do prazo de carência do respectivo financiamento por todo o período de duração da residência médica, o estudante graduado em Medicina deverá optar pelo ingresso em programa credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidade médica cuja prioridade para o SUS será definida pelo Ministério da Saúde com observância dos seguintes critérios:”
10. E em seu art. 3º-A, parágrafo 1º, estabelece que “O Programa de Residência Médica ao qual o profissional médico esteja vinculado deverá ter início no período de carência previsto do contrato de financiamento”.
11. A prorrogação da carência tem previsão no parágrafo 3º do art. 6º- B da Lei nº 10.260/2001, com redação dada pela Lei nº 12.202/2010, objetivando garantir que o financiamento estudantil somente seja cobrado após a conclusão da formação profissional, quando o médico estiver em plena atividade de suas funções laborativas: “O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica.(Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)”.
12. Esta Turma possui entendimento pacificado no sentido de que nos contratos de financiamento estudantil, prevaleça a norma mais benéfica ao estudante, ainda que posterior à avença. Precedentes desta Corte.
13. O FIES, Fundo de Financiamento Estudantil do Ensino Superior, foi instituído pela Lei nº

10.260/2001, visando à concessão de financiamento a estudantes matriculados em cursos de ensino superior não gratuito, sendo caracterizado pelo seu cunho eminentemente social, visto como meio de acesso ao ensino e à formação acadêmica, instrumentalizado através de contrato firmado perante a CEF.

14. A não prorrogação da carência para amortização do FIES, sem a suspensão do pagamento das mensalidades pelo tempo requerido poderá resultar em óbice à participação da discente na Residência Médica, na medida em que inviabiliza, no caso concreto, o pagamento mensal da bolsa estudantil correspondente.

15. A agravante apenas pleiteia uma suspensão/prorrogação do prazo de carência, já que não tem condições de arcar com o pagamento concomitante da bolsa estudantil e das prestações do FIES, nesse período da sua residência, de 02/2015 a 02/2017.

16. Vislumbra-se a presença dos requisitos legais, que autorizam a suspensão do pagamento das prestações devidas ao FIES, até a conclusão da residência médica da agravante, quando haverá a continuidade do pagamento das prestações seguintes.

17. Plausibilidade do direito pleiteado pela agravante, tendo sido suficientemente demonstrada a relevância do fundamento jurídico, devendo-se a CEF efetuar a adequação sistêmica, com a determinação da sustação das cobranças mensais do FIES oriundas do Contrato de Financiamento Estudantil nº 13.0041.185.0003720-67, conforme requerido, até o julgamento final da presente demanda.

18. Agravo de Instrumento provido (g.n.).

[AG 08007774820154050000, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Quarta Turma].

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL. FIES. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. RESIDÊNCIA MÉDICA. LEI Nº 12.202/2010. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ESTUDANTE. CABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Remessa oficial em face de sentença responsável por conceder a segurança a TIAGO MARTINS FORMIGA, determinando a suspensão da cobrança das prestações do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0732.185.0003696-23, até a conclusão pelo Impetrante da Residência Médica em que se encontra matriculado, em face do parágrafo 3º, do art. 6º-B da Lei 10.260/2001.

2. Com efeito, a norma em comento - parágrafo 3º, do art. 6º-B da Lei 10.260/2001, introduzido pela Lei Nº 12.202/2010 - garante aos estudantes graduados em medicina a extensão do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil por todo o período de duração da residência médica quando comprovada a concomitância de dois requisitos: a) que o graduado tenha ingressado em programa credenciado de Residência Médica pela Comissão Nacional de Residência Médica; e b) em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde.

3. *In casu*, o impetrante celebrou Contrato de Financiamento Estudantil - FIES com a CAIXA para custeio do Curso de Medicina perante a Faculdade de Medicina Nova Esperança, graduou-se em 2012 e iniciou em 2013 Residência Médica em Traumatologia e Ortopedia junto ao Centro de Ensino e Treinamento do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, com término previsto para março/2016. Em 25 de agosto de 2011, foi publicada a Portaria Conjunta nº 2, da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, que definiu dezenove especialidades médicas consideradas prioritárias para o SUS, dentre as quais destaca-se ortopedia, especialidade de residência do impetrante.

4. Neste viés, o impetrante, na qualidade de médico residente desde março do ano de 2013, faz jus à dilação de prazo de carência, conforme alteração introduzida pela Lei 12.202/2010.

5. Ademais, considerando o caráter social dos contratos de financiamentos estudantis, uma

vez que promovem a igualdade entre estudantes de variadas classes sociais, ao facilitar o acesso ao ensino superior, necessário se faz aplicação da norma mais benéfica ao estudante em tais contratos, de modo que o art. 6º-B da Lei nº 10.260/2001, incluído pela Lei nº 12.202/2010, deve ter aplicação imediata para os contratos ainda em vigor.

6. Precedentes: PROCESSO: 00003014620134058202, REO561851/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 17/10/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 24/10/2013; PROCESSO: 00019871620124058200, REO557869/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 03/09/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 12/09/2013 - Página 254.

7. Remessa Oficial não provida (g.n.).

[APELREEX 08016262920134058200, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma].

Idem:

ADMINISTRATIVO. FIES. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. RESIDÊNCIA MÉDICA. LEI Nº 12.202/2010. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENEFICA AO ESTUDANTE. CABIMENTO.

1. Trata-se de remessa obrigatória de sentença que concedeu a segurança pleiteada visando à prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0558.185.0003556-78, durante o período de duração da residência médica da impetrante, contados a partir de 01/03/2012 até 28/02/2014.

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

3. Objetiva a impetrante que o período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil nº 13.0558.185.0003556-78 [fl. 15 e seguintes] seja prorrogado até a conclusão de sua residência médica, nos termos da Lei nº 12.202/2010, que incluiu o art. 6º-B na Lei nº 10.260/2001, o qual, em seu parágrafo 3º, dispõe que: Art. 6º-B. [...] parágrafo 3º. O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 07 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010).

4. Com efeito, a norma em comento garante aos estudantes graduados em medicina a extensão do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil por todo o período de duração da residência médica quando comprovada a concomitância de dois requisitos: a) que o graduado tenha ingressado em programa credenciado de Residência Médica pela Comissão Nacional de Residência Médica; e b) em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde.

5. Considerando o caráter social dos contratos de financiamentos estudantis, uma vez que promovem a igualdade entre estudantes de variadas classes sociais, ao facilitar o acesso ao ensino superior, necessário se faz aplicação da norma mais benéfica ao estudante em tais contratos.

6. Nesse particular, ainda que o contrato firmado (fl. 15 e seguintes) entre a impetrante e a Caixa Econômica Federal seja anterior à modificação do prazo de carência previsto na legislação, a autora faz jus à prorrogação do prazo de carência do financiamento estudantil (FIES), durante todo o período de duração da sua residência médica (de 01/03/2012 a 28/02/2014, conforme declaração de fl. 24), porquanto demonstrou preencher os requisitos legais insertos no artigo 6º-B, parágrafo 3º, da Lei nº 10.260/01, introduzido pela Lei 12.202/2010.

7. Ante o exposto, CONCEDO a segurança pleiteada para, ratificando a liminar concedida às fls. 53/57, determinar a prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES nº 13.0558.185.0003556-78, durante o período de duração da residência médica da impetrante, contados a partir de 01/03/2012 até 28/02/2014. Remessa obrigatória improvida (g.n.).

[REO 00003014620134058202, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:24/10/2013 - Página:21].

É de se acolher a pretensão inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial contido neste writ mandamental, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONCEDO A ORDEM postulada para o fim de determinar a prorrogação do período de carência do Contrato de Financiamento Estudantil - FIES (contrato nº 19.0192.185.0003634-43) relativo à ora impetrante, até a data prevista para o término do curso de Residência Médica da impetrante (especialidade Pediatria), a se verificar em 28/02/2018 (cf. fls. 14).

Defiro a medida liminar requerida na inicial, e o faço para determinar à autoridade impetrada que, até solução final da lide ou superveniência de deliberação expressa em sentido contrário, *suste* a eficácia dos débitos relativos ao contrato de financiamento aqui em causa.

Arcação os impetrados com o reembolso das custas processuais à impetrante. Sem honorários, na conformidade das *Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ*.

Sujeito a reexame necessário (art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09).

Comunique-se à autoridade impetrada, e ao litisconsorte passivo, por *ofício*.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Ao SUDP para a complementação da autuação.

P.R.I.

Botucatu, ____ de setembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA

0003519-75.2016.4.03.6119

Impetrante: ALEXANDRE DE PAULA FRANCO

Impetrados: DIRETOR DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2016

Relatório

Trata-se de mandado de segurança objetivando, inclusive em sede de medida liminar, a anulação do preenchimento da vaga existente no Campus Guarulhos, para o cargo do magistério, área de Educação/Pedagogia, jornada de 20 horas semanais, realizado por meio de seleção interna, bem como a nomeação do impetrante na citada vaga, conforme disposto no edital do concurso nº 50/2014.

A inicial foi instruída com documentos de fls. 23/38.

À fl. 42, decisão postergando a análise do pedido de medida liminar para após a chegada das informações.

Às fls. 45/53, informações prestadas pela autoridade coatora.

Às fls. 55/56, decisão deferindo parcialmente o pleito liminar.

Às fls. 63/65 a autoridade impetrada informou acerca do cumprimento da liminar.

À fl. 67 a União requereu o ingresso no polo passivo, o que foi deferido à fl. 68.

Às fls. 71/74 parecer do MPF pela improcedência do feito.

Às fls. 77/81 petição do impetrante.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Aduz a parte impetrante que realizou concurso público para provimento de cargo de magistério, concorrendo à vaga existente no Campus Guarulhos, Cargo de Magistério, na área de Educação/Pedagogia, com jornada de 20 horas semanais, tendo se classificado em 2º lugar. A vaga ofertada no edital, contudo, foi preenchida pela candidata classificada em 1º lugar, a qual, em seguida, solicitou vacância. A Administração, então, preencheu a vaga por seleção interna, contrariando o disposto no edital que previa a sua destinação somente para provimento, não havendo menção à seleção interna em detrimento aos candidatos aprovados no concurso vigente. Por fim, alega que o preenchimento da vaga por seleção interna fere seu direito subjetivo à nomeação segundo a ordem classificatória.

Por sua vez, a autoridade coatora alegou que *a primeira colocada no concurso tomou posse e entrou em exercício em 01/09/2014*, cumprindo, portanto, o ISFP, a obrigatoriedade editalícia no que tange ao preenchimento da vaga ofertada no concurso público. Ocorre que, após mais de um ano de efetivo exercício no campus, *a servidora foi aprovada em novo concurso público*, para o mesmo cargo, mas em regime de dedicação exclusiva para o campus de Boituva, referente ao edital nº 233 de 17/04/2015, sendo declarado vago o cargo por posse em cargo inacumulável, nos termos da Portaria nº 4.582 de 09/12/2015, publicada no DOU em 11/12/2015. Informou, ainda, que o termo *“processo de seleção interna” refere-se à gestão*

para sanar as necessidades daquele semestre letivo e que, após ser constatada a existência de docentes com qualificação e disponibilidade para atender as demandas do campus, *as aulas foram remanejadas*, não havendo demanda que justificasse a necessidade de contratação de docente.

Pelos fatos narrados acima, a controvérsia se resume ao direito subjetivo do impetrante à sua nomeação ao cargo do qual, em princípio, não estava aprovado dentro do número de vagas, mas que, posteriormente, ainda dentro do prazo de validade do concurso, passou a estar, já que decorreu a vacância e era o segundo colocado.

Em casos de concurso público, há *jurisprudência* firmada no sentido de que o candidato *aprovado fora do número de vagas do edital não tem direito líquido e certo* à sua nomeação em regra. Tal raciocínio se aplica ainda que o cargo venha a ficar vago durante o período de validade do concurso, podendo a Administração não realizar a nomeação. É o caso, por exemplo, de um cargo de professor de uma matéria que eventualmente não será mais oferecida no próximo semestre. Havendo a vacância deste cargo (aposentadoria, demissão, etc), a Administração não se vê obrigada a nomear o próximo candidato (afinal de contas, a matéria foi extinta e, em consequência, o cargo não necessita mais de provimento). A *exceção*, entretanto, ocorre quando o cargo vago é ocupado por um candidato desobedecendo a ordem classificatória, por um servidor comissionado ou por um terceirizado. Neste caso, *ficando latente a necessidade do provimento daquele cargo*, a Administração não pode deixar de nomear candidato aprovado se o concurso ainda estiver em validade. Para ilustrar o aqui argumentado, cito o acórdão abaixo em sede de repercussão geral RE 837.311/PI:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, *ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato*. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);

iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. (...) 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016).

No presente caso, observo que se trata exatamente da exceção. De fato, a vacância do cargo por parte da primeira colocada deixou um vácuo nas atividades por ela desenvolvidas. Isto porque as suas responsabilidades foram remanejadas e divididas entre os demais colegas, pois, tal como informa a autoridade coatora, o citado remanejamento foi possível sem sobrecarregar ninguém, por meio de um “processo de seleção interna” (fl 46). Não obstante o motivo nobre (otimização dos recursos disponíveis), é ponto incontroverso que o provimento do cargo se faz atualmente necessário, já que o remanejamento das atividades a este inerentes foi a saída para evitar um vácuo. Tal como descrito no acórdão acima mencionado, ficou caracterizado o comportamento expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame.

Aqui, destaco a boa intenção da Administração no intuito de otimizar recursos humanos. Contudo, *há lei prevendo o cargo, há lei determinando o seu provimento via concurso e há a necessidade prática de sua ocupação.* O eventual remanejamento se mostra ilegal nas atuais circunstâncias e, se é fato que tais atividades podem ser desempenhadas por outros servidores, deve a Administração requerer a extinção do cargo pela via legal adequada. Desta forma, havendo candidato aprovado dentro do período de validade do concurso e sendo necessário alguém para desempenhar as funções daquele cargo, não há outra opção se não realizar a nomeação, não cabendo juízo de discricionariedade por parte da Administração.

É caso de procedência do pedido concessão da segurança, portanto.

Dispositivo

Diante de todo o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA para determinar que autoridade coatora nomeie o impetrante para ocupar a vaga, reservada por meio da liminar, no Cargo do Magistério, área de Educação/Pedagogia, Campus Guarulhos, Jornada de 20 horas semanais.

Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Nos termos do art. 14, §1º, da Lei nº 12.106/09, após o prazo recursal, submetam-se, com nossas homenagens, os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Intime-se a autoridade impetrada, servindo cópia da presente como ofício.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Guarulhos, 31 de agosto de 2016.

Juiz Federal Substituto ETIENE COELHO MARTINS

