

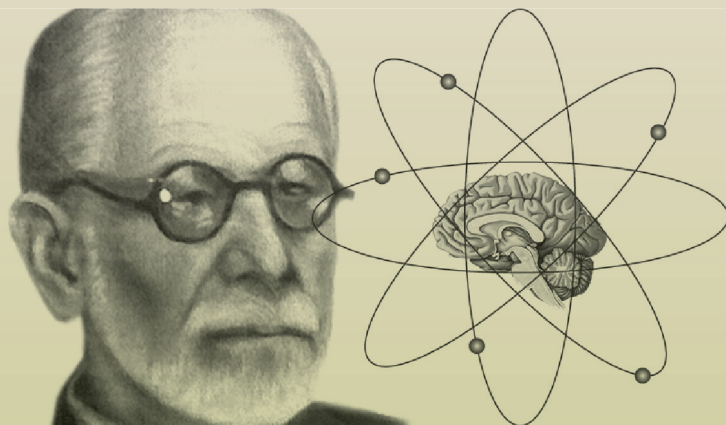
REVISTA

ANO XXIII - N. 114 - JULHO/SETEMBRO DE 2012 - ISSN 1982-1506

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

As medidas cautelares no Processo Penal brasileiro - reforma com a Lei nº 12.403/2011

Promotor de Justiça **Marcelo Batlouni Mendroni**
Procuradora da República **Karen Louise Jeanette Kahn**



Freud, a Justiça e a Física

Juíza Federal **Fabíola Queiroz**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Tráfico internacional de pessoas: art. 231 do CP e Convenções Internacionais

Comentários: Juiz Federal
José Eduardo de Almeida
Leonel Ferreira

Juiz Federal
Silvio César Arouck
Gemaque



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Antonio Cedenho

Publicação Oficial
(Artigo 113 do Regimento Interno do TRF - 3ª Região)

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXIII	n. 114	p. 1-526	jul./set. 2012

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

Lucia Massako Y. C. Rosa / Maria José Lopes Leite /
Renata Bataglia Garcia / Simone de Alcantara Savazzoni

Ilustrações: Mazé Leite

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1990- .

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - .

1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3ª Região).

O conteúdo dos artigos doutrinários e dos comentários é de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista. As decisões e os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar a diagramação, conferência com o original e padronização.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 11º andar
CEP 01310-936 - São Paulo - SP
www.trf3.jus.br
revista@trf3.jus.br



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 3ª REGIÃO
JURISDIÇÃO: SÃO PAULO E MATO GROSSO DO SUL

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente⁽²⁾
 Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente⁽³⁾
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-Regional⁽⁴⁾
 MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
 DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
 Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
 Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95⁽⁵⁾
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
 RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
 THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
 REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
 WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
 MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
 VESNA KOLMAR - 16/12/2003
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
 Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 24/09/2012.

⁽²⁾ Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

⁽³⁾ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA TURMA

JOHONSOM DI SALVO - Presidente
VESNA KOLMAR
JOSÉ LUNARDELLI
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR - Presidente
NELTON DOS SANTOS
COTRIM GUIMARÃES
CECILIA MELLO

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
CECÍLIA MARCONDES
NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA

QUARTA TURMA

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO - Presidente
DAVID DINIZ - Juiz Federal

QUINTA TURMA

RAMZA TARTUCE
ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
REGINA COSTA
PAULO DOMINGUES - Juiz Federal

SÉTIMA TURMA

DIVA MALERBI - Presidente
ROBERTO HADDAD
FAUSTO DE SANCTIS
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
VERA JUCOVSKY
MARIANINA GALANTE
PAULO FONTES

NONA TURMA

MARISA SANTOS
NELSON BERNARDES - Presidente
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO - Juiz Federal

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSIA

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

As medidas cautelares no Processo Penal brasileiro – reforma com a Lei nº 12.403/2011
Marcelo Batlouni Mendroni e Karen Louise Jeanette Kahn 17

Freud, a justiça e a física
Fabíola Queiroz 34

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Tráfico internacional de pessoas. Artigo 231 do Código Penal. Status hierárquico de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos. Elemento subjetivo. Dolo. Consentimento e vulnerabilidade das vítimas.
Desembargador Federal Cotrim Guimarães 51

COMENTÁRIOS

José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira 54
Silvio César Arouck Gemaque 57

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Contratação de estagiário. Concurso público. Desnecessidade. Intermediação por agentes de integração. Possibilidade. Licitação. Inexistência de recursos públicos.
AC 0006285-52.2002.4.03.6100
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 67

Ensino superior. Liberação de documentação acadêmica. Certificado de colação de grau. Não comparecimento ao ENADE. Pedido de justificativa indeferido.
AMS 0005311-61.2006.4.03.6104
Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 73

Responsabilidade civil objetiva do Estado. Acidente em linha férrea. Passagem de nível. Sinalização deficiente e excesso de velocidade. Culpa concorrente da vítima. Indenização. Redução pela metade.

AC 0031338-65.2008.4.03.9999

Desembargador Federal Mairan Maia 77

Suspensão de Sentença. Suspensão das obras destinadas à implantação de uma unidade prisional no Município de Florínea/SP, até que seja realizado o licenciamento do empreendimento perante o IBAMA, com a elaboração de EIA/RIMA.

SuExSe 0016657-75.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 93

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação rescisória. URP de junho de 1987. Ausência de interesse jurídico. Óbito antes da propositura da ação. Falta de pressuposto processual. Decadência. Óbito no curso da ação. Ausência de habilitação. Citação. Nulidade.

AR 0006420-02.2000.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Bernardes 103

Ação de reintegração de posse. Área rural. Terras particulares. Direito indígena. Prova dos autos.

EI 0005222-64.2003.4.03.6000

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 117

DIREITO PENAL

Sonegação fiscal. Escritura de compra e venda de imóvel registrada em cartório. Documento dotado de fé pública. Dolo demonstrado.

ACr 0000304-14.1999.4.03.6111

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....167

Arma de fogo. Uso restrito. Policial militar. Crime de mera conduta ou de perigo abstrato. Não caracterizadas as excludentes de obediência hierárquica e estrito cumprimento do dever legal. Perda do cargo público.

ACr 0000631-24.2001.4.03.6002

Desembargador Federal José Lunardelli 178

Operação clandestina de serviço de telecomunicação. Rádio transceptor. Faixa do cidadão. Princípio da insignificância: descabimento.

ACr 0004018-58.2002.4.03.6181

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita.....186

Crime contra a Ordem Tributária. Inserção de elementos inexatos e emissão/utilização de documentos que sabia falsos para declaração de imposto de renda. Dolo genérico. Não aplicação do princípio da insignificância.

ACr 0004566-35.2007.4.03.6108

Desembargadora Federal Ramza Tartuce 194

Roubo com emprego de arma e concurso de agentes. Tentativa. Emendatio libelli. Furto qualificado. Quadrilha armada. Uso de documento público falso.

ACr 0000371-11.2009.4.03.6181

Desembargador Federal Luiz Stefanini 208

Fraude a licitação. Natureza formal do delito. Dosimetria.

ACr 0007396-94.2009.4.03.6110

Desembargador Federal André Nekatschalow 219

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Embargos à Execução. Alegação de pagamento a maior. Verba alimentar. Repetição. Não cabimento.

AgRg AC 0040734-28.1992.4.03.9999

Desembargador Federal Walter do Amaral..... 239

Embargos de Declaração em Embargos Infringentes. Omissão. Inexistência. Matéria analisada dentro do limite da divergência. Valores recebidos em sede administrativa.

EDcl EI 0307907-39.1992.4.03.6102

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira..... 245

Flexibilização da coisa julgada. Reajuste de pensão concedida após a CF/88 e antes da Lei nº 8.213/91. Desconto dos valores pagos administrativamente.

AC 0008998-12.2007.4.03.6104

Desembargadora Federal Vera Jucovsky 251

Ação rescisória. Ação ajuizada no TJ/SP e protocolizada no TRF-3 após o prazo decadencial. Preliminar de decadência rejeitada. Precedente da 3ª Seção.

AR 0023447-17.2008.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira..... 262

Recurso de apelação. Intempestivo. Procurador autárquico regularmente intimado para audiência de instrução e julgamento. Leitura da sentença em audiência. Termo inicial do prazo para recorrer.

Ag AI 0044816-33.2009.4.03.0000

Desembargadora Federal Marianina Galante 269

Permanência em atividade após a aposentadoria. “Desaposentação”: renúncia a benefício originário em prol de nova aposentadoria, pecuniariamente mais benéfica. Inadmissibilidade.

AC 0006099-88.2010.4.03.6119

Desembargador Federal Paulo Fontes 273

Revisão de benefício. Decadência do direito.

Ag AC 0007775-92.2010.4.03.6112

Desembargadora Federal Marisa Santos..... 278

Recurso repetitivo. Juízo de retratação do acórdão. REsp nº 1.205.946/SP. Aplicabilidade. Juros de mora. Correção monetária. Lei nº 11.960/2009.

Ag AC 0018268-10.2010.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 282

Aposentadoria por tempo de serviço. Auxílio doença e aposentadoria recebidos na esfera administrativa. Honorários. Base de cálculo.

Ag AC 0035155-35.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 286

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ACP. Responsabilidade do agente público por atos danosos ao erário. Punição. Má-fé que constitui premissa do ato ilegal e ímprobo. Reforma da creche. Necessidade de licitação. Aquisições superfaturadas.

AC 0051954-80.1992.4.03.6100

Desembargadora Federal Suzana Camargo.....291

Prêmio sena principal. Correção monetária. Impossibilidade.

EI 0028307-85.1994.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira 300

SFH. Execução extrajudicial. Já solucionada a controvérsia central, por meio do Recurso Repetitivo firmado aos autos nº 1.160.435/PE do E. STJ.

REsp AC 0002372-76.1999.4.03.6000

Desembargadora Federal Salette Nascimento..... 305

ACP. Adequação do aeroporto de Ribeirão Preto aos padrões de segurança. Ministério público. Legitimidade ativa. Atendimento da pretensão no curso da demanda. Imposição de astreintes contra a Fazenda Pública. Possibilidade.

Ag AC 0003476-88.1999.4.03.6102

Desembargadora Federal Regina Costa..... 307

ACP. Derramamento de melaço em rio. Dano e reparação ambiental. Transação e sentença de homologação. Manifestação de vontade do IBAMA contra o acordo. Inviabilidade de suprimento pelo juízo.

AC 0012872-79.2005.4.03.6102

Desembargador Federal Carlos Muta 313

Extinção do processo sem resolução do mérito. Corré falecida antes do ajuizamento da ação rescisória. Possibilidade de redirecionamento da ação e citação dos sucessores somente antes do prazo decadencial.

Ag AR 0098110-68.2007.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 335

Julgamento realizado por órgão colegiado composto majoritariamente por juízes federais convocados. Ofensa ao princípio do juiz natural não verificada.

EDcl AI 0021093-19.2008.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 351

Agravo. Intempestividade. Protocolo integrado. Justiça estadual. TJ/SP. Inexistência.

Ag AC 0036124-55.2008.4.03.9999

Desembargador Federal Roberto Haddad 361

Conflito de Competência. Correios. Cobrança de penalidade administrativa decorrente de descumprimento contratual. Caráter público da relação jurídica. Competência da 4ª Turma (2ª Seção).

CC 0017496-03.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 365

Conflito de Competência. Órgão Especial desta Corte firmou entendimento no sentido de que as relações jurídicas envolvendo o instituto da enfiteuse e obrigações decorrentes se situam na esfera do Direito Privado, de competência das Turmas da 1ª Seção.

CC 0017839-96.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Diva Malerbi 377

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Revisão Criminal. Estelionato. Alegações de inépcia da denúncia. Condenação. Pena. Intimação editalícia da sentença.

RvC 0093974-62.2006.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 383

Agravo em Execução Penal: acesso do apenado à internet. Curso a distância. Presídio de segurança máxima. Falta de condições.

AgExPe 0024837-51.2010.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Mello 402

DIREITO TRIBUTÁRIO

Ação anulatória de débito fiscal. Contribuição previdenciária. Associação desportiva amadorista. Não comprovação dos requisitos.

ApelReex 0702909-77.1994.4.03.6106

Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro 409

PIS e COFINS. Não inclusão do ISS na base de cálculo da contribuição. Compensação. Prescrição parcial. Correção monetária.

AMS 0025810-10.2008.4.03.6100

Desembargador Federal Márcio Moraes.....414

Imposto sobre a renda. Verbas recebidas pelo empregado em razão da mudança do local de trabalho. Natureza indenizatória. Não incidência.

AMS 0005948-74.2009.4.03.6114

Desembargador Federal Nery Júnior.....420

OAB. Autarquia especial. Serviço público independente. Execução por título extrajudicial. Estatuto da advocacia. Lei especial. Inaplicabilidade da Lei nº 12.514/11.

AC 0002962-52.2010.4.03.6005

Desembargador Federal André Nabarrete 423

Contribuição Previdenciária. FUNRURAL. Restituição. Contagem do prazo prescricional de acordo com STF. Declaração de inconstitucionalidade da exação conhecida como FUNRURAL (RE Nº 363.852, EM 03/02/2010).

Ag AC 0005263-69.2010.4.03.6102

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 428

Execução Fiscal. Conselho corporativo. Valor superior ao mínimo previsto na Lei nº 12.514/11. Prosseguimento da execução.

AC 0006960-79.2010.4.03.6182

Desembargadora Federal Alda Basto..... 434

Execução Fiscal. Responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica. Legitimidade. STF, RE 562.276/RS. CDA. Dissolução irregular não comprovada.

Ag AI 0004663-84.2011.4.03.0000

Desembargadora Federal Vesna Kolmar 437

Imposto de renda. Verba recebida em ação trabalhista. Diferenças salariais recebidas acumuladamente. Incidência conforme a faixa de rendimento e alíquota respectiva nos termos da tabela progressiva vigente à época.

ApelReex 0005892-76.2011.4.03.6112

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 443

SENTENÇAS

Ação Condenatória. “Plano Empresário Popular”. Construção e a comercialização de moradias mediante a utilização de recursos do FGTS. Contrato de mútuo para a construção e comercialização de 441 moradias populares. Mora contratual e delitual. Nulidade de cláusulas contratuais. Revisão dos créditos e débitos referente ao mútuo.

0318066-65.1997.4.03.6102

Juiz Federal David Diniz Dantas 451

Ação Ordinária. Astrazeneca. Composto farmacêutico. Sal de magnésio. Pedido de patente. Lei de propriedade industrial.

0009762-10.2007.4.03.6100

Juiz Federal Djalma Moreira Gomes 469

Ação Ordinária. Recolhimento da contribuição sobre a folha de salários, incidente sobre verbas de caráter não salarial, de natureza indenizatória, a saber, (i) adicional de horas extraordinárias, (ii) adicional de férias, (iii) prêmio-gratificação, pelos últimos 10 (dez) anos.

0001124-35.2010.4.03.6115

Juiz Federal Alexandre Berzosa Saliba 485

Ação Penal. Transporte de substância entorpecente (cocaína). Voo com destino à Espanha. Confissão. Pleito de cooperação jurídica internacional para que o réu cumpra a pena na Espanha, seu Estado natal.

0000546-80.2011.4.03.6004

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales 495

Ação Ordinária. Aposentadoria. Conta-corrente aberta por terceiro em seu nome. Empréstimos e dívidas de cartão de crédito, as quais não contraiu, que ocasionaram a inscrição de seu nome no cadastro do SERASA.

0001751-26.2011.4.03.6108

Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 503

Ação Ordinária. Fornecimento de vacina contra febre tifóide.

0005424-78.2012.4.03.6112

Juiz Federal Joaquim Alves Pinto 510

SÚMULAS 521



Artigos Doutrinários

As medidas cautelares no Processo Penal brasileiro – reforma com a Lei nº 12.403/2011



Marcelo Batlouni Mendroni

Promotor de Justiça Criminal em São Paulo – Capital. Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid. Pós-Doutorado na Università di Bologna.

Karen Louise Jeanette Kahn

Procuradora da República em São Paulo – Capital. Mestre em Direito Penal pela State University of New York.



SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies. 3. Regras. 4. Prisões cautelares. 5. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e restritivas de direitos. 6. Conclusão.

1. Introdução

A Lei nº 12.403/2011, que alterou o Título IX do Código de Processo Penal, trouxe, ao ordenamento jurídico brasileiro, sensíveis mudanças no aspecto das medidas cautelares processuais penais, em especial, quanto aos requisitos exigidos para a sua concessão, ampliando-as, de um lado – para permitir sua melhor adequação ao agente do fato delituoso, de acordo com a gravidade do crime e sua real necessidade para investigação ou instrução criminal, para a aplicação da lei e como desestímulo a novas práticas – e, de outro, restringindo as hipóteses de concessão das prisões cautelares, segundo critérios quantitativos de penas.

No entanto, embora pareça evidente que as novas medidas busquem, de forma geral, privilegiar a restrição de direitos em face da custódia em estabelecimento penal, algumas delas se afiguram de difícil, ou quase impossível, cumprimento e/ou vigilância. Não é demasiado destacar, desde logo, que uma medida cautelar aplicada e descumprida, sem vigilância do Estado, torna-a inócua, sem qualquer efetividade, além de desmoralizar o próprio Estado.

Se as medidas cautelares foram trazidas ao ordenamento jurídico com a finalidade de evitar prisões desnecessárias, torna-se imprescindível que sejam efetivamente cumpridas com todo o rigor, para que atinjam o seu objetivo.

2. Espécies.

Os artigos 282 e 319 do Código de Processo Penal estabelecem as (novas) medidas cautelares genéricas do Direito Processual Penal brasileiro¹ diversas da prisão:

2.1. Comparecimento periódico em Juízo.

Prazo fixado pelo Juízo para informar e justificar suas atividades. Trata-se de controle meramente superficial, ou até “artificial” das atividades praticadas pela pessoa sujeita à medida. Não se imagina que o Poder Judiciário, em qualquer estado da Federação ou mesmo o Federal, tenha condições estruturais, especialmente de pessoal, mas também material, de exercer controle efetivo das justificativas de forma a saber se estará dizendo a verdade ou mentindo. Resta – e se espera do Poder Judiciário – o monitoramento eventual por “amostragem”, através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita à medida, verificando a veracidade de suas afirmações prestadas nas oportunidades em que comparecer em cartório.

2.2. Proibição de acesso e frequência a determinados lugares.

Tal previsão se justifica, pois, de circunstâncias relacionadas ao fato, pode emergir risco de novas infrações. A exemplo da medida anterior, de “comparecimento periódico em Juízo”, consiste em controle meramente superficial, ou “artificial” dos deslocamentos e frequências praticadas pela pessoa sujeita à proibição. Tampouco se imagina que o Poder

Judiciário, ou mesmo o Ministério Público ou as Polícias tenham condições de exercer vigilância efetiva acerca dos locais visitados pela pessoa “controlada”, Resta também – e igualmente se espera do Poder Judiciário – o monitoramento eventual por “amostragem”, através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita à medida, verificando a veracidade de suas afirmações. São formas de fiscalização que podem e devem ser efetuadas pela Polícia, por exemplo e sempre que possível, campanhas e vigilâncias filmadas e fotografadas.



2.3. Proibição de manter contato com determinada pessoa.

Esta medida, excessivamente “romântica” considerando o avanço da tecnologia em material de comunicações, parece de controle quase impossível. Sabe-se que atualmente a comunicação ocorre através de incontáveis formas, especialmente as eletrônicas, que para monitoramento exigem autorização judicial. Além de telefones e rádios, existem e-mails, msn, mensagens em redes sociais (facebook) e outros. Neste passo, parece-nos viável e até recomendável, que, com a decretação da medida, o mesmo Juiz determine a quebra de sigilo de todas as comunicações da pessoa monitorada, para que a Polícia exerça o “quase impossível” controle. Ao menos, com

¹ Referimos medidas cautelares genéricas porque existem leis especiais que fixam outras medidas cautelares, as quais devem ser empregadas com predominância em função da sua especialidade, aplicando-se, nelas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

a determinação da quebra do sigilo das comunicações, pratica-se intervenção preventiva, colocando a pessoa sujeita à proibição em estado de alerta e prevenção.

2.4. Proibição de ausentar-se da Comarca.

É medida igualmente de difícil vigilância, seguindo os exemplos, e nos mesmos termos mencionados em relação às providências previstas nos incisos “I” e “II” do artigo 319 do Código de Processo Penal. Mesmo com a aplicação de medida cumulativa de monitoramento eletrônico, por exemplo, torna-se difícil aferir se a pessoa não transpassou, por exemplo, da sua para outra Comarca contígua, como São Paulo – Santo André ou São Caetano.²

2.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga.

Embora igualmente de difícil controle, também seguindo as formas referidas nos itens anteriores, afigura-se pouco mais facilitada, podendo, em dias (noites) aleatórios, promover a fiscalização na própria residência da pessoa vigiada.

2.6. Suspensão da função pública, de natureza econômica ou financeira.

A medida é direcionada, como orienta o próprio dispositivo, para os casos em que “houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Apesar de aparentar ser bastante proveitosa, não há como deixar de imaginar que tais atividades “de

natureza econômica ou financeira” possam ser realizadas por intermédio de terceiras pessoas, os chamados e conhecidos “testas-de-ferro”, para os quais haverá punição apenas eventual, conforme a situação jurídica e sua previsão legal penal.

2.7. Internação provisória.

Esta previsão destina-se a inimputáveis ou semi-imputáveis com risco de reiteração criminosa. Funciona como “substitutivo” da prisão preventiva, para estes casos específicos, necessitando, para ser realizada, de laudo técnico especializado.

2.8. Fiança.

2.8.1. Finalidade.

- assegurar o comparecimento ao processo;
- evitar obstrução ao processo;
- coibir a resistência à ordem judicial;
- garantir o pagamento das custas do processo, indenização do dano, prestação pecuniária e multa, em caso de condenação – mesmo ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva (art. 336 e parágrafo único do CPP).

O instituto da fiança acabou sendo desmoralizado na vigência das medidas cautelares anteriores à reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, tanto em razão de sua baixíssima fixação – já que a Lei permite a liberdade provisória também sem pagamento de fiança – quanto em razão de seu ínfimo valor.

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, o instituto da fiança foi aperfeiçoado, com o aumento quantitativo dos valores para seu arbitramento.

Anteriormente, a fiança era considerada uma medida de contra-cautela, ou seja, pagava-se fiança com o intuito de se obter a liberdade provisória.

Segundo o teor da nova lei, esta apresenta dupla natureza jurídica, qual seja, a de

² Na Itália, já havia sido elaborada previsão legal em relação a casos de combate à Máfia, na década de 1960: A *Legge nº 575, de 31 de maio de 1965. Disposizione contro la Mafia* estabeleceu basicamente medidas de prevenção e vigilância especial de segurança pública e de obrigação de permanência em residência, em um ou mais lugares (cidades) determinados e prefixados, à pessoa investigada ou processada por “associação de tipo mafiosa” (prevista no artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano), por proposta do Ministério Público. Além da obrigatoriedade de permanência (*soggiorno*), o Ministério Público também poderia requerer a aplicação de medida de prevenção de “disponibilidade financeira” sobre o patrimônio do imputado. A providência praticamente não é mais aplicada pela evidente razão de que a população mais que quadruplicou e o Estado não dispõe mais de controle da medida.

medida cautelar (instrumental ou processual) (art. 319, VIII, do CPP) e de *contra-cautela* (art. 310, III, do CPP), podendo ser cumulada, em qualquer caso, com outras medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, segundo dispõe seu parágrafo 4º.

Como instrumento de *contra-cautela*, o Juiz poderá arbitrá-la, ao receber o auto de prisão em flagrante, juntamente com a liberdade provisória, caso entenda não ser a hipótese de prisão preventiva, sendo o crime afiançável.

Como *medida cautelar processual*, a fiança poderá ser arbitrada nas infrações que a admitem, *para o fim de assegurar o comparecimento do réu a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial*. Neste caso, verifica-se a possibilidade de imposição de fiança a réu solto, hipótese inovadora no presente ordenamento, sendo que, se descumprida uma daquelas obrigações (quebra de fiança), a imposição de outras medidas cautelares, inclusive, a sua prisão preventiva, pode vir a ser decretada (art. 343 do CPP), sem que devam ser obedecidas as condições de admissibilidade do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Verifica-se, ainda, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Penal, que o legislador manteve a possibilidade de se conceder liberdade provisória sem fiança em qualquer crime, inclusive nos crimes hediondos e equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, XLIII, da CF e art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que também alterou o teor do art. 44 da Lei Antidrogas nº 11.343/2006), os quais, não obstante inafiançáveis, são suscetíveis de liberdade provisória, uma vez presentes os seus pressupostos. Neste sentido, precedente do STJ:

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liber-

dade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

(...)

3. A liberdade provisória do paciente foi indeferida sem que fosse demonstrada concretamente a imprescindibilidade da medida extrema.

4. A suposta possibilidade de fuga, por se tratar de estrangeiro que não possui vínculo com o nosso país, bem como infundadas conjecturas acerca da possibilidade de reiteração da conduta delitiva em razão da gravidade abstrata da infração não constituem, por si sós, motivos suficientes para justificar a segregação antecipada.

5. Ordem concedida.

(STJ, HC 193060/SP, *Habeas Corpus* 2010/0228297-4, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJE 19.9.2011)

Por outro lado, a interpretação sistemática dos artigos 321, 323 e 324 do Código de Processo Penal e artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal leva a um resultado processual incongruente, segundo o qual a liberdade provisória poderá ser arbitrada, quer em crimes afiançáveis, quer inafiançáveis; assim, neste último caso, o réu, não pode pagar para obter a liberdade provisória (livrar-se solto), mas pode obtê-la, de outra forma, sem pagar, pois, para os mesmos crimes, a lei permite a liberdade provisória sem a exigência de fiança.

De qualquer forma, em termos práticos, para que tenha efetividade, é preciso que a fiança seja aplicada com o rigor da Lei e dosada, a exemplo das demais medidas cautelares, segundo o disposto no artigo 282, II, do Código de Processo Penal, ou seja, “II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, exatamente para que encontre correspondência, em análise sistemática, com artigo 336 do mesmo diploma legal:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das

custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal) (NR).

2.8.2. Concessão (art. 322 do CPP).

Pela Autoridade Policial em casos de delitos com pena máxima não superior a 4 anos. Nos demais casos, só pelo Juiz.

2.8.3. Impedimento de concessão (arts. 323 e 324 do CPP).

- nos crimes de racismo;
- nos crimes tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos;
- nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- aos que quebraram fiança anteriormente;
- nos casos de prisão civil ou militar.

2.8.4. Valor (art. 325 do CPP).

- de 1 a 100 salários mínimos: no caso de infrações cuja pena privativa máxima não for superior a 4 anos;
- de 10 a 200 salários mínimos: no caso de infrações cuja pena privativa máxima for superior a 4 anos.

2.8.5. Alternativas (art. 325, § 1º, do CPP).

Conforme a situação econômica do réu:

- dispensa, na forma do artigo 350 do Código de Processo Penal, sujeitando-o a outras medidas cautelares e às obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do mesmo diploma legal;
- redução até 2/3;
- aumento até 1000 vezes.

2.8.6. Quebra de fiança.

Nos termos dos artigos 341 e 343 do Código de Processo Penal, a quebra de fiança ocorre se o acusado:

- intimado não comparecer injustificadamente a ato processual;
- deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- descumprir medida cautelar cumulativa à fiança;
- resistir injustificadamente a ordem judicial;
- praticar nova infração penal dolosa.

Neste caso, a referida quebra importa em perda da metade do valor pago a título de fiança, decidindo o Juiz sobre a imposição de outras medidas cautelares ou decretação de prisão preventiva.

O valor será perdido integralmente se o condenado não se apresentar para o cumprimento da pena (art. 344 do CPP).

2.9. Monitoramento eletrônico.

Trata-se de medida importante, condizente com o avanço tecnológico a serviço da Justiça. É útil para evitar prisões desnecessárias, que sobrecarregam os estabelecimentos penais, mas também implica alto custo de equipamento e monitoramento por parte do Poder Executivo. Se bem executado, para os casos efetivamente indicados, sem ser a solução para todos os problemas de prisões e saídas temporárias (como, por exemplo, dos dias festivos, natal, ano novo, dia dos pais, das mães, etc.), pode ser útil em casos específicos e pontuais.

O mau monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- descrédito na Justiça por parte da população;
- ausência de aplicação da própria lei,

por parte dos Magistrados;

- reincidência por parte do agente com produção de vítimas, em novo abalo à ordem pública;

- fuga do agente e consequente não aplicação da lei penal;

- ameaças e coações a testemunhas e vítimas.

Por outro lado, o bom monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- diminuição do risco de eventual constrangimento da liberdade de agente que é, a princípio, inocente (durante a investigação/processo criminal);

- diminuição da “estigmatização” sofrida pelo agente que responde a investigação/processo criminal;

- viabilização de ressocialização já durante o trâmite processual;

- viabilização de utilização de maior número de agentes no policiamento das ruas, ao invés de sua utilização na escolta com garantia de maior segurança à população;

- diminuição de gastos públicos com manutenção de população carcerária, com escolta policial para o transporte dos presos ao Fórum (pessoal, veículos, combustível), com escolta (vigilância) dentro do sistema prisional provisório, com alimentação dos presos;

- manutenção do controle da distância entre o agente supervisionado e potenciais vítimas;

- manutenção do controle do agente supervisionado em determinados dias, horários e locais, considerados potenciais para reincidência;

- manutenção do controle do agente supervisionado no distrito da culpa;

- manutenção do controle das condutas do agente supervisionado.

O controle do agente *sub judice* deverá, entretanto, receber uma contra ordem, com a revogação da medida cautelar e a consequente prisão preventiva, se ela não for cumprida a contento. Mas considerando que a revogação dependerá basicamente da informação eletrônica obtida pelo Poder Judiciário a partir dos dados de monitoramento eletrônico transmitidos por um equipamento, em geral, pulseira ou tornozeleira, torna-se imprescindível que o equipamento tenha a mais alta precisão em tecnologia disponível. Evidentemente que, nestes termos, torna-se sempre necessário o acompanhamento em tempo real – imediato – das ações praticadas pelo agente supervisionado.

3. Regras.

Os fundamentos das medidas cautelares são sempre os mesmos: *fumus delicti* (fumaça de um delito) – em analogia ao *fumus boni juris* do Processo Civil – e *periculum in mora* (risco de demora). Há que se enfatizar, entretanto, que as medidas cautelares do Processo Penal têm enfoque diferente das medidas cautelares do Processo Civil.³ Enquanto estas visam o “adiantamento” ou a “garantia” de um direito para que ele não pereça; as medidas cautelares penais têm a natureza especial, podendo ser reais, quando se configurem situações de produção de prova antecipada, para pagar custas do processo, indenização do dano causado etc., ou pessoais, nos casos das prisões provisórias. Medidas cautelares penais pessoais são, por assim dizer, a proteção da sociedade, através da constrição ou restrição dos direitos da pessoa investigada ou processada e garantia do processo.

Assim é que as medidas cautelares do Processo Penal exercem relevante função no sentido de serem úteis ao processo penal (e na busca da verdade real), durante a investiga-

³ Para estudo das medidas cautelares no Processo Civil, veja-se CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

ção criminal e o processo penal, para cautelar necessidade de aplicação da lei penal e também, em defesa da ordem pública e social, para evitar a prática de infrações penais. São, aliás, os seus requisitos objetivos, nos termos do artigo 282, I, do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.⁴



No Processo Penal, ao contrário do que ocorre no Processo Civil, não existe um procedimento próprio, com rito específico. No Processo Civil, para cada medida cautelar, a princípio, corresponde um procedimento com rito próprio e específico, como do arresto (arts. 813 a 821 do CPC), do sequestro (arts. 822 a 825 do CPC), da busca e apreensão (arts. 839 a 843 do CPC), etc. As medidas cautelares acabaram, entretanto, de certa forma, esvaziadas pelo advento das medidas de “tutela antecipada”.

Por isso, no Processo Penal, são medidas cautelares autônomas, sem procedimentos específicos, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, como, aliás,

estabelece o artigo 282, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 282. (...)

§ 1º. As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Condição de procedibilidade: só são admissíveis para crimes apenados com pena privativa de liberdade, de forma isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, § 1º, do CPP).

Os *requisitos* das medidas cautelares estão especificados no artigo 282 do Código de Processo Penal:

I) objetivos: necessidade para a

- aplicação da lei penal;
- investigação criminal;
- instrução criminal;
- nos casos expressos, para evitar a prática de infrações penais.

II) subjetivos: adequação da medida

- à gravidade do crime;
- às circunstâncias do fato;
- às condições pessoais do indiciado/acusado.

⁴ Veja-se o ensinamento de CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 77: “En tal modo el derecho penal tiende a asegurar la sociedad contra el peligro del delito, esto es, a hacerla segura de tal peligro (sine cura). Por eso, los medios que a tal fin se emplean, es justo que le llamen medidas de seguridad. En cuanto un interés de quien, al cometer el delito, ha lesionado el interés ajeno, a consecuencia del delito resulte lesionado a su vez (como ocurre cuando, por ejemplo, quien ha golpeado o robado sea a su vez golpeado o privado de ciertos bienes), se comprende que la prevision de tal sufrimiento debe precisamente crear a él y a los otros una ‘necessitas’ de abstenerse del delito mismo; por eso cualquier sufrimiento conminado en daño de quien cometa el delito responde al concepto de la medida de seguridad”.

Em relação à *forma*, nos termos do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares são decretadas pelo Juiz de ofício ou por requerimento:

- das partes;
- do Promotor de Justiça ou Procurador da República, durante a investigação criminal ou durante o processo penal;
- do Assistente de Acusação ou Advogado⁵, durante a instrução criminal;
- da Autoridade Policial (Delegado de Polícia), durante a investigação criminal.

A regra para a decretação das medidas cautelares, em atenção ao princípio do contraditório, é que o Juiz intime a parte contrária para que se manifeste sobre o pedido. Mas há situações em que, evidentemente, a intimação da parte contrária, no caso o Advogado da pessoa sujeita à medida, pode torná-la completamente ineficaz, como na decretação de prisão preventiva. Há, para estas hipóteses, procedimento de exceção, nos termos do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, que ressalva casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida. A mesma regra deve valer, por interpretação lógica e sistemática, nos casos de decretação de interceptação das comunicações, previstas na Lei nº 9.296/96, sem prévia intimação da parte contrária (Advogado) sob pena de se tornar inócua a medida.

Diante de descumprimento da medida cautelar imposta, o Juiz pode substituir ou acrescentar outra, de ofício ou requerimento da parte. É o teor do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal:

Art. 282. (...)

§ 4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação,

ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Veremos mais adiante que, no caso de substituição de qualquer das medidas por prisão preventiva, pela interpretação lógica e sistemática da Lei, não haverá limite em face da pena prevista *in abstracto* no tipo penal para a sua decretação. Parece lógico que a substituição de uma medida exige que a superveniente seja de caráter mais rigoroso, já que, tendo uma das medidas aplicadas, o agente a violou, tornando necessário maior rigor cautelar.

Ainda, nos termos do § 5º do mesmo artigo 282 do Código de Processo Penal, por falta de motivo, o Juiz pode revogar, substituir, acrescentar e red decretar medidas cautelares, desde que surgidos novos fatos, com novos motivos que sejam capazes de alterar a situação anterior, o *status quo ante*. As alterações devem, evidentemente, sempre vir acompanhadas da fundamentação lógica de sua necessidade ou desnecessidade.

O § 6º do artigo 282 do Código de Processo Penal refere-se à decretação da prisão preventiva, cujo cabimento se estabelece por exceção, apenas quando não couber outra medida cautelar ou mesmo mais de uma medida cautelar de forma cumulativa. Trata-se, neste dispositivo, de modalidade de prisão preventiva autônoma. Outras modalidades, entretanto, surgiram com a Lei nº 12.403/2011, às quais nos deteremos adiante.

4. Prisões cautelares.

A Constituição Federal estabeleceu expressamente as hipóteses de decretação de prisão de um indivíduo no artigo 5º (inciso LXI – prisões penais e inciso LXVII – prisão civil).

São as espécies:

a) *prisão provisória* (prisão processual ou prisão cautelar):

⁵ O Advogado pode requerer substituição ou desacumulação de medida cautelar em benefício de seu cliente.

– prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP);

– prisão temporária:

. Lei nº 7.960/89 (5 dias);

. Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos = 30 + 30 dias);

– prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP).

Requisitos:

. garantia da ordem pública;

. garantia da ordem econômica;

. por conveniência da instrução criminal;

. para assegurar a aplicação da lei penal.

Havia, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, outras duas modalidades de prisões provisórias, conhecidas por prisão por pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º, do CPP) e prisão por sentença recorrível (art. 393, I, do CPP). Ambas não existem mais. Agora existem outras formas – ou subformas de prisões preventivas.

b) *prisão definitiva* (para decisões com o trânsito em julgado)

c) *prisão civil* (art. 5º, LXVII, da CF – somente em caso de não pagamento de pensão alimentícia).

d) *prisão disciplinar* (somente nos casos de transgressões militares do. Exército ou Polícia Militar).

As prisões preventivas e em flagrante são as que sofreram modificações pelo advento da Lei nº 12.403/2011. As prisões temporárias e definitivas foram mantidas inalteradas, o mesmo acontecendo com a prisão civil e disciplinar.

Seguimos, então, com a análise somente das prisões alteradas pela lei supramencionada.

4.1. Prisões preventivas.

O gênero é a prisão provisória, de que são espécies as prisões preventivas, subdivi-

das em outras subespécies:

– prisão preventiva autônoma;

– prisão preventiva por conversão;

– prisão preventiva substitutiva;

– prisão preventiva utilitarista.

*Requisitos*⁶ (reiterando): as regras básicas para a decretação de qualquer das modalidades de prisão preventiva estão mantidas nos mesmos termos da legislação anterior:

– para garantia da ordem pública;

– para garantia da ordem econômica;

– por conveniência da instrução criminal;

– para assegurar a aplicação da lei penal.

4.1.1. Prisão preventiva autônoma.

É a modalidade de prisão preventiva que, decretada em face dos sempre exigíveis requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, têm caráter de medida cautelar autônoma para situações consideradas graves pelo legislador, que importam na necessidade de segregação do agente. Por isso mesmo, além daqueles requisitos genéricos para casos especiais, entende-se haver necessidade de proteção da sociedade em relação a agentes com dedutível alta periculosidade. Tanto é assim que, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, foi fixada apenas para as seguintes hipóteses:

6 Veja-se o comentário de MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996 (original de 1949), Tomo III, p. 629: “La custodia preventiva (o detención o encarcelación preventiva) es el estado de privación de la libertad personal en que, a los fines del proceso penal, viene a encontrarse el imputado a consecuencia de la ejecución de un mandato o de una orden de arresto o de captura, o de la legitimación del arresto sin mandato, o de la convalidación de la detención de la constitución en cárcel. La custodia preventiva del imputado está justificada por la necesidad de asegurar su persona para el proceso: necesidad presunta por la ley (mandato u orden de captura obligatorios) o considerada por el juez (mandato u orden de captura facultativos)”.

Art. 313. (...)

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Com a fixação prevista no inciso I, o Legislador reduziu sensivelmente a incidência de casos passíveis de prisão preventiva autônoma, em relação à sistemática da legislação anterior. Veja-se que ficaram de fora, só analisando o Código Penal, crimes graves como furto simples (art. 155, *caput*); extorsão indireta (art. 161); apropriação indébita simples (art. 168, *caput*); receptação simples (art. 180, *caput*); constrangimento ilegal (art. 146, *caput*); ameaça (art. 147); sequestro e cárcere privado (art. 148); duplicata simulada (art. 172); violação de direito autoral (art. 184); quadrilha ou bando (art. 288, *caput*); coação no curso do processo (art. 344) e outros, inclusive previstos em legislação penal especial.

Paralelamente a tais considerações, no entanto, verifica-se, na expressão da lei, um latente paradoxo.

Se, de um lado, o diploma privilegia a necessidade de adequação de uma medida cautelar detentiva à gravidade do crime praticado, às circunstâncias de sua execução e às condições pessoais do agente; o artigo 313, de outro, ao definir a chamada prisão preventiva de natureza autônoma (e que pressupõe esteja o agente do crime em liberdade), restringe a sua concessão com base em um simples critério quantitativo de penas em abstrato para crimes dolosos, que, muitas vezes, não guarda direta proporção com sua possível gravidade,

quer em abstrato, quer em concreto.

Ao mesmo tempo, torna-se difícil a concepção da execução de alguns desses delitos por meios moderados, dolo eventual ou sob circunstâncias, objetivas ou subjetivas, que sejam favoráveis ao agente, como, por exemplo, os crimes de coação no curso do processo, ameaça, sequestro e cárcere privado. Neste caso, mesmo sendo baixas as penas em abstrato previstas para tais tipos legais, as circunstâncias que normalmente envolvem tais crimes e suas formas de execução ou intimidação são graves, bem assim as consequências deles geradas.

Nestes, como em outros tipos penais que restaram excluídos do rol de crimes suscetíveis de prisão preventiva, mas que tenham sido praticados por meios insidiosos, que apontem para alguma gravidade na sua concreta expressão e forma de execução, apreende-se, com clareza, o espírito despenalizante que caracterizou as alterações na lei processual em comento e o intuito prático de desafogar o sistema carcerário. Relegados a segundo plano restaram relevantes bens jurídicos, supostamente protegidos, como a liberdade, saúde pública, sistema financeiro, ordem econômica, administração da justiça, dentre outros, cuja violação tem sido objeto de inúmeras demandas contemporâneas.

Não se contesta o fato de que a prisão preventiva deva ser eleita como a *ultima ratio* na aplicação de medida restritiva de liberdade, mas consideramos que o legislador, mediante a fixação de limite mínimo de pena *in abstrato* de quatro anos para condicionar a aplicação da custódia cautelar (autônoma), afastando a possibilidade de sua adoção para crimes que resultem em sérias violações, negligenciou quanto a tal aspecto.

Observa-se, portanto, que são requisitos apenas da modalidade *prisão preventiva autônoma – decretada no curso da investigação ou do processo e sob os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal* – aqueles previstos no artigo 313, *caput*, do Código de

Processo Penal:

- crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos;
- reincidente por crime doloso (exceções, casos do art. 64 do CP);
- crime de violência doméstica contra mulher, contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou deficiente físico para garantir medidas protetivas urgentes.

Mas a prisão preventiva *não é aplicável* nos casos de verificação de excludente de antijuridicidade, conforme expressamente determinado no artigo 314 do Código de Processo Penal.

Restrição: atendendo à ordem constitucional, aplicam-se ao cumprimento das prisões preventivas as regras referentes à inviolabilidade de domicílio (art. 283, § 2º, do CPP).

Urgência: as ordens de prisão, em face de situação de urgência, como, por exemplo, o fundado receio de fuga, podem ser decretadas com envio de mandado de captura por qualquer meio de comunicação (telefone, *e-mail*, *fax*, etc.), informando, se o caso, o valor da fiança (arts. 289, § 1º e 299, *caput*, do CPP).

Comunicação da prisão: deve ser feita imediatamente ao Juiz, ao Ministério Público e à família do preso; no prazo de 24 horas exige-se também o encaminhamento do auto da prisão ao Juiz, ao Advogado indicado ou na ausência à Defensoria Pública (art. 306, *caput* e § 1º, do CPP).

Registro do mandado de prisão: em relação às formalidades, deve ser observado o seguinte (art. 289-A e §§ do CPP):

- o Juiz deverá registrar o mandado de prisão no CNJ;
- qualquer policial poderá cumprir, em todo território nacional;
- a prisão deve ser imediatamente informada ao Juiz do local do cumprimento,



que informa o CNJ, que informa o Juízo que a decretou;

- se o preso não informar o seu Advogado, deve ser comunicada a Defensoria Pública.

4.1.2. Prisão preventiva por conversão.

Está prevista clara e expressamente no artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (...).

Trata-se de análise judicial que decorre da situação de prisão em flagrante. Os autos da prisão em flagrante devem ser encaminhados ao juiz competente dentro de 24 horas (art. 302, *caput*, do CPP). Neste momento o juiz

analisa, em primeiro lugar, a possibilidade de conceder ao autuado a liberdade provisória, com ou sem fiança. Eliminada esta hipótese, passa a verificar sobre a substituição da prisão por medida(s) cautelar(es), que podem ser aplicadas, se mais de uma, de forma cumulativa. Sendo também “inadequadas” ou “insuficientes” estas outras medidas cautelares, restará a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nela não incidem, por falta de conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, prevista no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos para a conversão, bastando que se revelem “inadequadas” ou “insuficientes” as outras medidas cautelares previstas em Lei e presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

4.1.3. Prisão preventiva substitutiva.

Está expressamente prevista no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. (...)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) (NR).

Se o Juiz fixa alguma das demais medidas cautelares, e o agente comprovadamente a descumpre, seja cumulativa ou não, pode ser decretada, como medida cautelar substitutiva, a sua prisão preventiva.

Nesta, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do artigo 312, *caput*, do referido diploma legal. Entende-se que, apesar de ter tido oportunidade de cumprir medida

cautelar diversa da prisão, o agente – intencionalmente – deixou de cumpri-la, perdendo a oportunidade de não receber prisão cautelar. Desta violação, que implica em perda de confiança do Juízo, decorre a decretação de prisão preventiva substitutiva como medida cautelar. E observe-se, para espantar dúvidas, que o dispositivo remete ao artigo 282, § 4º, e não faz nenhuma remissão (quando poderia fazê-lo) ao artigo 313, ambos do Código de Processo Penal, caso em que ensejaria a necessidade de obediência aos seus incisos.

4.1.4. Prisão preventiva utilitarista.

Trata-se de prisão cautelar por utilidade ao processo penal e para assegurar que ele incida sobre a verdadeira pessoa infratora, impedindo, por outro lado, a comum conduta de pessoas que se apresentam ao Distrito Policial com falsa identidade, fazendo recair a investigação e o processo penal sobre outrem. Está expressa no parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. (...)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR).

Nesta, a exemplo das prisões preventivas por conversão e substitutiva, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do artigo 312, *caput*, do mencionado diploma legal. Sendo os mesmos requisitos, são absolutamente diversas as suas circunstâncias. Não haveria qualquer sentido em se prescindir da prisão para infrações com penas máximas previstas até 4 anos,

deixando-se de lado as mesmas razões para outros delitos, quando o agente poderia, em todas as demais infrações, e só para elas, ainda que menos graves, falsear a sua identidade em detrimento de pessoas inocentes.

Um dos problemas que pode surgir com a denominada *prisão utilitarista*, *prisão para identificação* ou, anteriormente referida como *prisão para averiguações*, consiste no risco de tal forma de detenção perpetuar a chamada *prisão não documentada*, antes realizada à margem da lei por agentes policiais, e que foi bastante repudiada pela comunidade jurídica brasileira, diante da impossibilidade de seu controle. Pelo menos, anteriormente à edição da Lei nº 12.403/2011, seus números eram desconhecidos, em face da grande quantidade de pessoas marginalizadas, em especial, pela expansão urbana, como decorrência da migração interna e interestadual descontrolada, disparidades regionais econômicas, dificultando a estatística de tais dados, e que, na atualidade, ainda se mostram imprecisos.

Entendemos que, para o fim de se mapear a real situação do sistema penitenciário brasileiro, todos os registros referentes a quaisquer prisões provisórias deveriam ser rigorosamente efetuados, pondo-se fim à vetusta prática da chamada “prisão informal”, inclusive como forma de viabilizar a melhor adoção de políticas públicas, de remanejamentos de presos provisórios, conforme as condições de lotação e estrutura de delegacias e de centros de detenção provisória.

Desta forma, temos por certo que o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 12.403/2011, veio legitimar conduta investigativa – já, dantes, inserida informalmente na praxe da atividade policial – ora permitindo a ampliação de seu controle e devendo ser conjugada com a concomitante necessidade de se proceder ao registro das detenções para fins de identificação do suspeito de crime.

Em verdade, tivesse havido a sua eventual inserção no âmbito do instituto e disci-

plina da prisão em flagrante, necessariamente documentada, a exemplo de como se dá na sistemática processual penal alemã, tal sistematização poderia gerar maior segurança jurídica para os seus destinatários e higidez na sua conformação com vistas a justificar sua efetiva e útil aplicação.

4.2. Da prisão em flagrante.

A prisão em flagrante encontra-se inserida no âmbito da atividade jurisdicional cautelar. Ao receber o auto de prisão em flagrante (art. 310 do CPP), caberá ao Juiz, em 24 horas, analisando os autos e fundamentando:

I – determinar o relaxamento da prisão ilegal;

II – converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se preenchidos os pressupostos legais (art. 312 do CPP); *decretada pelo Juiz de ofício na instrução criminal ou a requerimento das partes durante a investigação criminal ou instrução criminal* (art. 311 do CPP);

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou uma das outras medidas cautelares restritivas de direitos, em substituição à prisão preventiva (arts. 310, parágrafo único, e 321 do CPP).

Com as alterações da Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser tratada como prisão provisória, cautelar – como o era na sistemática processual anterior, quando esta podia subsistir durante o curso do processo, se legal o flagrante – para, ora, se tornar uma simples medida de “captura” com duração não superior a 24 horas, devendo ser, após tal prazo, necessariamente analisada à luz das hipóteses anteriores.

Em suma, e com exceção da prisão preventiva propriamente dita (na forma autônoma), não se verifica, para a decretação das prisões cautelares suprarreferidas nenhum condicionamento aos requisitos previstos no artigo 313 desde que presentes os pressupostos do artigo 312, ambos do Código de Processo Penal.

Ademais, pela nova sistemática processual, apenas a prisão preventiva e a prisão temporária (que não restou alterada pela nova Lei) passaram a ser consideradas como autênticas prisões provisórias ou medidas cautelares restritivas de liberdade.

4.3. Da prisão domiciliar.

A prisão domiciliar, parcialmente reformulada pela Lei nº 12.403/2011, encontra-se prevista como instituto distinto da prisão preventiva e fora do Capítulo III do Título IX em que esta última se insere, mais se assemelhando, tecnicamente, à medida cautelar restritiva de direitos, do que à detentiva de liberdade, embora igualmente limitado o direito de locomoção do agente acusado ou investigado.

Ocorre que não houve, na sua configuração, idêntica prescrição quanto à necessidade de verificação dos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para que possa ser decretada e mantida, tal como se uma prisão preventiva fosse, até, porque, topograficamente destacada do capítulo destinado a esta última e aos requisitos para sua concessão, figura como medida detentiva autônoma.

Neste caso, e mesmo não se achando inserida no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, como medida cautelar restritiva de direitos, invariável a constatação de que a prisão domiciliar é e deve ser concebida como medida cautelar mais branda e, pois, sujeita às condições e requisitos genéricos previstos

para tal gênero, tendo-se em vista o binômio *adequação e necessidade*, e sem absoluta vinculação aos referidos pressupostos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

5. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e restritivas de direitos.

O artigo 282 do Código de Processo Penal prevê, em seus incisos I e II, os *requisitos de admissibilidade* das medidas cautelares restritivas de direitos ou privativas de liberdade, pautados, essencialmente, na demonstração de sua efetiva *necessidade* para o êxito da investigação ou do processo penal, bem assim de sua *adequação* à “*gravidade do crime, suas circunstâncias e condições pessoais do indiciado*”, verificando-se, a partir de tais elementos, o seu cabimento e suficiência de uma ou várias delas.

Inicialmente, a jurisprudência dos tribunais superiores pouco valorava o elemento “gravidade do crime”, fosse esta de nível concreto ou abstrato, entendendo não se constituir em requisito suficiente à decretação da prisão preventiva.

Mitigando tal posicionamento, ainda em momento precedente à entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir e, propriamente, a condicionar a sua decretação, com base na demonstração, pela acusação, quando do pleito pela custódia preventiva, da gravidade concreta do fato criminoso, bem assim das circunstâncias em que o mesmo foi cometido pelo indiciado ou acusado, não bastando que, abstratamente, se tratasse de um tipo penal de conotação grave, como algum crime hediondo ou mesmo tráfico ilícito de entorpecentes. Neste caso, a prisão preventiva se justificava, desde que demonstrada a sua real necessidade e seu embasamento empírico, aliados aos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo insuficiente a mera explicitação textual de tais requisitos



(HC 92.069/RJ, HC 86748/RJ, HC 91.729/SP, HC 86755/RJ, HC 90.862/SP), e considerando-se, ademais, a excepcionalidade da prisão cautelar.

Neste sentido, merecem destaque importantes julgados do STJ que rechaçam a fundamentação de prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito, dentre os quais podemos ressaltar:

(...)

IV - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007).

V - A Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou,

ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007)

(...)

(STJ, HC 145741/SP, *Habeas Corpus* 2009/0167206-7, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, 19.4.2010)

Como condição pessoal do agente, igualmente, o STF já vinha considerando a periculosidade concreta, como forma de justificar a necessidade da custódia antecipada (STF – HC 89.266/GO, 1ª T., DJU de 28/06/2007; HC 86002/RJ, 2ª T., DJU de 03/02/2006; HC 88.196/MS, 1ª T., DJU de 17/05/2007; HC 90.464/RS, 1ª T., DJU de 04/05/2007; HC 89501/GO, 2ª T., DJU de 16/03/2007; HC 90.862/SP, 2ª T., DJU de 27/04/2007).

Iniciou-se, a partir daí, a tendência jurisprudencial no sentido de afastar a *gravidade abstrata* (STF – HC 90858/SP, HC 90162/RJ), bem assim a *periculosidade presumida* (STF – HC 90471/PA, HC 90726/MG, HC 89266/GO, HC 86002/RJ, HC 88608/RN, HC 88196/MS, HC 86755/RJ, HC 84480/SP).

Embora não previsto expressamente, verifica-se que o princípio da proporcionalidade tornou-se vetor indispensável na eleição da medida cautelar adequada à conduta incriminada, seja ela restritiva de direitos ou privativa de liberdade, sendo este, no Brasil, fruto de uma evolução legislativa, e que, intrinsecamente, emerge como princípio consagrado nos incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal.

Nesta esteira, o próprio STJ passou a exigir, para a decretação da prisão preventiva, a indicação da efetiva gravidade do fato e das circunstâncias de seu cometimento, a justificar o recolhimento cautelar do agente conforme resultasse risco de maior ou menor insegurança social, inclusive, levando em conta a sua efetiva periculosidade. Desta forma, até o advento da Lei nº 12.403/2011,

já vinha entendendo aquela Corte acerca da necessidade de se extrair, de dados concretos dos autos, aqueles que denotavam fatos de extrema gravidade vinculando a conduta do agente ao tipo penal que lhe fosse imputado, como, por exemplo, apreensões de elevada quantidade de drogas em seu poder. A tanto, aliava-se, ainda, a presença ou não do elemento periculosidade do agente, sendo que sua segregação cautelar deveria, estar, lógica e necessariamente, atrelada a tal condição pessoal. Confira-se:

I. Exige-se concreta motivação para a decretação da custódia preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II. A mera alusão a requisito legal da segregação cautelar, sem apresentação de fato concreto determinante não pode servir de motivação à custódia cautelar.

III. Não se presta para fundamentar a prisão preventiva a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente.

(STJ, HC 60305/SP, *Habeas Corpus* 2006/0119150-4, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DOE de 09.10.2006)

Em suma, mesmo anteriormente à Lei em comento, a mesma jurisprudência vinha aumentando, de forma mais criteriosa, o controle sobre a decretação da prisão preventiva, como medida cautelar extrema a ser adotada, ao exigir, igualmente, que os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal fossem empiricamente demonstrados, de forma a justificar que o indivíduo, indiciado ou acusado, permanecesse, cautelarmente, no cárcere.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, deu-se a consolidação de semelhante entendimento, apontando-se, para fins de concessão de toda e qualquer medida cautelar, a necessidade de demonstração da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282), devendo prevalecer à imposição da custódia preventiva a sua substituição por medidas

restritivas de direitos menos gravosas ao réu, desde adequadas e suficientes. Corroborando esse entendimento, destaca-se o seguinte acórdão do STJ:

(...)

2. A prisão cautelar somente é devida se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese, o magistrado teceu considerações abstratas no *decisum* impugnado, sem comprovar a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da medida cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua imposição, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, restando a prisão amparada, tão somente, na gravidade do delito, na alusão genérica à possibilidade de risco à instrução criminal, bem como em conjecturas acerca de suposta periculosidade do réu.

4. Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, no sentido de que "(...) a mera opinião do julgador sobre a gravidade do delito também não serve como fundamento a autorizar a medida constritiva da liberdade" (HC 42.303/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe de 03/08/2009.)

(...) Precedente.

6. Outrossim, não há notícias nos autos de que o réu tenha se envolvido em outros atos delitivos de qualquer natureza.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para cassar a decisão que indeferiu a liberdade provisória ao Paciente, sem prejuízo de que outras medidas cautelares sejam adotadas pelo Juízo condutor do processo, conforme ressaltado no voto.

(STJ, HC 206868/SP, *Habeas Corpus* 2011/0110828-2, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJE de 22.9.2011)

Inclusive, a previsão dos requisitos de admissibilidade das medidas cautelares,

no artigo 282 do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, abarcou, visivelmente, a concepção da proporcionalidade, para garantir a sua legitimação dentro da investigação ou do processo penal, segundo se revelem efetivamente indispensáveis e adequadas à conclusão dos procedimentos penais em curso, e tornando a prisão cautelar como a mais excepcional das medidas, principalmente, em relação a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (STJ, HC 145745/SP, *Habeas Corpus* 2009-0167222-1, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJE 24.10.2011).

Trata-se de um dos pontos favoráveis da referida lei que imprimiu maior rigor aos critérios para a decretação da prisão preventiva, bem assim de outras medidas cautelares.

Ainda com a preocupação de regular eventuais excessos na aplicação dos incisos autorizadores da prisão preventiva, a lei processual penal, com as alterações advindas, previu a possibilidade de o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, assistente ou querelante, revogar a medida cautelar ou substituí-la, quando verificar a falta de motivo para que subsista (art. 282, § 4º, do CPP).

Fundamental que tal juízo seja exercido de forma permanente e renovada, durante todo curso da investigação e do processo penal, como forma de se legitimar a escolha da

medida cautelar ao agente a aos fatos que lhe foram imputados.

6. Conclusão

A nova lei prestigiou o princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares, inclusive para melhor nortear a decretação de prisões provisórias, a serem eleitas como alternativas apenas em caso de inadequação de quaisquer outras medidas restritivas de direito, ora disponibilizadas pelo sistema processual penal brasileiro. Decorre, daí, a perspectiva de um maior controle judicial na sua decretação.

Prematura, porém, mostra-se a análise do quociente de eficácia que a presente lei já revelou em seus resultados em termos de redução na escalada da criminalidade, em especial pela ausência de dados sobre a eventual reiteração de práticas delitivas por centenas de ex-detentos provisórios beneficiários de liberdade provisória, por serem autores de crimes cujas penas abstratamente previstas estavam aquém do limite mínimo fixado para a decretação da prisão preventiva.

Ideal seria o acompanhamento estatístico desses efeitos e das condutas delitivas de pessoas naquelas condições, como forma de se aferir sua eventual reiteração ou reincidência, antes e depois do advento da Lei nº 12.403/2011, como parâmetro para futuro aperfeiçoamento da legislação processual penal.

Freud, a justiça e a física



Fabíola Queiroz

Juíza Federal.

Ao longo da história ocidental, o ser humano tem buscado filosofias que sirvam de fundamentos para as regras que criou com o intuito de viver em sociedade, ou seja, fundamentos para a própria noção de justiça. Os fundamentos efetivamente utilizados ou apenas propostos ao longo desse tempo vão desde a justiça baseada em uma lei divina, passando por uma justiça fundada em uma moral laica até uma noção de justiça totalmente desvinculada de qualquer valoração moral. Essa última é o que se tem buscado atualmente.

Um livro lançado em época recente e que tem feito sucesso entre profissionais do Direito discorre exatamente sobre isso: qual o fundamento filosófico mais adequado para servir de base para a edição de normas reguladoras da vida humana. O nome do livro, tal como lançado em inglês, é “Justice: what’s the right thing to do?”. No Brasil foi traduzido como “Justiça: o que é fazer a coisa certa?”. Seu autor é Michael Sandel, filósofo político norte-americano, famoso pelo curso “Justice”, ministrado por ele na Universidade de Harvard.

Este texto visa traçar um paralelo entre esse livro, as idéias desenvolvidas por Sigmund Freud em “Civilization and its discontents” e a física, na tentativa de explicar, ainda que superficialmente, o que a filosofia deixou de fora e, por isso, não tem muitas chances de

atingir o objetivo pretendido: fundamentar as normas que regulam as relações humanas.

Na tentativa de se buscar uma filosofia que possa servir de fundamento hoje, Michael Sandel, questiona se é possível desvincular a noção de justiça da moral. Elenca os fundamentos morais e filosóficos utilizados na nossa convivência em sociedade e as situações nas quais a aplicação incondicional de cada um deles faz com que nos vejamos frente a frente com o injusto e o absurdo. Analisa a filosofia dos utilitaristas, de Jeremy Bentham, dos libertários, de Kant, de Aristóteles, de John Rawls, de Ronald Dworkin, as ações afirmativas para, ao final, expor sua conclusão.

Inicia falando sobre os utilitaristas, seguidores do filósofo político Jeremy Bentham (1748–1832), os quais defendiam que as regras devem ser moldadas mediante um critério de custo e benefício, devendo prevalecer a que trouxer mais felicidade a maior número possível de pessoas. O princípio fundamental da moralidade dos utilitaristas é maximizar o nível de felicidade, devendo o prazer se sobrepor à dor. Jeremy Bentham negava a existência de direitos naturais que considerava “bobagem sobre muletas”.

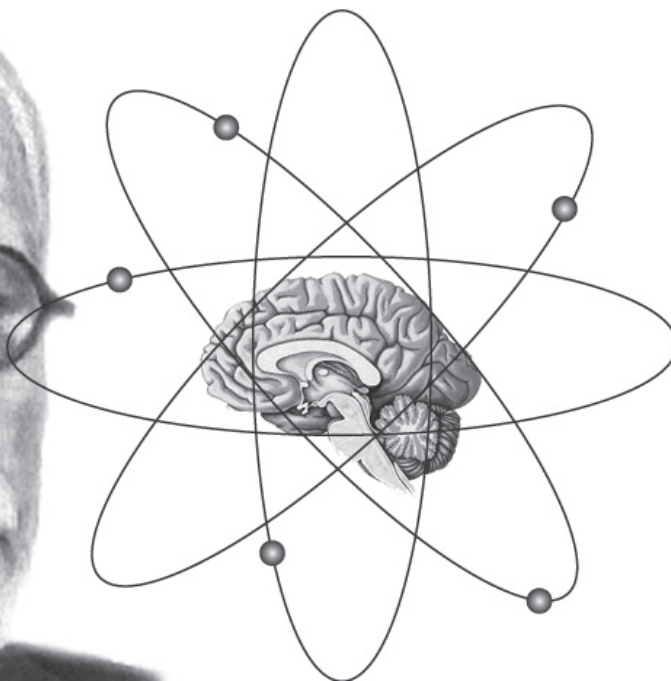
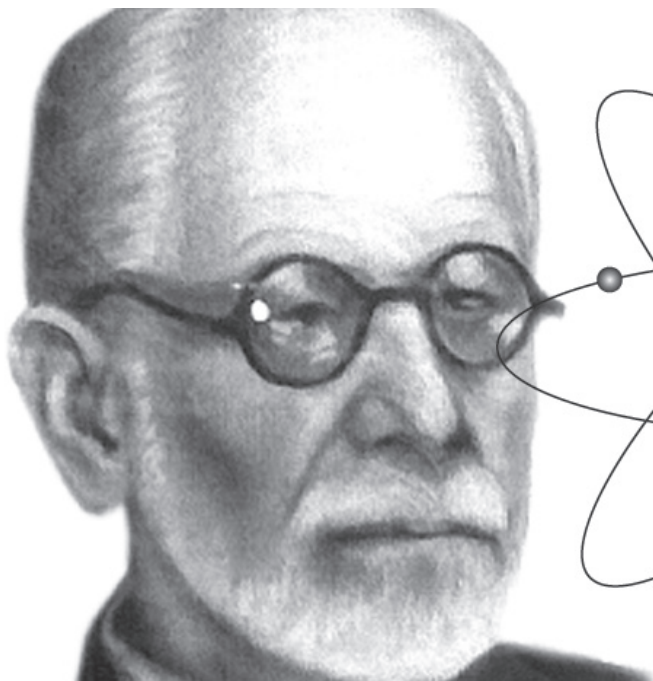
O objetivo é a busca da felicidade maior, ainda que provoque infelicidade em menor escala. A coisa certa a fazer é sempre maximizar a utilidade: tudo aquilo que produz

prazer ou felicidade de um lado ou, então, dor ou sofrimento do outro lado. A felicidade a ser levada em conta é a da comunidade como um todo – assim entendida como a soma dos indivíduos que a compõe – ainda que às expensas do sofrimento de uma minoria.

O livro oferece exemplos do que pode ocorrer se as idéias dos utilitaristas forem aplicadas irrestritamente: na Inglaterra, em 1884, três marinheiros náufragos e um rapazinho de cabine ficaram à deriva em alto-mar em um pequeno bote. Para sobreviver, os marinheiros mataram o rapazinho órfão, que ficou doente após beber água do mar, a fim de comerem sua carne e beberem sangue e, dessa forma, sobreviverem. Quando são resgatados e levados à Inglaterra, são processados e condenados por homicídio. Para os utilitaristas, não teria havido crime algum, pois a felicidade da maioria (os marinheiros) foi maximizada em detrimento da felicidade da minoria (o rapazinho). Agiram pensando no bem maior, pois o rapazinho estava doente, era órfão (não haveria ninguém para sofrer por ele), enquanto os demais tinham família e estavam em maioria. Sua morte permitiu a felicidade da maioria.

Outro exemplo: um carrinho sem freios desce uma rua onde estão cinco pessoas trabalhando de um lado e uma pessoa do outro. Se o motorista o virar à esquerda, matará uma pessoa e, à direita, matará cinco. O motorista do carrinho terá que optar em matar cinco pessoas ou matar uma só. A resposta, a princípio óbvia, seria: matar uma pessoa provocará um mal menor do que matar cinco. Na mesma situação do carrinho sem freios descendo a rua, um observador em uma ponte sobre o local o vê chegando, assim como a possibilidade de que mate cinco (nesse caso o carrinho está desgovernado). Olhando ao lado, o observador vê um homem pesado. O observador agiria corretamente se atirasse o homem da ponte (matando uma pessoa) para barrar o carrinho e evitar a morte de cinco? Sim, de acordo com os utilitaristas, pois tal atitude provocaria um bem maior do que deixar o carrinho matar cinco.

Como o próprio nome, por si auto-explicativo, diz, os libertários fundamentam sua filosofia na liberdade do ser humano: o ser humano é livre para dispor de si e de seus bens como melhor lhe convier não podendo, seja quem for, inclusive o governo, interferir



nessa liberdade. São contra impostos ou quaisquer limitações nos contratos de trabalho, por exemplo. Os governos devem se restringir a proteger seus cidadãos de roubos e atentados contra a propriedade.

A título de exemplificar o que a liberdade aplicada em relações comerciais e levada às últimas consequências poderia fazer, Michael Sandel narra o seguinte: após a passagem de um furacão nos Estados Unidos, empresas estavam cobrando US\$ 20.000 para retirada da árvore do telhado de uma casa e postos de gasolina cobravam US\$ 10 por dois saquinhos de gelo.

Para os libertários, não há nada errado nessas condutas. A passagem do furacão aumentou a demanda, o que elevou o valor dos serviços e bens. A médio prazo, o preço alto permitiria a vinda de outros fornecedores, que se sentiriam incentivados exatamente por causa desse fator. Ao final, o preço estaria equilibrado: trata-se da lei do livre mercado em sua forma mais pura.

As idéias desenvolvidas pelos libertários, assim como as defendidas pelos utilitaristas, se aplicadas sem restrições, podem levar a situações nas quais as pessoas estariam autorizadas a vender seus órgãos ou até mesmo a praticar canibalismo (como ocorreu na Alemanha, em que um homem concordou em ser morto e literalmente comido por outro), pois poderiam dispor livremente de seu corpo, uma vez serem donas absolutas de si mesmas.

Como contraponto a essas duas linhas filosóficas, Michael Sandel passa a analisar as idéias de Kant, que relaciona política com moralidade, e sua tentativa em demonstrar a existência de uma lei moral inerente ao homem, mas não transcendente a ele, como seria se a moralidade viesse de Deus.

Kant nasceu na antiga Prússia em 1724 e morreu em 1804. Defendeu a idéia de que o ser humano é um fim em si mesmo pelo fato de ter a capacidade de raciocinar. Qualquer ato que coloque o ser humano em condição de um meio para um fim passa a ser moralmente

errado. Sob esse raciocínio, empurrar o homem pesado da ponte, para impedir que o carrinho sem freios mate cinco pessoas que estão na rua embaixo, é moralmente errado porque o homem é um fim em si mesmo e, nesse caso, estaria sendo utilizado como um meio. O assassinato do rapazinho no bote à deriva na Inglaterra do século XIX, para permitir a sobrevivência dos companheiros, também seria moralmente errado. O ser humano não pode ser um meio para nenhum fim, ainda que o fim seja nobre e vise ao bem: se minha mãe está muito doente no hospital e meu irmão morre, não posso poupá-la da notícia pois estaria usando-a como um meio, ainda que esse meio vise ao bem dela mesma.

Kant também atrela a idéia de liberdade à lei moral: se agimos para satisfazer um desejo cuja fonte é externa a nós, não estamos agindo de forma livre. A liberdade só ocorreria se nos sujeitássemos a uma lei moral à qual aceitamos obedecer e não a impulsos ou estímulos externos.

Michael Sandel fala, também, sobre John Rawls, filósofo político norte-americano que viveu entre 1921 e 2002. Ele defendeu em seu livro "A theory of justice" que a melhor maneira de se pensar a respeito da justiça é nos perguntarmos quais princípios nós concordaríamos em uma situação inicial de igualdade. Além da igualdade, esses princípios deveriam ser escolhidos pelas pessoas em uma situação de ignorância temporária sobre sua origem, raça, *background* social, educação e situação econômica. Tal ignorância impediria que escolhêssemos princípios que nos favorecessem ou rejeitássemos os que nos prejudicassem: se venho de uma família rica e influente, não escolherei um princípio que pregue a tributação maior dos ricos para efetuar uma distribuição aos mais pobres; se venho de uma família pobre, não irei querer um princípio de livre mercado, pois, nesse caso, minhas chances de sucesso são escassas.

A grande crítica que se faz a essa filosofia é que essa "ignorância" não tem como ser atingida na realidade.

O livro discorre, também, sobre as chamadas ações afirmativas: regras destinadas a incluir membros de minorias em universidades ou outras instituições, como as cotas para negros no Brasil e para negros e hispânicos nos Estados Unidos. Elenca dois fundamentos para sua defesa: corrigir as discrepâncias constatadas nos Estados Unidos entre os resultados dos testes dos alunos brancos e os das minorias, e compensar danos causados por erros passados, principalmente a discriminação que as pessoas destes grupos minoritários sofreram.

Pessoas submetidas a exames admissionais ou a testes de conhecimento, como o SAT nos Estados Unidos, teriam seus direitos violados porque o critério utilizado pelas universidades deveria ser apenas o mérito e não outro, como raça ou origem? Um filósofo com uma orientação para a direita chamado Ronald Dworkin disse que não. O uso de raça para admissão de uma pessoa não viola direito algum, pois qual direito estaria sendo violado? O direito a ser admitido apenas pelo mérito em qualificações acadêmicas? Seria

correto se esse fosse o único critério utilizado pelas universidades, o que não é o caso. Os critérios, para ele, são fixados considerando a missão da universidade.

Para consideração da justiça das ações afirmativas – e aqui se trata de discutir a justiça e não a legalidade delas – e utilizando o critério proposto por Ronald Dworkin (missão), Sandel argumenta que seria preciso saber qual a missão da instituição, o que não é simples. A Faculdade de Direito da Universidade do Texas, quando questionada sobre a quota para alunos negros e hispânicos que deixara de lado uma estudante branca com percentual maior em testes de conhecimento acadêmico, respondeu que seu objetivo era formar advogados pertencentes a etnias na mesma proporção das que compõe aquele Estado. Se o único critério de admissão fosse o mérito, porém, a candidata branca teria sido admitida.

Sandel faz duas ressalvas caso se pretenda utilizar a missão como critério: se a missão da universidade, por si só, for o único critério a ser considerado, a admissão de um candidato cuja família doou milhões para a construção de uma biblioteca no campus seria justa, pois qualquer universidade necessita de dinheiro para cumprir sua missão, seja ela qual for.

A outra é o fato de que a missão da universidade é não comercial. Vender vagas a filhos de famílias ricas, independentemente do mérito, pode subverter, a médio e longo prazo, o próprio prestígio da universidade, pois a melhor formação possível sempre vai depender, ainda que em parte, da capacidade, disciplina e dedicação de quem está sendo formado. Aceitando alunos exclusivamente porque a família é rica, a universidade corre o risco de aceitar alunos medíocres.

A fim de analisar qual seria a missão das instituições, Michael Sandel passa a falar das idéias de Aristóteles.

Para esse filósofo, com o intuito de sabermos a maneira justa de estabelecer



critérios, precisamos, em primeiro lugar, determinar a natureza e propósito daquilo para qual o critério será estabelecido.

Justiça, para ele, era: 1) teleológica: qual o fim, o propósito ou natureza essencial da prática social e 2) honorífica: discutir sobre o fim de uma prática é discorrer, pelo menos em parte, sobre quais virtudes deveriam ser honradas e recompensadas.

Justiça seria, então, dar a cada um o que lhe pertence e honrar a pessoa pelas qualidades que ela possui e merecem ser recompensadas. A questão é: o que pertence a cada um? A resposta depende do que está sendo distribuído. O exemplo do livro de Michael Sandel é a distribuição de flautas. As flautas devem ser distribuídas aos melhores flautistas, independentemente de raça, nascimento, posição social, situação financeira, porque é para isso que servem as flautas: serem bem tocadas.

Levando esse raciocínio para a vida política, Aristóteles diz que a justiça da atividade política depende do seu fim, do seu propósito. E o propósito da política, para ele, é formar bons cidadãos e cultivar um bom caráter. Se a política não tiver esse fim, será apenas uma aliança e a lei se tornará um mero acordo, uma garantia dos direitos de uns contra os outros.

A pólis, para ele, antecede ao homem e suas instituições não têm apenas o fim de garantir a paz mútua e facilitar a troca. Essas são condições necessárias, mas não são tudo. O fim da pólis é a garantia de uma vida boa e a formação de bons cidadãos. Além disso, permite a busca da felicidade, que, para ele, seria o prazer nas coisas boas.

O bom político seria aquele, então, com as melhores qualidades e que merece ser elevado a esta posição pois a vida política tem, ainda, o objetivo de honrar os merecedores.

Aristotle's vision of citizenship is more elevated and strenuous than ours. For him, politics is not economics by other

means. Its purpose is higher than maximize utility or providing fair rules for the pursuit of individual interests. It is instead, an expression of our nature, an occasion for the unfolding of our human capacities, an essential aspect of the good life.¹

Michael Sandel, já no final do livro, diz ter chegado à conclusão de que liberdade de escolha, ainda que em condições justas, não é um fundamento adequado para uma sociedade justa. Conclui, também, não ser possível encontrar nossos direitos e deveres sem levar em conta questões morais, ao contrário da filosofia política moderna que tenta encontrar um fundamento moralmente neutro para as nossas regras.

As idéias dos libertários caem por terra se verificarmos que temos uma série de obrigações para com nossa família, comunidade, cidade, país e que não foram aceitas pela nossa vontade. Essas obrigações fazem com que, em questões de solidariedade, auxiliemos primeiro nossa família, cidade, país, deixando os demais em segundo plano. O livro cita o exemplo de um pai que vê duas crianças se afogando e tem a oportunidade de salvar apenas uma delas, que é seu filho. E é esse que ele salva. Jamais seria moralmente condenado por isso. E questiona: como conciliar o peso moral da comunidade com o objetivo de ser livre do ser humano?

Para tentar obter uma resposta, passa a falar das idéias de Alasdair Macintyre, cujo livro "After virtue", de 1981, descreve o ser humano como personagem de uma narrativa na qual se relaciona com outras pessoas e

1 SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* Penguin, 2009, Kindle edition.

A visão de cidadania de Aristóteles é mais elevada e árdua do que a nossa. Para ele, política não é uma outra forma de economia. Seu propósito é mais elevado do que maximizar a utilidade e prover regras para a persecução de interesses individuais. É, ao invés, uma expressão de nossa natureza, uma ocasião para o desdobramento de nossas capacidades humanas, um aspecto essencial da vida boa. (tradução da autora)

outras histórias. E, ao longo dessa narrativa, que é a vida, mesmo não se sabendo o que vai acontecer a seguir, percebe-se que tem uma determinada forma que se projeta no futuro. Esta concepção não se concilia com o individualismo típico dos libertários, pois preciso colocar minha vida dentro do contexto das histórias mais amplas com as quais ela está relacionada: família, comunidade, país, etc. para que minha história tenha sentido e sem que essa escolha seja uma opção minha. As idéias libertárias destacam o indivíduo do contexto em que ele se encontra.

Michael Sandel termina concluindo não ser possível – e, sendo possível, não é desejável – desvincular a moral do debate político. Conclui que o utilitarismo reduz tudo a números, os libertários desconsideram o aspecto moral e acaba por se inclinar a favor da filosofia da procura pela boa vida. Entende que a melhor forma de se viver em sociedade é o resgate dos espaços e instituições públicas onde pessoas de origens econômicas e sociais diferentes possam interagir, pois a divisão entre as classes sociais, que aumenta nos Estados Unidos, termina por separar os pobres e ricos em mundos que não se comunicam. Tal ocorre porque os ricos acabam por viver em condomínios fechados, colocar seus filhos em escolas privadas exclusivas e frequentar clubes privados de acesso restrito. Resolvem o problema do transporte público adquirindo um segundo e/ou terceiro carros e não têm interesse em qualquer tipo de melhora em qualquer serviço público (transporte, saúde, escolas) porque não os utilizam. Já os pobres são obrigados a utilizar o que está disponível, pois não lhes resta outra alternativa. Assim, uma tributação de pessoas com dinheiro destinada a melhorar as instituições públicas permitindo a interação entre pessoas de origem e condições econômicas diferentes resolveria boa parte do problema.

Ao estudar o ser humano como ser primordialmente racional, e tentando conciliar a vida em sociedade com a liberdade e a felicidade, a filosofia deixou de lado aspectos

mais fortes do que a própria razão, contra os quais nem a própria razão tem chances de vitória, inviabilizando o encontro de soluções exclusivamente filosóficas para os conflitos humanos. Como disse Brian Greene em seu sensacional “O universo elegante”: *os três golpes no orgulho humano foram aprendermos com Copérnico que a Terra não é o centro do Universo, com Darwin, que o homem desce do macaco e, com Freud, que a razão não é senhora nem dentro de sua própria casa*. Deixou de lado, também, as diferenças entre as situações corriqueiras e situações extraordinárias.

Para poder discutir as questões levantadas por Michael Sandel, passo a falar de um outro livro: “Civilization and its discontents”, de Sigmund Freud, publicado em 1930, originariamente em alemão, com o título de “Das unbehagen in der kultur”.

Sigmund Freud dispensa apresentações: criador da psicanálise, ciência utilizada para tratamento do psiquismo baseada na livre associação de pensamentos, interpretação de sonhos e atos falhos, ou “the talking cure” (a cura pela fala, em tradução livre), como era conhecida ainda durante sua vida.

Nasceu em 06 de maio de 1856, no então Império Austro-Húngaro, e faleceu em 1938, em Londres. “Civilization and its discontents” foi escrito em 1930, quando a psicanálise já era mundialmente estabelecida como ciência e ele já havia revisto vários conceitos desenvolvidos ao longo de sua carreira como psicanalista. Peter Gay, um de seus biógrafos, considera o livro como um resumo de toda a psicanálise. Com esse livro, Freud tentou levar a psicanálise a nível mundial, sem perder de vista o ser humano como indivíduo.

Nele, defende a idéia de que o objetivo do ser humano é a busca da felicidade, consistente na busca do prazer, assim entendida a atividade de buscar situações reputadas agradáveis e evitar situações consideradas desagradáveis. Essa busca foi denominada por ele de princípio do prazer. O bebê não faz

distinção entre si próprio e o mundo. Mas, com o tempo, vai descobrindo que existe uma realidade que o transcende e que pode lhe provocar sensações desagradáveis ou impedi-lo de obter as sensações agradáveis, seja pela própria impossibilidade desta obtenção, seja por não querer assumir as consequências de buscá-las.

As sensações desagradáveis teriam três origens distintas: o poder superior da natureza, a fragilidade de nossos corpos e a inadequação das instituições que regulamentam as relações das pessoas entre si, com a família, o Estado e a sociedade.

Para Freud, as pessoas tentam controlar os desejos de formas diversas. Uma dessas formas é a prática de métodos orientais tais como o ioga, que vão à fonte dos impulsos que nos fazem querer satisfazer nossos desejos. Ou, ainda, tentam controlá-los por meio de autoridades psíquicas internas. Há, finalmente, o que ele chamou de sublimação: a transformação do desejo que não pode ser satisfeito em coisas tais como obras de arte: pintura, música, dança, escultura.

Ele constata que as tribos primitivas não têm as restrições a nós impostas e chegou à conclusão de que a civilização é uma causa de infelicidade ou, como o próprio título do livro diz, de mal-estar. Por civilização entende a soma das conquistas e instituições que nos distingue dos nossos ancestrais animais.

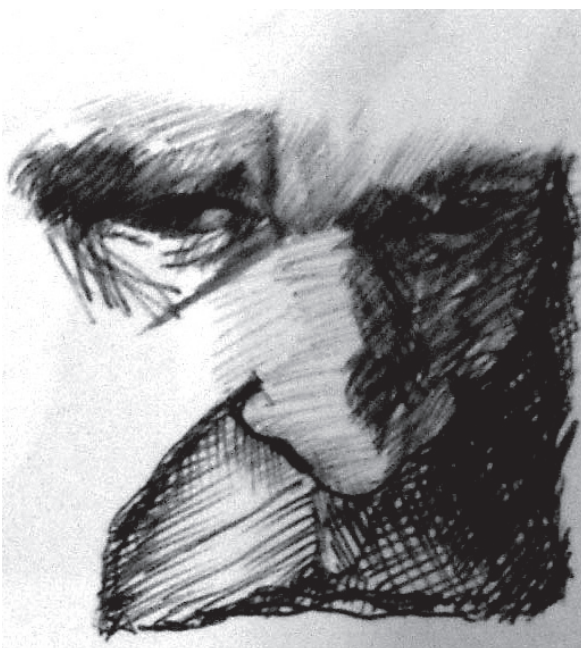
As descobertas tecnológicas com todos os avanços obtidos não aumentaram a quantidade de prazer que se pode esperar da vida nem fizeram as pessoas mais felizes. Os

prazeres obtidos com os avanços tecnológicos são efêmeros e apenas atenuam desprazeres provocados pela própria tecnologia: o telefone permite que se fale com alguém que viajou para longe e de quem se sente saudades, mas, se não fosse o avanço tecnológico que permite viagens a longas distâncias, não haveria necessidade do telefone. Em outras palavras, os confortos e facilidades trazidos pela tecnologia, solucionaram problemas criados pela própria tecnologia, não tendo, de forma alguma, aumentado a felicidade nem diminuído a infelicidade. Freud compara o

prazer obtido com a tecnologia ao prazer que se tem, em uma noite, fria, de tirar a perna por debaixo do cobertor por alguns minutos.

A civilização tem a dupla função de nos proteger contra a natureza e regulamentar nossas relações mútuas. Essa última é o passo decisivo para a civilização: a regulamentação das relações sociais mediante a substituição do poder individual pelo poder da comunidade. Seus

membros aceitam se restringir na sua busca pelo prazer, às expensas da própria busca da felicidade. Passam a reprimir seus impulsos e a renunciar à realização de seus desejos. Fixada a repressão aos desejos e impulsos, o próximo passo para a civilização é o estabelecimento de uma justiça, aqui entendida como a certeza de que a ordem legal, uma vez estabelecida, não será violada novamente em favor de um único indivíduo e de que ninguém será obrigado a reprimir seus desejos mais do que o outro. Não se questiona o valor ético de um tal sistema de regras. O importante é que o objetivo final seja um sistema de regras em que cada um dos



membros da comunidade tenha contribuído abrindo mão da realização de parte de seus desejos e que não permita que ninguém se torne vítima da força bruta.

Por isso o estabelecimento de regras na civilização se torna fundamental, seja na forma de leis, códigos morais, religiosos ou meros costumes.

As regras fixam as limitações impostas a cada um na satisfação dos desejos e realização de impulsos assim como na sua busca pelo prazer, seja buscando situações prazerosas ou evitando sensações desagradáveis. Determinam, também, punições para quem, nessa busca, não se exime da realização de seus desejos. A civilização trouxe restrições à liberdade e a justiça dela decorrente exige que ninguém será eximido dessas restrições. O direito que surge aí, pode-se afirmar, é aquele entendido como instrumento de pacificação social.

Porém, surge no ser humano a necessidade de retomar a liberdade que ficou restrita com a civilização, necessidade essa que acaba por se voltar contra a própria civilização. E é nessa busca pela liberdade perdida que começam os conflitos e são esses conflitos que as correntes filosóficas tentam solucionar.

Much of mankind's struggle is taken up with the task of finding a suitable, that is to say a happy accommodation, between the claims of the individual and the mass claims of civilization.

It's impossible to overlook the extent to which civilization is built up in renunciation, how much it presupposes the non-satisfaction of powerful drives or some other means.²

2 FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. Penguin Modern Classics, 2002, Kindle edition.

A maior parte da luta da humanidade é lidar com a tarefa de encontrar uma acomodação adequada, ou melhor, feliz, entre as demandas do indivíduo e as demandas em massa da civilização.

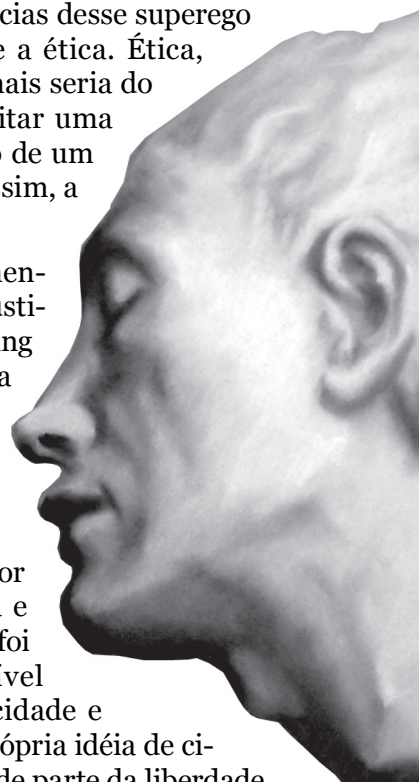
É impossível negligenciar a extensão na qual a civilização foi construída em renúncia, o quanto pressupõe a não satisfação de impulsos poderosos ou outros meios. (tradução da autora)

A civilização pressupõe a diminuição na liberdade e na felicidade do indivíduo. O homem civilizado trocou parte de suas chances de felicidade e sua liberdade por uma certa quantidade de segurança.

Assim como defendeu a existência de uma entidade psíquica que nos controla e nos censura, não permitindo a realização de todos os desejos, entidade a quem denominou superego, Freud defendeu, também, a existência de um superego cultural na vida em civilização. Dentre as exigências desse superego cultural, encontra-se a ética. Ética, na visão dele, nada mais seria do que uma forma de ditar uma restrição à realização de um desejo permitindo, assim, a vida em sociedade.

Os questionamentos existentes em “Justice: what’s the right thing to do?” adquirem uma nova perspectiva se confrontados com o teor de “Civilization and its discontents”.

A civilização, por sua própria natureza e motivos pelos quais foi criada, é incompatível com a busca da felicidade e com a liberdade. A própria idéia de civilização é abrir mão de parte da liberdade em troca de segurança. Daí não ser possível viver em uma civilização onde a liberdade seja absoluta. Só para citar um exemplo caro aos libertários, defensores da liberdade irrestrita: o direito de se pagar um salário qualquer, por mais ínfimo que seja, sem qualquer influência governamental e sem um salário mínimo fixado oficialmente, desde que ambas as partes – empregador e empregado – estejam de acordo, não vai garantir a segurança para a qual a própria civilização foi criada. A situação de miséria pode levar, como normalmente leva, à prática de crimes ou à revolta.



No mesmo raciocínio, a incidência de impostos com o objetivo de custear meios para garantir a segurança e custear benefícios sociais para quem deles precisa, por causa de situação de miséria é, em última análise, a concretização do fato de que o ser humano abre mão, ainda que em parte, da liberdade na realização de seus desejos, em troca de segurança. Segurança essa que se apresenta de várias formas mas, em regra, principalmente segurança física e financeira.

A fixação de impostos para permitir que o governo instituído pela civilização garanta a segurança, tanto mantendo a força policial quanto redistribuindo a renda mediante serviços sociais e benefícios, influenciando na fixação de salários e no próprio exercício da atividade econômica, não tem qualquer intuito moral ou benemérito mas, tão e unicamente, permitir a vida em sociedade mediante a fixação de freios na liberdade em busca da realização dos desejos e na procura da felicidade. Restringe a liberdade de contratar e de usufruir o dinheiro de quem contrata? Com certeza. Mas essas restrições são corolário da própria idéia de civilização.

Partindo das premissas levantadas por Freud, de que a civilização foi criada exatamente para reprimir os impulsos na realização dos desejos na busca da felicidade, limitando, portanto, tanto esta última quanto a liberdade, as questões filosóficas levantadas no livro “Justice: what’s the right thing to do?” não são passíveis de solução apenas no âmbito da filosofia: não adianta discutir qual a melhor filosofia para conciliar a vida em sociedade com a liberdade e a felicidade, se a criação da sociedade pressupõe limites a ambas.

As idéias utilitaristas também esbarram no conceito de civilização de Freud. Para os utilitaristas, a filosofia que deveria fundamentar nossas realizações é orientada pela maximização da utilidade na busca da felicidade da maioria, ainda que em detrimento da felicidade de uma minoria. A incompatibilidade se dá

porque a criação da civilização implica exatamente na diminuição da felicidade. Freud diz que a busca ocorre na realização dos desejos e na procura pelo prazer e a civilização impede que realizemos todos os nossos desejos, pois pressupõe a troca da liberdade pela segurança.

Ou seja, não é possível a concomitância da felicidade e da civilização como desejam os utilitaristas, ainda que em detrimento da minoria.

Também não se pode cogitar de uma sociedade onde vigorem os princípios libertários, pois a própria idéia de civilização é contrária à liberdade total: a humanidade criou a civilização para poder viver em paz relativa, trocando parte de sua liberdade por uma certa segurança. Não é possível uma civilização em que o governo não interfira na vida das pessoas de forma significativa, seja para coibir abusos, seja para punir quem os pratica. Sempre lembrando que, de acordo com Freud, por conta do princípio do prazer, o ser humano está sempre na busca de seus desejos, sejam eles conscientes ou não, e a civilização exige que boa parte deles seja reprimida.

Por isso que os exemplos do valor exorbitante cobrado para retirada da árvore que caiu no telhado após a passagem do furacão e do saquinho de gelo deixou as pessoas indignadas: sentiram-se vítimas da “força bruta” dos prestadores de serviço e dos vendedores. Nesse mesmo raciocínio, a teoria de livre mercado de Milton Friedman, baseada na idéia dos libertários, soa selvagem e errada: viola o senso de justiça decorrente da própria formação da civilização, na qual cada um abre mão da realização de parte de seus desejos com a condição de que os demais abram mão dos seus, em igual medida. De acordo com Freud, liberdade não é um dos atributos da civilização.

O ideal moral de Kant também não é possível de ser realizado em uma vida em sociedade. Kant atrela a idéia de liberdade à lei moral. Se agimos para satisfazer um desejo cuja fonte é externa, não estamos nos

comportando de forma livre. A liberdade só é real se agimos de acordo com uma lei moral à qual aderimos por nossa própria vontade. O problema surge quando se constata que nossos desejos normalmente não são de origem externa: vem sempre da nossa mente, seja da parte da qual somos conscientes, seja daquela da qual não temos consciência, e esses são a maioria. Além disso, nosso inconsciente é amoral: não moral, não imoral, apenas amoral. Por isso, uma lei moral vinda de fora, ainda que com ela concordemos racionalmente, não tem o condão de erradicar nossos desejos. Pode apenas reprimi-los. E isso é exatamente o que a civilização faz em busca de uma convivência mais ou menos pacífica. E uma lei moral com a qual eu concordo conscientemente, como preceitua Kant, sempre será refém da realização dos desejos inconscientes que, reprimidos, acabam por achar o caminho de volta.

Seria o conceito de civilização de Freud compatível com a pólis de Aristóteles? A resposta é não.

Para Aristóteles, o objeto da política é formar bons cidadãos e cultivar um bom caráter. Se a política não tiver esse fim, será apenas uma aliança e a lei tornar-se-á um mero acordo, uma garantia dos direitos de uns contra os outros.

Sob o ponto de vista da civilização como forma de convivência pacífica, mediante repressão dos desejos e punição para os infratores das regras, a política é exatamente isso: apenas uma forma de garantir os direitos de uns contra os outros. Nada além disso. Mesmo porque, a formação de bons cidadãos depende da vontade de cada pessoa em se tornar um bom cidadão, coisa em que os impulsos e desejos de cada um não têm nenhum interesse. Nossos desejos não sabem, sequer, o que seria se tornar um bom cidadão. Não transigem com algo imposto de fora. Por outro lado, não é possível considerar o ser humano como algo naturalmente bom. Como Freud mesmo disse, o grande erro dos comunistas foi partir do

princípio de que o homem é intrinsecamente bom, o que não é verdade.

O ideal de Aristóteles também deixa de lado a grande complexidade que é a mente humana, principalmente a parte inconsciente. Por isso sua idéia da pólis como promotora do bom e formadora de bons cidadãos não tem aplicabilidade: o objetivo da pólis e da civilização, decorrência dessa, é manter, ou pelo menos tentar manter, a paz social e não melhorar o caráter ou formar bons cidadãos.

Outro ponto de divergência importante entre Aristóteles e Freud é que o primeiro crê no homem como um ser social, feito para viver em sociedade. O segundo, porém, vê o homem como um ser que necessita viver em sociedade para maior segurança e não porque é um ser social. A sociedade é mera decorrência de sua necessidade de segurança. Mas essa convivência implica em menos liberdade e menos felicidade.

Para Aristóteles, a pólis, a cidade, antecede ao homem. Freud diz que não. O homem criou a pólis, a civilização depois. Diz Aristóteles:

A pólis não é uma associação para residência em um mesmo lugar ou para prevenir injustiça mútua ou facilitar trocas. O fim e propósito de uma pólis é uma vida boa e as instituições da vida social são um meio para um fim.³ (tradução da autora)

Prevenir injustiças e facilitar a troca, ele continua, são elementos necessários para a caracterização da pólis, mas não são suficientes. Freud diz que não: não só são suficientes, mas são, basicamente, os motivos ensejadores da criação da sociedade.

Outra divergência entre os dois vem a ser a definição de busca da felicidade. Aristóteles acredita que a busca da felicidade

3 SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* Penguin, 2009, Kindle edition.

seria a busca da vida moral: ter prazer nas coisas boas e corretas. Freud diz que isso não é possível. A busca da felicidade, sendo a satisfação de nossos desejos, e, sendo esses, em sua maioria, ditados pela parte inconsciente da nossa mente, que é amoral, não há como se pretender chegar a uma felicidade mediante o prazer nas coisas consideradas boas. O inconsciente não faz essa distinção entre coisas boas e ruins. Por isso, o prazer pode ser encontrado em coisas consideradas ruins e não só nas consideradas boas.

E se quiséssemos distinguir, afinal, o que é certo e o que é errado?

Se considerarmos a civilização como a forma encontrada pelo ser humano para conseguir viver em grupo de forma relativamente pacífica, estabelecendo regras de conduta que reprimem e restringem os impulsos na realização dos desejos e fixam punições para quem não cumpre as restrições (direito como instrumento de pacificação social), a distinção é irrelevante: não é possível se chegar a uma distinção entre certo e errado. Mesmo porque, os desejos são, via de regra, provenientes do inconsciente e este é, como já dito, amoral.

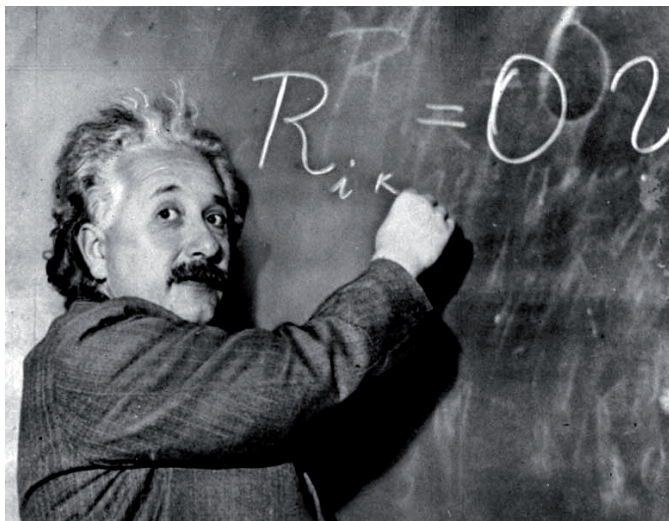
Comparando as questões filosóficas levantadas no livro “Justice: what’s the right thing to do?”, em que nenhuma delas conse-

gue se sustentar de forma absoluta e, se aplicadas até as últimas consequências, sempre darão ensejo a casos distorcidos e estranhos, bem como analisando cada um dos critérios filosóficos mostrados no livro e que podem servir de fundamento para criação de regras em sociedade, e à luz das idéias desenvolvidas por Freud em seu “Civilization and its discontents”, vemos que civilização, por seu próprio objetivo e propósito, é incompatível com a felicidade e/ou liberdade totais, bem como com alguma lei moral universalmente aceita, dado que o inconsciente, que é quem dita as regras da vida de cada um, é amoral.

Por isso, como fixar regras? Como estabelecer um critério? Utilitarismo? Libertarismo? Kant? Aristóteles? Ações Afirmativas? Uma combinação de todas elas? Antes de arriscar um palpite, abro um parêntese neste texto para falar de física.

Em 1687, um astrônomo, alquimista, filósofo natural e geólogo inglês chamado Isaac Newton publicou um livro intitulado “Philosophiae naturalis principia mathematica”. É nesse livro em que se descreve, pela primeira vez, a lei da gravitação universal, descoberta e batizada por ele: seres com massa exercem atração sobre os outros. Demonstra, também, as três leis que ficaram conhecidas como as três leis de Newton: 1) lei da inércia: todo corpo permanece em repouso ou em movimento em uma linha reta a menos que seja forçado a mudar por forças aplicadas a ele; 2) princípio fundamental da dinâmica: a mudança de movimento de um corpo é proporcional à força motora imprimida e é produzida na direção da linha reta na qual aquela força é imprimida e 3) princípio da ação e reação: a toda ação corresponde uma reação oposta de igual intensidade e sentido contrário.

As teorias desenvolvidas por Isaac Newton foram o fundamento do que ficou conhecido por mecânica clássica. Esse ramo da física estuda o movimento, as variações de energia e as forças que atuam sobre um corpo e pressupõe a distinção entre o observador e o



Albert Einstein

objeto e a consideração do tempo e do espaço como unidades absolutas. Espaço e tempo não sofrem qualquer influência ou alteração de e sobre os fenômenos físicos: são o palco e cenário para as manifestações físicas que neles atuam como atores.

Duzentos e dezoito anos após a publicação de “*Philosophiae naturalis principia mathematica*” por Newton, um funcionário criativo do Escritório de Patentes de Berna, na Suíça, de nome Albert Einstein, publicou um trabalho no qual demonstrou que o tempo e o espaço não são absolutos mas, sim, relativos. Não são, também, meramente um palco onde se desenrolam os fenômenos físicos. São, na realidade, atores principais, neles atuando de forma significativa. Sofrem, também, a força da gravidade. O que isso significa? Dentre outras coisas, uma pessoa viajando pelo espaço em determinada velocidade, por dez anos, envelhecerá muito menos do que quem permanecer na Terra. Dependendo da velocidade e do tempo transcorrido, a diferença poderá ser de dez para um ano. Tal se dá porque, quanto maior a velocidade, mais lentamente o tempo flui. Einstein também descobriu que o efeito da gravidade se dá porque a massa dos corpos literalmente curva o espaço à sua volta e os corpos que sofrem a força gravitacional estão, na realidade, caindo.

Na mesma época em que Einstein publicou o que ficou conhecido como teoria da relatividade, um grupo de cientistas europeus – Max Planck, Niels Bohr, Werner Heisenberg, dentre outros – utilizando outra descoberta de Einstein, a de que a luz é composta por feixes de fótons, que chamou de quanta – desenvolveram o que ficou conhecido como mecânica quântica. A teoria quântica se aplica às partículas subatômicas: menores do que o átomo. Esses cientistas descobriram que essas partículas se comportavam ora como partículas, ora como ondas. O que fazia com que se comportassem como um ou outro era a atitude do observador: se fossem observadas como partícula, comportavam-se como partícula. O mesmo ocorria se fossem observadas como

ondas. Ou seja, o observador atuava de forma essencial na ocorrência do fenômeno observado. Essa descoberta fez cair por terra a idéia de um observador independente dos fenômenos observados, tão cara à mecânica clássica.

Outra descoberta fundamental da mecânica quântica, e que desmoronava outro aspecto da mecânica clássica, é o que ficou conhecido como princípio da incerteza, desenvolvido por Werner Heisenberg: na análise de uma partícula, não é possível saber sua posição e sua velocidade. Se sua posição é conhecida, sua velocidade fica incerta. Se a velocidade é conhecida, não se sabe sua localização. Quanto mais aproximada a informação sobre um dos dados, mais incerta é a do outro. Por conta desse princípio, Einstein pronunciou uma de suas frases mais famosas: “Deus não joga dados”, durante a Conferência de Solvay, na Bélgica, em 1927. A isso Niels Bohr, a quem a frase era dirigida, respondeu: “Não deve ser tarefa nossa prescrever a Deus como ele deve reger o mundo”.

Não obstante as regras da mecânica quântica serem perfeitamente compatíveis com a realidade do mundo subatômico, se lhes for aplicada a força gravitacional, fundamental na teoria da relatividade, as variáveis vão ao infinito, desqualificando as equações e as invalidando.

Para tentar conciliar a mecânica quântica com a gravidade e, então, conciliá-la com a teoria da relatividade, foram sendo desenvolvidas novas teorias ao longo do século XX. Uma delas, conhecida por teoria das cordas, parte da premissa de que há, pelo menos, nove dimensões e não apenas quatro, como Einstein sustentou, e toda a matéria é composta por cordas que vibram em intensidades diferentes. Contudo, não foi demonstrada, como o foram a teoria da relatividade e a mecânica quântica, e sua aceitação no mundo da ciência é controversa.

A descoberta da natureza relativa do espaço e do tempo por Einstein, e a conclusão dos físicos quânticos de que não só não é

possível separar o evento observado do observador, mas o observador, pelo simples ato de observar, influencia o evento, teriam acabado com a aplicabilidade das regras da mecânica clássica de Isaac Newton? A princípio, sim. Mas, na realidade, não.

A física quântica só tem resultados relevantes no mundo subatômico. A teoria da relatividade, por sua vez, só tem efeitos visíveis quando lida com grandes massas e grandes velocidades. Apesar do tempo realmente passar mais devagar para uma pessoa viajando de Sydney a São Paulo do que para uma pessoa que permaneceu em Sydney, a diferença é tão pequena que pode ser descartada. Se olho a Lua, é meu olhar, como observadora, que faz com ocorra o fenômeno dela aparecer no céu. Só que a massa da Lua é grande demais e por isso parece que está sempre no céu, independentemente do meu olhar. Por isso, as regras da mecânica clássica continuam a ser aplicadas nas dimensões da nossa vida diária, ainda que sejam inexatas: a inexatidão é irrelevante para o que se é medido.

Em outras palavras: a teoria da relatividade e a mecânica quântica têm utilidade e aplicabilidade em realidades extremas: grandes massas e grandes velocidades para a primeira e o mundo minúsculo das partículas subatômicas para a segunda. Mas para a nossa realidade, a mecânica clássica continua sendo útil.

No livro “Justice: what’s the right thing to do?”, Michael Sandel questiona regras criadas para serem aplicadas em condições ordinárias utilizando situações extraordinárias: alguém cobrar US\$ 20.000 para remover uma árvore de um telhado após a passagem de um furacão; quanto alguém receberia para sufocar um gato de rua até a morte ou permitir a extração de um dedo frontal ou um dedinho do pé ou o auxílio do governo dos Estados Unidos a instituições financeiras durante a crise mundial de 2008 para evitar o colapso do sistema financeiro como um todo; possibilidade de alguém vender seus órgãos; prática

autorizada de canibalismo; legitimidade de se atirar alguém da ponte para barrar um carrinho desgovernado e impedir que mate cinco pessoas. Não há, no livro, um só exemplo de uma situação corriqueira, com a qual nos vemos frente a frente com frequência na nossa vida diária, com o intuito de questionar nosso conceito de justiça e os preceitos morais que aplicamos para fazer e observar as regras.

Por isso, fazendo um paralelo com a física, é possível afirmar que, assim como as leis da mecânica clássica não são exatas nem absolutas, mas são perfeitamente aplicáveis na nossa realidade, os valores e critérios utilizados para a formulação das regras que regulamentam nosso convívio em sociedade devem ser relativos e não podem ser aplicados de forma absoluta nem em situações extremas, como as descritas no livro. As circunstâncias em torno do evento a ser regulamentado, bem como seu caráter ordinário ou extraordinário, devem ser fatores importantes quando da elaboração da regra ou da sua flexibilização. Além disso, devem ser utilizados vários fundamentos filosóficos no lugar de um só, pois as situações a serem regulamentadas são complexas e exigem mais do que uma abordagem unilateral.

A única coisa que sabemos com certeza é que a mecânica quântica demonstra de modo absoluto e inequívoco que vários conceitos básicos essenciais para o nosso entendimento do mundo cotidiano perdem totalmente o sentido nos domínios microscópicos.⁴

Parafraseando a frase de Brian Greene, é possível dizer que regras criadas para determinadas situações perdem totalmente o sentido em situações extremas e extraordinárias.

A passagem do furacão, que fez com que os preços de retirada de árvores em telhado fossem para o patamar de US\$ 20.000 e que

4 GREENE, Brian. *O universo elegante*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

fossem cobrados US\$ 10 por dois sacos de gelo, faz com que surja a necessidade de se relativizar a regra do livre mercado, de acordo com a qual o que fixa o preço de um bem é a livre negociação entre o comprador, que paga o que o bem vale para si, e o vendedor, que fixaria o preço considerando a oferta e a procura pelo bem. Situações extremas, fora do ordinário, demandam regras extremas e extraordinárias, criadas especificamente para lidar com elas, baseadas nas circunstâncias excepcionais que as caracterizam.

Em geral, não temos que decidir se vamos atropelar uma pessoa no lugar de cinco ou quanto cobraríamos para sufocar um gato até a morte. Nossas decisões são muito mais prosaicas e envolvem situações muito mais banais e, para elas, as regras criadas para permitir o convívio em sociedade funcionam relativamente bem.

As regras que regulamentam nossa convivência têm o objetivo de nos proteger uns dos outros e valem para situações que ocorrem em maior número, consideradas as características de um determinado povo em determinado local e época. Em casos extremos deixam de ser aplicáveis, assim como as leis de Newton deixam de valer por falta da precisão necessária ou por partir de premissas erradas (tempo e espaço absolutos e observador independente do evento observado) quando lidamos com grandes massas ou com o mundo subatômico.

Se vivemos em uma civilização criada para nos proteger uns dos outros e regulamentar nossa convivência, se essa civilização pressupõe diminuição na nossa liberdade e felicidade em troca de segurança e nenhum fundamento filosófico consegue servir de base, de forma única e em caráter absoluto, para a confecção de nossas regras, pois sempre haverá exceção ou situações absurdas, “intuitivamente” injustas, existe alguma maneira de convivermos em sociedade, dentro da civilização, sendo livres e felizes?

É muito difícil dizer. Alguns dos seres

humanos mais inteligentes e sábios que passaram por aqui estão tentando encontrar uma resposta para isso há mais de dois mil anos e até hoje não conseguiram. Mas é possível arriscar um palpite.

Acredito que para os seres humanos conciliarem a vida em sociedade e serem felizes e livres, não importa tanto qual seja a ou as filosofias. Não importa mesmo. O meio, a princípio, mais eficaz e que permite se viver em sociedade de forma livre e feliz é através do autoconhecimento. Como disse Jesus, “conhece a verdade e a verdade vos libertará”⁵. Muito mais do que uma verdade metafísica ou religiosa, trata-se da verdade a respeito de nós mesmos: quem realmente somos e quais são nossos desejos. Os desejos não se calam nunca e sempre encontram uma forma de se fazer ouvir. Trazendo os desejos para a luz, o ser humano saberá quem realmente é, o que quer e não será mais governado pelo inconsciente “(...) A razão não é senhora nem em sua própria casa”⁶. E a partir daí, há uma chance de que a civilização não tenha mais necessidade de regras nem de filosofias para permitir uma convivência razoavelmente pacífica entre seus membros. E até lá, não vai adiantar nenhuma filosofia porque, enquanto o homem não souber quem é, vai continuar prisioneiro de seus desejos ocultos e nunca conseguirá ser feliz ou livre.

E, enquanto esse estágio avançado de uma sociedade com pessoas realmente livres e felizes parece remoto, as regras devem ser estabelecidas considerando o que se está sendo regulamentado e também mediante a análise da condição comum ou extraordinária de cada situação. A relativização das regras, aplicadas conforme a situação, o que se pretende proteger e/ou defender, a missão e o objetivo das instituições deveria ser como na física: para situações comuns, regras que sirvam de forma geral, ainda que não abranjam todas as hi-

5 Evangelho de João, capítulo 8, versículo 32.

6 GREENE, Brian. *O universo elegante*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

póteses nem sejam matematicamente exatas; para casos extremos, regras especificamente elaboradas para eles.

Deve ser lembrado, ainda, que o agente criador das normas, bem como o que as aplica, não está alheio à realidade nem tem imparcialidade e independência absolutas. Assim como o observador dos fenômenos quânticos, o criador e o aplicador das normas estão inseridos na realidade e a influenciam, assim como todos os outros. Essa constatação se traduz no seguinte: tudo depende do momento em que se vai aplicar a norma e das circunstâncias ali existentes. Ou seja: é tudo relativo.

E, finalmente, devemos sempre estar abertos à possibilidade de, em algum momento, aparecer alguém que desenvolva idéias revolucionárias demonstrando que tudo aquilo que já foi dito antes não tem mais sentido. Como disse Phoebe para Ross, em um episódio de *Friends*, quando ele tentava provar para ela a natureza incontestada da teoria da evolução:

há 500 anos atrás os homens mais inteligentes do planeta achavam que a Terra era chata. Que certeza você tem de que daqui a 500 anos alguém não vai dizer que a teoria da evolução está errada?⁷

Bibliografia

FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. Penguin Modern Classics, 2002, Kindle edition.

GAY, Peter. *Freud: uma vida para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GREENE, Brian. *O universo elegante*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

ISAACSON, Walter. *Einstein: sua vida, seu universo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* Penguin, 2009, Kindle edition

⁷ *Friends*, 2ª Temporada, 3º Episódio (*The one where heckles dies*).



Jurisprudência em destaque

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelada: MLLB

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ART. 231 DO CÓDIGO PENAL. CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS E DO LENOCÍNIO E PROTOCOLO FINAL. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL RELATIVO À PREVENÇÃO, REPRESSÃO E PUNIÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS, EM ESPECIAL MULHERES E CRIANÇAS. STATUS HIERÁRQUICO DE TRATADOS E CONVENÇÕES QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. CONSENTIMENTO E VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS.

1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão sobre o *status* hierárquico legal de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, que tenham sido submetidos ao *quorum* qualificado de aprovação pelo Congresso e daqueles instrumentos que assim não o tenham sido, seja porque foram promulgados antes da emenda constitucional, seja porque deliberadamente não foram aprovados com o rito especial. A corte constitucional

lapidou a inteligência de que os tratados e convenções não submetidos ao *quorum* qualificado do Congresso se encontram em um grau intermediário de hierarquia, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

2. Encontram-se correntemente em vigor no Brasil, em relação à criminalização do tráfico de pessoas, a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, assim como o preceito do art. 231 do Código Penal. Ambas as Convenções não foram submetidas à aprovação por quórum qualificado do Congresso Nacional, razão por qual se encontram no referido grau intermediário de hierarquia legislativa, *id est*, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

3. Os fatos denunciados pelo Ministério Público Federal exigem, para sua holística compreensão e adequado julgamento, a convergente interpretação do art. 231 do Código

Penal com a Convenção de 1959 e o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, subordinados à Constituição Federal.

4. Materialidade, autoria e dolo comprovados através de documentos apreendidos e gravações de intercepções telefônicas.

5. A interpretação conjunta dos dois instrumentos internacionais com o art. 231 do Código Penal permite deduzir que o consentimento das vítimas não afasta a ilicitude das ações do agente. O consentimento da vítima só é aceitável como causa supralegal de exclusão de antijuridicidade em casos em que a lesão perpetrada atinge objeto jurídico disponível. Há de serem sopesados, nessas situações, o interesse e a liberdade do indivíduo (*i. e.* a vítima) e o interesse do estado (ou seja, da coletividade).

6. As vítimas do crime de tráfico de pessoas, na maior parte das vezes, se encontram em um país estrangeiro, onde não conhecem a língua e as leis locais, em condições de clandestinidade, como imigrantes ilegais, e, por essa razão, despidos de direitos e garantias fundamentais. Submetem-se, nessa condição, à prostituição ou outras formas de exploração sexual, correndo o risco de serem detidas e deportadas pelas autoridades locais ou aliciadas e subjugadas por oportunistas a diferentes formas de escravidão, sob ameaças de lesões corporais ou de morte. Não raramente, são obrigadas a consumir ou vender drogas. Estando presente

a vulnerabilidade da vítima, o seu consentimento não é hábil a excluir a ilicitude das condutas do agente. A vulnerabilidade, contudo, não deve ser presumida, sob risco de atribuir responsabilidade objetiva ao agente. Deve haver provas suficientes de sua existência, que pode tomar variadas formas, dependendo das circunstâncias particulares da vítima.

7. Vulnerabilidade comprovada.

8. Apelação do Ministério Público Federal provida, para condenar a ré pelo crime de tráfico de pessoas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, para condenar MLLB a 3 (três) anos e quatro meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor individual de 1/2 (um meio) do salário-mínimo à época do fato, por cometer o fato típico previsto no art. 231 do Código Penal c/c inciso II, do art. 14, do Código Penal, substituindo-a por duas penas restritivas de direito, sendo a primeira de prestação de serviços à comunidade em entidade benéfica e a segunda de prestação pecuniária à entidade com destinação social, no valor de 01 (um) salário-mínimo ao mês, durante todo o período de condenação, conforme especificadas pelo juízo da execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

“A valoração, então, se volta para qual seria o conceito de “vulnerabilidade”. (...) A vítima, aqui, tem sua plena capacidade de autodeterminação, ou esta não pode ser exercida de forma completa? A finalidade do tipo do artigo 231 do Código Penal é, exatamente, proteger pessoas que não têm condições, afinal, de exercer com plenitude sua capacidade de reger seus próprios movimentos.”

(José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira)

“uma diferença importante deve ser destacada para que não se confunda a aplicação interna de normas internacionais com a admissão pura e simples da responsabilidade objetiva, na medida em que não é isso que está disciplinado nos tratados internacionais que regulam a matéria”.

(Silvio César Arouck Gemaque)



Em destaque



José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira

Juiz Federal. Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC. Bacharel em Direito pela USP.

Vamos direto ao cerne da questão do caso concreto: o indivíduo que é transportado, com sua anuência, para o exterior e para fins de prostituição, não teria completo livre-arbítrio e, portanto, seria um “vulnerável”, e a pessoa que intermedeia sua viagem pode ser considerada, por consequência, uma traficante de pessoas?

Que o livre-arbítrio não existe como categoria físico-biológica, isto já é fato. É uma ficção útil, talvez imprescindível, mas ainda assim uma ficção. Experimentos com ressonância magnética cerebral mostraram, à farta, que a região encarregada da coordenação motora no cérebro apresenta atividade elétrica antes da pessoa examinada ter consciência do que escolheu, pois “a maioria das decisões é tomada muito antes do momento de sua execução, na mente consciente”, como diz o neurocientista Antonio Damásio.¹ Também se verificou que, se estimularmos a área “motora” do cérebro com um eletrodo, logo

em seguida o sujeito vai ter vontade de, por exemplo, levantar a mão.

Dito isto, deve-se ter em mente que não podemos abandonar a idéia de livre-arbítrio, mesmo que ela não corresponda a uma realidade neurológica. Sem esta idéia, sem responsabilização pelos próprios atos, não temos com o que governar a sociedade,² que de há muito já abandonou os Deuses como regentes. Como diz o neuropsicólogo Steven Pinker, “O livre-arbítrio é uma idealização que torna possível o jogo da ética”.

Sem o conceito de autodeterminação, criamos terreno propício para o totalitarismo, para a relativização da liberdade. Alguns podem se dizer mais “conscientes” que outros e gostarão de mandar nestes últimos. Este raciocínio foi várias vezes usado na história, com resultados desastrosos, como o século XX não cansou de demonstrar.

¹ *E o cérebro criou o homem*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 334.

² *Idem*, p. 328. Diz o autor que “se fatores que nosso raciocínio consciente desconhece influenciam a forma de nossos atos, seremos realmente responsáveis por nossas ações?”.

É fundamental, pois, que mantenhamos o conceito de livre-arbítrio. Mas a constatação de sua inexistência ontológica é dessacralizante. Já não podemos mais nos apoiar nesta idéia com o fervor quase religioso de antes. O conceito não pode ser ignorado, mas não podemos também fazer pouco do fato de que ele é uma criação humana que se mede pela utilidade/inutilidade. Os menores de 18 anos, em nosso país, são inimputáveis, e esta idade é determinada porque é necessário que assim seja. Sabemos que existem pessoas com menos de 18 anos capazes de se autodeterminar e outras que nunca o serão, na vida toda. Mesmo assim, temos que estabelecer um marco, e este é fixado em 18 anos por uma construção muito próxima da arbitrariedade.

Não deixemos de considerar o conceito de autodeterminação, essencial ao funcionamento da sociedade, mas, no momento de brandir sua aplicação, não argumentemos com a intensidade emocional daqueles que de tudo têm certeza.

O livre-arbítrio era e é chamado ao debate como se fosse uma entidade própria, de subtrato quase ideológico.

Basicamente, não podemos perder a noção de que os limites do que é ou não livre-arbítrio são lindes construídos. Eles não “existem” mas, ao contrário, são convencionados. Penso que tais limites conceituais não podem ser construídos/usados em desfavor da liberdade humana, mas somente, ao contrário, em seu favorecimento.

É este o caso do acórdão ora comentado.

E não se diga que, com esta construção, estaríamos dando amplitude demasiada ao tipo do artigo 231 do Código Penal, pois os tipos penais não são estabelecidos segundo

alguma lei mecânica, matemática.

Tipo é a descrição de um crime imantada de carga valorativa. Ele é criado a partir da observação de condutas portadoras de tipicidade embrionária³ às quais é adicionado o componente axiológico.

Os tratados internacionais mencionados no acórdão (“Convenção de 1959 das Nações Unidas para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final” e o “Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”)⁴ devem servir de via interpretativa do mencionado artigo 231 do Código Penal, pois sua criação pelo legislador atendeu ao reclamo destes diplomas internacionais, que se encontram acima da legislação no plano ordinário.⁵

“Os tratados internacionais mencionados no acórdão devem servir de via interpretativa do mencionado artigo 231 do Código Penal, pois sua criação pelo legislador atendeu ao reclamo destes diplomas internacionais, que se encontram acima da legislação no plano ordinário.”

Assumindo tal densidade axiológica, voltemos ao acórdão de condenação por infração ao artigo 231 do Código Penal. A valoração, então, se volta para qual seria o conceito de “vulnerabilidade”. Recomendando mentalmente qual seria esta noção do ser vulnerável te-

remos condição de preencher (ou não) o tipo concreto.

3 É a lição de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 136.

4 Define o tráfico de pessoas o artigo 3º, a, do Pacto de Palermo: “tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos”.

5 STF, RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe 05/06/2009.

Nesta situação, a construção do conceito de livre-arbítrio que deve ser considerada é aquela necessária para garantir o máximo de liberdade aos cidadãos com o mínimo de interferência destas medidas garantidoras na esfera íntima destes últimos.

A vítima, aqui, tem sua plena capacidade de autodeterminação, ou esta não pode ser exercida de forma completa? A finalidade do tipo do artigo 231 do Código Penal é, exatamente, proteger pessoas que não têm condições, afinal, de exercer com plenitude sua capacidade de reger seus próprios movimentos. Não se trata de coação (estar sob a mira de uma arma, por exemplo), mas de situação intermediária entre esta e o pleno exercício da liberdade, diferenciação sutil todavia imprescindível para tratamento do ocorrido. Tal diferenciação é legítima, já que a medida da autodeterminação dar-se-á em cada caso concreto, por se tratar de conceito que se constrói com objetivos de sustentabilidade do pacto social.

O tráfico de pessoas, portanto, não subentende a existência de vítimas incapazes, pois também pode ser realizado com vítimas em situação de vulnerabilidade. O abuso de vulnerabilidade, para a Organização das Nações Unidas “é entendido como qualquer situação em que a pessoa em questão não tem alternativa real e aceitável senão submeter-se ao abuso”.⁶

⁶ A/55/383/Add. I, parágrafo 63, citado em português em: *Guia legislativo para a implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças*. Lisboa: Centro da Nações Unidas para a prevenção internacional do crime, novembro de 2003, p. 26. Disponível em: www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf.

A carta remetida pela vítima à sua aliciadora é por demais evidente em afirmar a vulnerabilidade daquela primeira. Note-se o tom permanente de súplica e as declarações de afeição sempre feitas a partir da assunção de uma situação de inferioridade. A subordinação psicológica permeia a fala da vítima. Não bastasse isto, na mesma epístola ainda temos, de forma concreta e insofismável, a narração da situação vulnerável a que a vítima restou “entregue” no exterior: se diz em determinado momento, que estava bêbada e drogada “o tempo todo”, e, atualmente, depois de fazer quimioterapia, estava presa na Itália, onde “ninguém dava apoio” (sic).

“Com a prática da intermediação de seres humanos em condições mais que precárias, está cometido o crime de tráfico de pessoas, vítimas estas não tinham outra alternativa social, naquele momento e situação, a não ser servir de ‘mercadoria’ para aliciadores inescrupulosos.”

Seria difícil imaginar uma narrativa mais explícita de vulnerabilidade. Toda a miséria da condição humana perpassa por aquelas linhas endereçadas à aliciadora, ré do processo. Mais que suficientemente provada a vulnerabilidade, entendo que o tipo foi preenchido em seu conteúdo

axiológico. É exatamente este tipo de situação que o tipo penal do artigo 231 do Código Penal, imantado pelas necessidades da comunidade internacional, busca evitar. Com a prática da intermediação de seres humanos em condições mais que precárias, está cometido o crime de tráfico de pessoas, vítimas estas não tinham outra alternativa social, naquele momento e situação, a não ser servir de “mercadoria” para aliciadores inescrupulosos. O preenchimento do tipo, neste caso, atende inclusive a um conceito de livre-arbítrio voltado para a proteção da liberdade individual, desde já prejudicada, em se pensando em seu exercício pleno, no caso das vítimas vulneráveis. Andou bem o acórdão em reformar a sentença para condenar a ré.



Silvio César Arouck Gemaque

Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito pela USP. Professor da Graduação do IMES e da Pós-Graduação da Universidade Gama Filho e do curso Flávio Monteiro de Barros.

É muito interessante o assunto abordado na Apelação Criminal em destaque e permite algumas considerações a respeito de importante tema hoje no direito penal e também no processo penal modernos, isto é, da influência de tratados internacionais no direito interno dos países.

Em suma, a matéria examinada no voto do eminente Desembargador Federal Cotrim Guimarães e, posteriormente, versada em acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região diz respeito à responsabilidade penal pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoa).

Em que medida se pode admitir a responsabilidade penal de acusada que auxiliou na colocação de pessoas (travestis e transexuais) no exterior para a prática de prostituição, quando esses são maiores e capazes de entender a situação? Quais os limites dessa situação e a eventual responsabilização das pessoas por desvios morais? Estaria o direito penal invadindo seara alheia ao seu campo de atuação? Enfim, são essas algumas das questões analisadas no acórdão.

Divergiu o relator do pronunciamento da Juíza Federal de 1ª Instância que entendeu no sentido da inviabilidade da responsabilidade penal da acusada, uma vez que justamente não encontrou o requisito do vício de

consentimento das vítimas a sustentar o juízo de reprovação da conduta da autora. Decidiu a magistrada pela existência de desvio moral insuficiente a alicerçar, por sua vez, eventual responsabilidade penal.

Sustentou o relator que haveria provas da hipossuficiência de uma das vítimas, conforme correspondência desta para a acusada, colhida em busca e apreensão, em que constavam diversos elementos de prova no sentido de sua situação de vulnerabilidade, sendo este o argumento principal que embasou a reforma da sentença absolutória pela Corte de Apelação.

Como substrato desta discussão, há ainda a questão dos limites da influência de tratados internacionais no âmbito do direito interno, mais especificamente, no caso concreto, da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

Em ambas as instâncias, entendeu-se pela aplicação da referida legislação; no entanto, divergiu-se quanto ao âmbito de validade do consentimento para afastar ou não a responsabilidade.

Assim, um primeiro aspecto que gostaria

de destacar é a aplicação dos tratados e outras normas internacionais no âmbito interno dos países e de quanto esse tipo de influência é importante e tem sistematicamente sido esquecida ou pouco valorizada pelo sistema jurídico nacional.

Neste sentido, já tivemos oportunidade de dizer em tese de doutorado, quando dividimos metodologicamente essas influências em diretas e indiretas:

Já na hipótese de cooperação com o Tribunal Penal Internacional ou vertical, da leitura do Estatuto de Roma e das regras de prova observa-se a existência de situações em que os países membros são chamados a colaborar, mediante a produção de determinadas provas, com o tribunal, que se chama de cooperação vertical. Assim, na medida em que o procedimento quanto à produção de tais provas esteja previsto no Estatuto de Roma, e os direitos fundamentais envolvidos e maneira pela qual deverão ser respeitados também o estejam, não resta margem de manobra ao Estado para cooperar em sentido diferente, devendo fazê-lo nos moldes estabelecidos pelo tribunal; daí a influência direta. Outras hipóteses de cooperação vertical, além da probatória, poderão também ocorrer. Quanto à influência indireta, pode-se falar na influência indireta na solução de lacunas existentes em nosso direito, tratando-se de uma influência no Processo Penal interno como um todo. Essa influência ocorre, a partir da aceitação de que o Processo Penal brasileiro, conforme prevê o art. 3º do Código de Processo Penal, pode ser utilizar da analogia e dos princípios gerais de direito para a solução de lacunas normativas e interpretativas.¹

No caso presente, há tanto influência direta quanto indireta, na medida em que

os tratados internacionais que sustentam a solução penal do caso têm plena eficácia no direito interno brasileiro, eis que assinados, aprovados, promulgados e publicados segundo as normas constitucionais previstas no país. Além disso, no caso de eventuais lacunas, servem para solucioná-las nos termos previstos no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Uma segunda questão também bastante interessante trazida no acórdão é a forma pela qual ocorre a internalização desses tratados internacionais em matéria de direitos humanos no âmbito interno, havendo pelo menos três correntes quanto a isso.

Para uns, adeptos da chamada teoria dualista, haveria um âmbito internacional de normas e outro interno, espaços normativos que não se confundiriam. Em uma divisão dessa corrente doutrinária, há aqueles que entendem pela supremacia das normas de direito internacional sobre as do direito interno e aqueles que defendem a supremacia das normas deste em relação àquele.

Já para os adeptos da teoria monista, haveria um só âmbito de aplicação das normas, sejam internas ou internacionais, sendo que estas contariam com a supremacia no âmbito interno.

Não é o caso aqui de esmiuçar todas as derivações desses raciocínios, mas o exemplo pertine à discussão ora travada, na medida em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como citado no voto, que:

(...) os tratados e convenções não submetidos ao *quorum* qualificado do Congresso se encontram em um grau intermediário de hierarquia, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

Deve-se destacar, nesse ponto, que tal discussão restringe-se àqueles tratados e convenções que digam respeito a direitos humanos ou direitos fundamentais no plano interno, e não – é claro – a normas constantes de trata-

¹ GEMAQUE, Silvio César Arouck. *A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro*. Série Monografias do CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2011, p. 20.

dos que são mais repressoras, pois toda a discussão resulta da nova redação dada ao artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. No entanto, no caso concreto, em que se discute a repressão ao tráfico de pessoas, há direitos individuais das possíveis vítimas de tais crimes, havendo aí o cabimento da classificação como direitos humanos. Todavia, fica o registro apenas para que não seja ampliado demasiadamente o conceito de “tratados internacionais de direitos humanos”.

Quanto ao posicionamento hierárquico desses tratados internacionais de direitos humanos, entendemos, ao contrário, que outra deveria ter sido a solução adotada, pois, tal como Flávia Piovesan, pensamos que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser tidos como normas constitucionais no plano interno². Contudo, diante da redação que foi conferida ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, pelo menos, aqueles tratados publicados antes do advento da atual redação, deveriam ser tidos como normas constitucionais propriamente ditas.

Neste sentido, também já tivemos oportunidade de dizer:

Infelizmente, apesar do intuito de colaborar com o desate de grave controvérsia jurisprudencial, o constituinte derivado, para complicar a questão, fez inserir novo parágrafo no art. 5º, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “§ 3º. Os tratados e convenções inter-

“O Supremo Tribunal cunhou um *tertius genus* de natureza jurídica de norma, entre o plano de constitucionalidade e de legalidade, ou seja, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos posicionam-se em um ‘limbo’ entre o âmbito da Constituição e o da lei ordinária.”

nacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Poucas vezes talvez se produziu entre nós um dispositivo constitucional tão infeliz como esse, pois deverá promover verdadeira balbúrdia jurídica, na medida em que, primeiro, assume a existência de duas ordens normativas diferenciadas, justamente o que a teoria monista – na concepção mais atualizada – abomina, segundo, afasta, de plano, o entendimento doutrinário e também jurisprudencial que se formava no sentido de que, à vista de sua especificidade, os

tratados e as convenções sobre direitos humanos teriam assento constitucional, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 5º.

Teria sido melhor ter deixado com antes.

De qualquer sorte, quer-nos parecer, enquanto não se retire referido dispositivo, que é o que se propugna, para que o país deixe de continuar a

ser infrator contumaz no plano internacional, por não cumprir o princípio basilar do “pacta sunt servanda”, que pelo menos os tratados internacionais plenamente vigentes antes da entrada em vigor da referida emenda constitucional tenham assento constitucional independentemente do “quorum” de sua aprovação, “quorum” este que somente passaria a ser exigido aos tratados assinados após o advento da Emenda.³

Justamente, seguindo parte desse raciocínio indicado, para salvar a mencionada solução constitucional, o Supremo Tribunal

² PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³ GEMAUQUE, Silvio César Arouck. *Op. cit.*, p. 112.

cunhou um *tertius genus* de natureza jurídica de norma, entre o plano de constitucionalidade e de legalidade, ou seja, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos posicionam-se em um “limbo” entre o âmbito da Constituição e o da lei ordinária. Tal construção, de discutível cabimento doutrinário, pelo menos é uma solução eficaz para a solução do impasse que restou colocado.

Assim, portanto, resta estabelecida uma posição hierárquica superior desses tratados sobre a legislação ordinária brasileira.

Uma terceira questão tratada no acórdão refere-se aos limites da responsabilidade penal. Em outras palavras, em que medida a acusada realmente praticou um fato típico penal, antijurídico e culpável ou praticou mero fato imoral.

Lembro, neste ponto, os balizantes princípios que sustentam o direito penal: intervenção mínima e *ultima ratio*. Com efeito, o direito penal é a última alternativa para solução dos conflitos humanos, devendo ser utilizado apenas quando outros instrumentos falharem ou quando a gravidade for de tal ordem que, *de per si*, fundamente o cabimento da repressão penal. Outrossim, escolhido o instrumento penal, este deve ocorrer apenas excepcionalmente e na medida mínima necessária à resposta social. É isso que dizem, em poucas palavras, ambos os institutos referidos.

Neste sentido, Ferrajoli:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao

delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas, arbitrária, “punitiva mais não penal” – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem a ameaçada e infligida não apenas “ne peccetur”, mas também “ne punietur”. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais, públicas ou privadas.⁴

“O direito penal é a última alternativa para solução dos conflitos humanos, devendo ser utilizado apenas quando outros instrumentos falharem ou quando a gravidade for de tal ordem que, *de per si*, fundamente o cabimento da repressão penal”

Neste sentido, é que seríamos forçados a concluir tal como a magistrada de 1ª Instância decidira, ou seja, pela absolvição da acusada, não fosse o fato bem delineado pelo ilustre Desembargador relator que apontou prova existente nos

autos, consistente em carta endereçada por uma das vítimas à acusada em que aquela deixava bastante clara sua situação de vulnerabilidade:

É de se deduzir, pois, que o mero consentimento da vítima, estando presente sua comprovada condição de vulnerabilidade, não afasta a ilicitude dos atos praticados pelo agente. No presente caso, a condição de vulnerabilidade da vítima (...) e da consciência de (...) sobre tal condição restaram cabalmente comprovadas.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

Portanto, temos que uma diferença importante deve ser destacada para que não se confunda a aplicação interna de normas internacionais com a admissão pura e simples da responsabilidade objetiva, na medida em que não é isso que está disciplinado nos tratados internacionais que regulam a matéria.

Com efeito, referidos tratados mencionam a necessidade de proteção especial a pessoas que, em situação de vulnerabilidade, sejam vítimas de tráfico de pessoas, sendo que nesses casos entende-se como comprovada a prática penal independentemente do consentimento expresso das mesmas.

Portanto, a questão gira em torno da comprovação ou não dessa elementar do tipo penal, que neste caso é complementada pela

norma internacional – lei de *status* superior entre nós – como decidido, conforme visto, pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso em análise, em suma, teve-se pela comprovação da mesma e isso não quer dizer que isso sempre ocorrerá, devendo o juiz cuidadosamente atentar para a situação específica de modo a verificar se o grupo objeto de tráfico é ou não vulnerável. Não é o simples fato de haver o tráfico de pessoas em situação de prostituição ao exterior que configurará o crime, sob pena de se estar diante da responsabilidade objetiva e do mero juízo moral, insuscetíveis de receber juízo de reprovação penal, como se viu. É o caso concreto que ditará as situações de cabimento ou não da tutela penal, conforme restou verificado no presente exemplo.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0006285-52.2002.4.03.6100
(2002.61.00.006285-4)

Apelante: UNAFISCO REGIONAL DE SÃO PAULO
Apelados: UNIÃO FEDERAL, CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA - CIEE E INSTITUTO DE DEFESA DA CIDADANIA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AC 1301715
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2012

EMENTA

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. INTERMEDIÇÃO POR AGENTES DE INTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RECURSOS PÚBLICOS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ACESSO A INFORMAÇÕES SIGILOSAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE IRREGULARIDADES.

1. A Lei nº 6.494/77 não previa a necessidade de concurso público para a contratação de estagiários. Posteriormente, adveio a Lei nº 11.788/2008 e revogou a Lei nº 6.494/77, e também não trouxe exigência no sentido da necessidade de concurso público.
2. Isso decorre, por óbvio, da própria natureza do estágio, cuja finalidade precípua é a de fornecer a complementação da educação escolar, preparando o indivíduo para o mercado de trabalho, e não a de suprir mão-de-obra da entidade cedente.
3. Com efeito, a Constituição Federal traz em seu art. 37, II, a necessidade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, na forma prevista na lei.
4. O provimento de cargo e emprego público visa ao preenchimento, de forma efetiva (ressalvando-se os cargos em comissão), do quadro de pessoal da administração pública direta e indireta - finalidade completamente distinta daquela do estágio (que é fomentar a aprendizagem). Daí a necessidade de concurso público, de acordo com a complexidade do cargo ou do emprego, para o fim de selecionar aqueles que melhor realizarão a função pública.
5. Quanto ao convênio travado com o CIEE, o art. 5º da Lei nº 11.788/2008 afirma que as instituições de ensino e as partes cedentes de estágio podem, a seu critério, recorrer a serviços de agentes de integração públicos e privados, porém, no caso de contratação com recursos públicos, deverá ser observada a legislação que estabelece as normas gerais de licitação.
6. Todavia, essa não parece ser a hipótese dos autos, uma vez que o CIEE é entidade filantrópica e beneficente de assistência social, sem fins lucrativos, conforme se infere de seu estatuto social (fls. 179/193).
7. Desse modo, no presente caso, não seria exigível licitação para a contratação de agente intermediário.
8. Quanto ao acesso às informações sigilosas, cumpre à Secretaria da Receita Federal limitar o acesso, na administração de suas atividades, e essa situação em nada

se relaciona com a forma de contratação dos estagiários, se por concurso público, se por convênio de cooperação.

9. Com efeito, o acesso às informações sigilosas do contribuinte deve ser limitado, na forma do previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional, todavia, não há nos autos qualquer demonstração de que tais informações estão sendo obtidas de forma indevida pelos estagiários da Receita Federal.

10. No tocante à alegada inexistência de pertinência temática entre as atividades da proposta de estágio e o curso atendido pelo estagiário, na forma da Lei nº 11.788/2008, o estágio deve ser supervisionado, tanto pela Instituição de Ensino, como pela parte cedente, e esse é um dos meios para se aferir a compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso (art. 3º).

11. Nos autos, não há qualquer comprovação de que houve tal desvio entre o termo de compromisso firmado e as atividades desenvolvidas pelos estagiários, de forma que não há motivos para condenar a União a cumprir a lei se inexistente prova de seu descumprimento.

12. Agravo Retido Não Conhecido. Apelação e Remessa Oficial Improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2012.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, em ação civil pública, proposta por Unafisco Regional de São Paulo, entidade de classe representativa dos auditores fiscais da Receita Federal no Estado de São Paulo, em face da União Federal e do Centro de Integração Empresa-Escola - CIEE, para que (i) as concessões de estágio e de bolsa sejam realizadas por meio de concurso público, em obediência aos Princípios da Eficiência, da Impessoalidade, da Moralidade e da Publicidade; (ii) a União Federal vede o acesso de todos os estagiários a informações privilegiadas e protegidas por sigilo fiscal, impedindo que estes tenham acesso a informações prestadas pelo contribuinte ou a processos administrativos fiscais e (iii) a alocação de todos os estagiários seja realizada em repartições públicas da Receita Federal em que a respectiva formação e o curso sejam compatíveis com a atividade desenvolvida.

A ação foi proposta em 25/03/2002. Atribuído à causa o valor de R\$ 10.000,00 (fls. 35).

Às fls. 146, determinou-se à autora que esclarecesse os pedidos de antecipação de tutela, sob pena de indeferimento da inicial.

Manifestação da autora às fls. 150/151, retificando o pedido.

Contestação do CIEE às fls. 198/234.

Contestação da União Federal às fls. 235/260.

A tutela antecipada foi indeferida às fls. 262/268.

Manifestação da União Federal às fls. 273/288, com a juntada do convênio celebrado com o CIEE para a realização de estágio.

Interposto agravo de instrumento pela autora em face da decisão que indeferiu a antecipação de tutela (AI nº 2002.03.00.040290-0), o qual foi convertido em retido, após o indeferimento do efeito suspensivo (fls. 318/319).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 303/308, no qual opina pela parcial procedência da ação, para compelir a União a promover concurso público para admissão de estagiários da Receita Federal em São Paulo.

Manifestação do CIEE às fls. 311, na qual informa o seu desinteresse na produção de provas.

Manifestação da autora às fls. 312/313, na qual reitera o pedido de produção de provas formulado na inicial, com o fim de demonstrar o emprego de verba pública para a remuneração de particulares sem procedimento licitatórios, nem concursos de avaliação.

Manifestação da Superintendência Regional da Receita Federal na 8ª Região Fiscal às fls. 329/1006, com a juntada da relação dos valores pagos mensalmente pela União Federal, no quinquênio, ao CIEE, bem assim os valores pagos mensalmente a cada estagiário.

Manifestação do Instituto de Defesa da Cidadania - IDC às fls. 1010/1016, requerendo a sua inclusão no feito na qualidade de litisconsorte ativo.

Manifestação da autora às fls. 1019, na qual concorda com o ingresso do IDC na relação jurídico-processual.

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 1020, reiterando o parecer de fls. 303/308.

Às fls. 1021, determinou-se a inclusão do Instituto de Defesa da Cidadania - IDC no polo ativo da ação.

A sentença julgou improcedentes os pedidos às fls. 1033/1054. Ainda, deixou de condenar os autores ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, conforme a Lei nº 8.078/90.

Apelação da Unafisco Regional de São Paulo às fls. 1060/1076.

Contrarrrazões da União Federal às fls. 1084/1087.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 1090/1092.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Sustenta a autora que a União Federal tem firmado com o Centro de Integração Empresa-Escola - CIEE convênios de cooperação e termos de compromisso de estágio, envolvendo centenas de estudantes de níveis médio e universitário, e os respectivos estabelecimentos de ensino em que estão matriculados, a título de realização de estágio profissional junto aos órgãos da Receita Federal na Superintendência Regional da 8ª Região Fiscal - São Paulo.

Afirma que aludida contratação ofende basilares princípios constitucionais da Administração Pública, tais como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, uma vez que inexistia qualquer critério impessoal e imparcial na seletividade dos estudantes estagiários.

Destaca que outra grave questão é o desrespeito à inviolabilidade de dados dos contribuintes e ao sigilo fiscal, princípios também garantidos constitucionalmente (art. 5º, XII), uma vez que, a esses estagiários a Secretaria da Receita Federal, concede acesso a informações privilegiadas.

Na apelação, alega que não há, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, pertinência temática entre as atividades da proposta de estágio e o curso atendido pelo estagiário.

Passo à análise da matéria.

Primeiramente, ressalto que apelante não cumpriu o disposto no *caput* do art. 523 do Código de Processo Civil, não merecendo o agravo de instrumento por ela interposto, convertido em retido, ser conhecido, consoante §1º deste mesmo artigo.

Quanto ao mérito, a Lei nº 6.494/77, que dispunha sobre os estágios de estudantes de ensino superior e profissionalizante, em seu art. 1º, previa a possibilidade de as pessoas jurídicas de Direito Privado, os órgãos de Administração Pública e as Instituições de Ensino aceitarem, como estagiários, alunos regularmente matriculados em cursos vinculados ao ensino público ou particular.

Ainda, o art. 3º da mencionada lei determinava que: “a realização do estágio dar-se-á mediante *termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, como interveniência obrigatória da instituição de ensino*”.

Também o art. 4º dispunha que:

Art. 4º O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais.

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, nota-se que inexistia qualquer determinação no sentido de que a contratação de estagiário fosse precedida de concurso público, quando se tratasse de entidade da Administração Pública.

Posteriormente, adveio a Lei nº 11.788/2008 e revogou a Lei nº 6.494/77. Já no art. 1º, a nova lei define o estágio como sendo:

Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

No mais, a nova lei mantém as disposições anteriores, no sentido de que o estágio não cria vínculo empregatício e é formalizado mediante termo de compromisso (art. 3º) e, no art. 5º, expressamente prevê que:

Art. 5º. As instituições de ensino e as partes cedentes de estágio podem, a seu critério, recorrer a serviços de agentes de integração públicos e privados, mediante condições acordadas

em instrumento jurídico apropriado, devendo ser observada, *no caso de contratação com recursos públicos, a legislação que estabelece as normas gerais de licitação.*

Diante disso, quanto à necessidade de concurso público para contratação de estagiários, também não há na Lei nº 11.788/2008 exigência nesse sentido.

Isso decorre, por óbvio, da própria natureza do estágio, cuja finalidade precípua é a de fornecer a complementação da educação escolar, preparando o indivíduo para o mercado de trabalho, e não a de suprir mão-de-obra da entidade cedente.

Com efeito, a Constituição Federal traz em seu art. 37, II, a necessidade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, na forma prevista na lei.

O provimento de cargo e emprego público visa ao preenchimento, de forma efetiva (ressalvando-se os cargos em comissão), do quadro de pessoal da administração pública direta e indireta - finalidade completamente distinta daquela do estágio (que é fomentar a aprendizagem). Daí a necessidade de concurso público, de acordo com a complexidade do cargo ou do emprego, para o fim de selecionar aqueles que melhor realizarão a função pública.

Quanto ao convênio travado com o CIEE, o art. 5º da Lei nº 11.788/2008 afirma que as instituições de ensino e as partes cedentes de estágio podem, a seu critério, recorrer a serviços de agentes de integração públicos e privados, porém, no caso de contratação com recursos públicos, deverá ser observada a legislação que estabelece as normas gerais de licitação.

Todavia, essa não parece ser a hipótese dos autos, uma vez que o CIEE é entidade filantrópica e beneficente de assistência social, sem fins lucrativos, conforme se infere de seu estatuto social - art. 1º (fls. 179/193).

Desse modo, no presente caso, não seria exigível licitação para a contratação de agente intermediário.

Nesse sentido opinou o Ministério Público Federal (fls. 1091):

3. Quanto ao primeiro argumento, tenho que, embora seja de todo recomendável, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública, que a seleção dos estagiários seja realizado por meio de concurso público, tal como ocorre em diversos órgãos públicos, dentre eles esta Procuradoria Regional, é forçoso reconhecer que, à míngua de previsão constitucional e legal, a forma de seleção dos estagiários fica a critério da autoridade responsável em cada órgão - autoridade esta que, por evidente, estará sujeita à responsabilização civil, penal e administrativa na hipótese de algum desvio - obedecidas as demais disposições da lei de estágio. No caso, a autoridade responsável pela contratação dos estagiários no âmbito da Receita Federal em São Paulo optou por firmar convênio com o CIEE, conhecida entidade sem fins lucrativos, de objetivos filantrópicos e assistenciais (fls. 179/180), que há anos dedica-se a promover a integração entre os estudantes e empregadores, e contra a qual, ao menos nestes autos, não foi levantada qualquer suspeita de inidoneidade.

Quanto à legalidade da intermediação na contratação do estágio, importante observar que a nova lei de estágio (Lei nº 11.788/2008, publicada em 25/09/2008, portanto após a interposição do recurso), expressamente prevê a figura do agente de integração de estágio (art. 5º), cuja contratação dependerá de licitação somente quando houver aporte de recursos públicos, o que não parece ser o caso em tela, dada a natureza filantrópica do CIEE.

Desse modo, não prospera a alegação de que a contratação dos estagiários somente poderia ser feita por meio das instituições de ensino. Para elas, o art. 7º da Lei nº 11.788/2008 impõe uma série de obrigações no que tange ao estágio, mas não a de promover, com exclusividade, a alocação dos estagiários nas instituições ofertantes.

Portanto, não se vislumbra qualquer ilegalidade na contratação de estagiário por intermédio do CIEE.

Quanto ao acesso às informações sigilosas, cumpre à Secretaria da Receita Federal limitar o acesso, na administração de suas atividades, e essa situação em nada se relaciona com a forma de contratação dos estagiários, se por concurso público, se por convênio de cooperação.

Com efeito, o acesso às informações sigilosas do contribuinte deve ser limitado, na forma do previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional, todavia, não há nos autos qualquer demonstração de que tais informações estão sendo obtidas de forma indevida pelos estagiários da Receita Federal.

Essa é a conclusão do *parquet*:

Vale lembrar, ainda, que nos termos do art. 3º da Lei nº 11.788/2008, o estágio deve ser exercido sob constante orientação e supervisão, cabendo ao servidor orientador definir as atividades do estagiário e, por conseguinte, definir quais informações lhe estarão disponíveis. Além disso, é sabido que a Receita Federal adota rigorosos controles de acesso a seus sistemas de informação, realizado sempre por meio de senhas, que permitem a identificação do usuário e eventual responsabilização pelo uso indevido de informações sigilosas, seja ele servidor ou estagiário, uma vez que ambos estão compreendidos no amplo conceito de servidor público, previsto no art. 327 do Código Penal.

Finalmente, no tocante à alegada inexistência de pertinência temática entre as atividades da proposta de estágio e o curso atendido pelo estagiário, na forma da Lei nº 11.788/2008, o estágio deve ser supervisionado, tanto pela Instituição de Ensino, como pela parte cedente, e esse é um dos meios para se aferir a compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso (art. 3º).

Nos autos, não há qualquer comprovação de que houve tal desvio entre o termo de compromisso firmado e as atividades desenvolvidas pelos estagiários, de forma que não há motivos para condenar a União a cumprir a lei se inexistente prova de seu descumprimento.

Também assim concluiu o *parquet*:

Contudo, as alegações da apelante, no sentido de que o requisito da pertinência não estaria sendo observado pelo órgão, são genéricas e carentes de qualquer comprovação. É dizer, a recorrente apenas alega a necessidade de pertinência - o que não se duvida - mas não demonstra como tal requisito não é observado no âmbito da Receita Federal. E não há como nem porque condenar a União Federal a cumprir a lei se inexistente prova de que não a cumpre.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

**APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0005311-61.2006.4.03.6104
(2006.61.04.005311-0)**

Apelante: TIAGO DE OLIVEIRA CALIGIURI
Apelada: UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AMS 292578
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2012

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. LIBERAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO ACADÊMICA. CERTIFICADO DE COLAÇÃO DE GRAU. NÃO COMPARECIMENTO AO ENADE. PEDIDO DE JUSTIFICATIVA INDEFERIDO. IMPOSSIBILIDADE.

- O ENADE - Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes compõe obrigatoriamente o currículo dos cursos de graduação (Art. 5º, § 5º da Lei nº 10.861/2004 e art. 28 da Portaria MEC nº 2.051/2004).
- Ciência prévia e inequívoca pelo estudante da data de realização do exame.
- Não comparecimento por motivos profissionais. Pedido de dispensa e de justificativa indeferidos pelo Ministério da Educação.
- Recusa da Universidade impetrada em emitir o certificado de colação de grau. Ausência de ilegalidade. Cumprimento aos imperativos da lei.
- Não verificada ofensa ao princípio da isonomia. O ENADE visa à avaliação do padrão de qualidade do ensino superior no País e não ao aluno de forma individual.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de apelação em Mandado de Segurança impetrado por TIAGO DE OLIVEIRA CALIGIURI por meio do qual objetiva obter provimento jurisdicional que determine ao Secretário Acadêmico do Campus Boqueirão da Universidade Católica de Santos/SP que expeça o seu certificado de colação de grau no Curso de Arquitetura e Urbanismo daquela Instituição.

A sentença proferida pelo Juízo *a quo* denegou a segurança sob o fundamento de que a negativa da Instituição de Ensino em expedir referido documento acadêmico encontra amparo legal no art. 5º, § 5º da Lei nº 10.861/2004 em razão da não realização pelo impetrante do Exame Nacional de Curso - ENADE e do não acolhimento de seu pedido de dispensa pelo Ministério da Educação (fls. 130/135).

Apela o impetrante requerendo a reforma integral da r. sentença. Argumenta ofensa ao princípio constitucional da isonomia tendo em vista que a Lei nº 10.861/2004 utiliza-se de procedimentos amostrais para selecionar quais candidatos irão se submeter ao ENADE (fls. 151/167).

Com contrarrazões subiram os autos a este E. Tribunal (fls. 170/174).

O Representante do Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 179/181).

É o relatório.

Dispensada a revisão na forma regimental.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): No caso dos autos, o impetrante frequentou o curso de Arquitetura e Urbanismo promovido pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS e no ano de sua colação de grau foi selecionado, por critério de amostragem, para participar do Exame Nacional Desempenho dos Estudantes - ENADE agendado para realizar-se no dia 06 de novembro de 2005.

Ocorre que o impetrante, em 14 de novembro de 2005 (após a data do exame, portanto), encaminhou requerimento à Diretoria de Estatística e Avaliação da Educação Superior do MEC (não há protocolo), afirmando que se viu impossibilitado de comparecer no exame por motivo de compromissos profissionais agendados para a mesma data do exame. Solicitou na oportunidade ser dispensado da realização do ENADE (fls. 42).

No entanto, tanto a solicitação de dispensa bem como a justificativa foram indeferidas, conforme documento acostado a fls. 51 dos autos.

Nos termos do artigo 5º, § 5º da Lei nº 10.861/2004 e art. 28 da Portaria MEC nº 2.051/2004, o ENADE compõe obrigatoriamente o currículo dos cursos de graduação.

Observa-se que referido diploma legal ainda traz disposições quanto ao critério de habilitação do estudante que deverá submeter-se ao ENADE, prevendo que sua seleção ocorra por meio do critério de amostragem nos termos do § 2º do seu artigo 5º.

O impetrante foi selecionado e conforme documento de sua lavra acostado a fls. 42, admitiu o recebimento de notificação em 02.11.2005 cientificando-lhe de maneira prévia e inequívoca, de que deveria participar do ENADE 2005 cuja realização estava agendada para o dia 06.11.2005.

Assim, o que se espera do estudante é a máxima diligência sobre os assuntos de sua vida acadêmica, mormente em se tratando do cumprimento de disposição legal necessária à emissão de seu certificado de colação de grau.

Desta forma, observa-se que a Instituição de Ensino impetrada agiu em plena conformidade com as disposições da legislação em vigor ao negar ao impetrante a expedição de seu certificado de conclusão de curso.

Acaso agisse de maneira diversa estaria a Instituição de Ensino agindo em dissonância aos imperativos da lei e indiretamente afastando a obrigatoriedade do ENADE aos alunos que a ele foram habilitados.

Consiste em atribuição do Ministério da Educação conferir dispensa de comparecimento de seu exame aos alunos para ele indicados, e eventual contestação do requerimento indeferido, como no caso dos autos, deveria ser dirigida ao Ministério da Educação.

Nesse sentido já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES (ENADE) - PRELIMINARES - MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO - LEGITIMIDADE - INTERESSE DE AGIR - PRESENÇA - MÉRITO - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO IMPETRANTE - AUSÊNCIA - DISPENSA DA REALIZAÇÃO DO EXAME.

1. A Primeira Seção tornou pacífico que o Ministro de Estado da Educação é parte legítima nas ações de segurança relativas à dispensa do ENADE. A autoridade ministerial exerce o poder decisório final no processo de dispensa, legitimando-o a responder por eventuais faltas de serviço.

2. O interesse de agir é patente pois o art. 5º, § 5º, da Lei Nº 10.861/04 determina que “O ENADE é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação”, uma vez não realizado o exame, ou devidamente dispensado pela autoridade competente, o estudante poderá deixar de obter o diploma de curso superior.

3. Conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é imprescindível a ciência inequívoca do estudante para o comparecimento e realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE).

4. Precedentes: MS 14.895/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 24.2.2010, DJe 18.3.2010; MS 14.147/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 21.8.2009. Segurança concedida. (MS 201000346099 - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator HUMBERTO MARTINS - STJ - 1ª Seção - DJE: 31/05/2010).

MANDADO DE SEGURANÇA - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP - AVALIAÇÃO DO ENADE - EXAME OBRIGATÓRIO.

1. A avaliação do ENADE é realizada através da aplicação de provas escritas àqueles que estão concluindo os cursos de graduação, na modalidade de avaliação em larga escala.

2. O objetivo da avaliação é o curso, e não os graduados.

3. O ENADE é um exame obrigatório para aqueles alunos selecionados e condição indispensável para a emissão do histórico escolar, entretanto, a legislação prevê hipóteses de dispensas, que devem ser recebidas, avaliadas e emitidas oficialmente pelo MEC.

4. Não é da competência do INEP promover qualquer ato referente à dispensa do estudante do exame.

5. É pacífico o entendimento do STJ neste sentido.

6. Preliminar arguida acolhida, processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao INEP. 7. Remessa oficial não provida.” (0034667-79.2007.4.03.6100 - AMS - UF: SP - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - TRF 3ª Região - DJ: 23/09/2010 - Relator: DES. FEDERAL NERY JÚNIOR).

Outrossim, não se vislumbra no caso ofensa ao princípio constitucional isonomia conforme asseverou o apelante.

O critério de amostragem previsto no § 2º do art. 5º da Lei nº 10.861/2004 foi criado com o objetivo de submeter o estudante habilitado à realização do ENADE para avaliar a qualidade do ensino da Instituição de Ensino e não do aluno individualmente, pois o que se almeja é traçar um esboço do padrão de qualidade do Ensino Superior oferecido atualmente no País.

Portanto, não se trata de penalidade pela não realização do exame, mas sim do não cumprimento de requisito curricular.

Assim, não se verifica qualquer ilegalidade no ato praticado pela autoridade impetrada, qual seja, a recusa na emissão do certificado de colação de grau do impetrante, uma vez que o impetrante não cumpriu a exigência legal para obter tal concessão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0031338-65.2008.4.03.9999
(2008.03.99.031338-1)

Apelante: LUCIANO RODRIGUES LAURINDO TRANSPORTES
Apelados: UNIÃO FEDERAL E DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER/SP
Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1324943
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/07/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO RETIDO - NÃO CONHECIMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - ACIDENTE EM LINHA FÉRREA - PASSAGEM DE NÍVEL - SINALIZAÇÃO DEFICIENTE E EXCESSO DE VELOCIDADE - CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA - INDENIZAÇÃO - REDUÇÃO PELA METADE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. De acordo com o artigo 523, § 1º, do CPC, compete à apelada reiterar expressamente, nas contrarrazões de apelação, a apreciação do agravo retido pelo Tribunal. Recurso não conhecido.

2. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3. Na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ adota a responsabilidade subjetiva, de sorte a reclamar a presença de culpa ou dolo do agente público para a configuração do dever de indenizar. Contudo, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.

4. *In casu*, as condições deficitárias do cruzamento entre a rodovia e a linha férrea eram de conhecimento geral. No entanto, tanto a Ferrovia, quanto o DER, não se desincumbiram tempestivamente do dever de construir ou exigir a construção de passagem inferior ou superior, solução ideal para impedir acidentes no local. Deixaram, outrossim, de adotar providências alternativas e provisórias para a redução de riscos.

5. *In casu*, a par da responsabilidade das rés (sinalização deficiente e excesso de velocidade da locomotiva), demonstrou-se a concorrência da vítima para o acidente, consubstanciada no excesso de velocidade empreendido pelo caminhão. De rigor, pois, a redução da indenização pela metade.

6. Juros de mora e correção monetária nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/10 do Conselho da Justiça Federal. Quanto aos juros, devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do C. STJ.

7. Sucumbência recíproca (art. 21, *caput*, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de julho de 2012.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, ajuizada por Luciano Rodrigues Laurindo Transportes em face da Ferroviária Paulista S/A (FEPASA) e do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER), objetivando receber indenização por danos materiais, decorrentes de acidente de trânsito.

Narra a autora que, em 29 de setembro de 1996, por volta de 19h10min, caminhão-trator e reboque de sua propriedade foram atingidos por composição ferroviária da primeira ré, no instante em que seu preposto realizada a travessia de passagem de nível. Nesse passo, requer a condenação das rés à reparação dos danos materiais sofridos, ante a deficiente sinalização na área, bem assim o excesso de velocidade empreendido pela locomotiva.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 08/51.

Regularmente citada, a FEPASA contestou o feito (fls. 65/71). Aduziu culpa exclusiva do preposto da demandante. Insurgiu-se, ademais, contra os valores indenizatórios pleiteados.

O DER também apresentou contestação, pugnando a improcedência do pedido (fls. 85/87).

Réplica às fls. 94/100.

Agravo retido interposto pela Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA), sucessora da FEPASA, às fls. 195/199.

Depoimentos testemunhais às fls. 253 e 272/273.

A sentença julgou improcedente o pedido, reconhecendo a culpa exclusiva da vítima, consubstanciada no excesso de velocidade e no desrespeito à sinalização viária (fls. 304/308). Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em apelação, a autora pugnou o reconhecimento da culpa concorrente e o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 318/320).

Contrarrazões às fls. 347/352 (DER) e 357/361 (RFFSA).

Por força da MP nº 353/07, que dispôs acerca da extinção da Rede Ferroviária Federal S/A e da assunção de suas obrigações pela União Federal, os autos foram remetidos a esta Corte.

Submeto o processo à audiência do revisor.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Aprecio, inicialmente, o agravo retido.

Conforme dispõe o artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil, compete à apelada reiterate expressamente, nas contrarrazões de apelação, a apreciação do agravo retido pelo Tribunal. Dessa feita, não formulado pedido nesse sentido, não conheço do recurso.

Superado esse ponto, passo à apreciação do mérito.

A Constituição Federal de 1988 adotou, em seu artigo 37, § 6º, a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva da Administração Pública, na modalidade do risco administrativo, de sorte que o particular se encontra dispensado de comprovar o dolo ou a culpa dos agentes públicos a fim de obter a reparação do dano sofrido. Transcrevo:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, em se tratando de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexa causal, prescindindo a responsabilidade objetiva da comprovação de culpa do agente.

Assim leciona o Professor Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª Edição, Editora RT, 2006, p. 654:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Vale ressaltar que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, assim como as demais pessoas jurídicas de direito privado auxiliares do Estado no desempenho de serviço público, também se submetem à regra estampada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, responsabilizam-se objetivamente pelos comportamentos comissivos de seus agentes.

E a natureza pública do serviço de transporte ferroviário, por seu turno, não comporta discussões, entendimento que deflui da redação do artigo 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 21. Compete à União:

...

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

...

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

Na mesma esteira, transcrevo as elucidativas palavras do Professor Rui Stocco (*in* “Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência” - 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 289):

Como os serviços de transporte aéreo, ferroviário, aquaviário, rodoviário, marítimo, fluvial e lacustre são privativos da União (CF/88, art. 21, XII), mas podem ser delegados à iniciativa privada, e considerando que o art. 37, § 6º, dessa mesma Carta estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, ressalta evidente que a responsabilidade dessas pessoas jurídicas, na exploração dessa atividade que interessa ao Estado, será objetiva, prevalecendo esse entendimento, posto que as disposições contrárias contidas na legislação específica não foram por ela recepcionadas.

Nesse contexto, a União Federal, na qualidade de sucessora de companhia concessionária de serviço público (Decreto nº 2.502/98 c/c Medida Provisória 353/2007), deve responder objetivamente pelos prejuízos causados pela sucedida, impondo-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal.

Assim já decidiu esta E. Turma:

ADMINISTRATIVO - ATROPELAMENTO - COMPOSIÇÃO DA RFFSA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANO ESTÉTICO NÃO REQUERIDA - REDUÇÃO DA SENTENÇA AO LIMITES DO PEDIDO - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Autor que sofreu atropelamento por composição de propriedade da extinta Rede Ferroviária Federal S/A, no momento em que efetuava travessia da linha férrea. 2. Sendo a extinta Rede Ferroviária Federal S/A, sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, sucedida pela União Federal, a hipótese enquadra-se à teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual, o Estado responde por comportamentos comissivos de seus agentes, que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 3. Constatada a presença dos três requisitos necessários, quais sejam, a conduta negligente e imprudente, os prejuízos de ordem física e psíquica causados ao autor e o nexo de causalidade entre a conduta culposa e os danos, é cabível a indenização por danos morais, a cargo da União Federal, sucessora da extinta RFFSA. 4. Redução da sentença aos limites do pedido quanto à condenação por dano estético. 5. Devida pensão mensal a partir do momento em que seria constitucional o exercício de atividade profissional pelo autor, ou seja, a partir do momento em que completasse 14 anos de idade. 6. Acolho o pedido da ré para afastar a necessidade da constituição de capital para o pagamento da pensão mensal ao autor. A extinta RFFSA, sociedade de economia mista prestadora de serviço público de transporte ferroviário gozava de presunção de solvabilidade e foi sucedida pela União Federal, de molde a se reconhecer a sua desnecessidade em favor do ente público. 7. Os juros moratórios incidem a partir do evento danoso, tal como decidido na sentença, aplicando-se o entendimento consagrado na Súmula nº 54 do C. STJ, o qual estabelece serem devidos no percentual de 6% ao ano. A correção monetária, por seu turno, incide a partir do momento em que foi arbitrado o valor, por já se encontrar atualizado, nos moldes do Provimento nº 26/2001 - COGE-TRF/3ª Região. 8. Honorários advocatícios reduzidos a 10% sobre o valor da condenação, considerando-se a natureza da ação, o tempo decorrido, a complexidade da causa e o trabalho realizado pelo advogado. (AC 200803990263535, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 17/05/2010 PÁGINA: 210.)

O comando insculpido no artigo 37, § 6º, da Lei Maior, também se aplica ao Departamento de Estradas e Rodagens do Estado de São Paulo.

Com efeito, cuida-se de autarquia vinculada à Secretaria dos Transportes, responsável por administrar o sistema rodoviário estadual, promover sua integração com as rodovias municipais e federais, bem assim viabilizar sua interação com os demais meios de transporte. Em síntese, sua missão institucional consiste em assegurar o adequado atendimento aos usuários do transporte de pessoas e cargas.

A natureza pública dos serviços prestados pelo DER, vale frisar, está explicitada no artigo 30 do Decreto-lei nº 16.546/46, diploma responsável por reorganizar a aludida autarquia estadual. Confira-se, por oportuno, o teor do dispositivo legal, *in verbis*:

Artigo 30 - O D.E.R. gozará das mesmas vantagens dos demais serviços públicos estaduais, nos correios, telégrafos, alfândegas, empresas de transportes e de serviços de utilidade pública.

Ainda antes de examinar o contexto fático posto a deslinde, cumpre delimitar a natureza da responsabilidade civil do Estado, nos casos em que o evento danoso decorre do comportamento omissivo de seus agentes.

Isso porque, no caso vertente, o pedido de reparação dos danos materiais está fundamentado não apenas no excesso de velocidade da locomotiva (conduta positiva), como também na sinalização deficiente da rodovia e da ferrovia (conduta negativa).

Particularmente na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ aponta ser o caso de responsabilidade subjetiva. Prevalece, assim, a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo ser cabível a indenização apenas se demonstrada a culpa ou o dolo.

Nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido.” (Recurso extraordinário - RE 382054/RJ, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 03/08/2004)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário

individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D. J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

(Recurso Extraordinário - RE 369820/RS, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 04/11/2003)

E assim também era o meu entendimento, conforme se verifica no seguinte julgado, cuja ementa transcrevo:

ADMINISTRATIVO. BACEN. REEXAME NECESSÁRIO. FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE CONSORCIAL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO NÃO-CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A sentença proferida contra autarquia submete-se ao reexame necessário, por força da disposição contida no art. 475, I do CPC, com a redação da Lei nº 10.352/01. 2. Inexistência de relação de consumo entre o consorciado e o BACEN, nos moldes do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, visto atuar este último como órgão fiscalizador da atividade consorcial, de molde a assegurar a idoneidade das instituições, resguardar a poupança popular e o interesse público. Não age como prestador de serviços ao consumidor, mas sim como órgão fiscalizador, cuja atuação é *ut universi*, não sendo a atividade fiscalizatória de molde a eliminar o risco do negócio. 3. *À responsabilidade por omissão do ente estatal aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, proveniente de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo por parte dos agentes competentes pelo desempenho da atividade fiscalizatória. (g. n.)* 4. Para imputar ao BACEN responsabilidade por conduta omissiva seria necessária a comprovação do descumprimento das atribuições legais conferidas a partir de 1º de maio de 1991, por disposição expressa contida no art. 33 da Lei nº 8.177/91. 5. Ausência de comprovação da desídia do ente fiscalizador. A celebração do negócio jurídico com a empresa administrada deu-se de forma livre e espontânea. Em nenhum momento o contraente buscou informações junto aos órgãos de fiscalização competentes sobre a empresa contratada, seja no que pertine à sua saúde financeira, seja concernente à sua capacidade para adimplir suas obrigações. 6. A situação de insolvência da administradora de consórcio decorre da má-gestão administrativa, miscigenada com atos fraudulentos praticados por seus dirigentes, não tendo o BACEN concorrido para agravamento de seu estado. 7. Ilegal a pretensão de atribuir responsabilidade solidária ao ente público por atividades fraudulentas da administradora. O negócio envolve riscos não ignorados pelo consorciado, pelos quais não pode responder o ente público diligente, sob pena de incidência indevida da teoria do risco integral, inaplicável no direito pátrio. Nesse caso, o ente público passaria de fiscalizador da atividade consorcial a garantidor dos negócios jurídicos celebrados, eliminando, completamente, os riscos da atividade negocial. 8. Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º do CPC. (AC 97030701388, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, DJU DATA: 01/07/2005 PÁGINA: 589)

Contudo, Doutrina mais recente passou distinguir omissão genérica (inexiste o dever individualizado de agir) de específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do não-impedimento da ocorrência). Para essa corrente, na segunda hipótese, a responsabilidade civil exsurge na modalidade objetiva, nos exatos termos

do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Esclarecedoras, no ponto, as palavras de Sérgio Cavalieri Filho, *in* “Programa de Responsabilidade Civil”, 9ª Edição Revista e Ampliada, ed. Atlas, página 252:

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. (g. n.)

Nossos tribunais, ainda que de forma minoritária, agasalharam a tese, reconhecendo a omissão específica e, por conseguinte, a responsabilidade sem culpa do Estado, nas hipóteses em que a inércia administrativa contribua direta e imediatamente para o não-impedimento do evento. Transcrevo:

CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATO ILÍCITO DO PODER PÚBLICO. NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. MORTE. DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes, devendo apenas ser demonstrados o dano e o nexo causal que justifica a obrigação do Estado indenizar. 2. No caso, a responsabilidade da ré é resultante da omissão de seu dever de fiscalizar (omissão específica), encontrando-se comprovado, nos autos, que a embarcação foi liberada por agente da Capitania dos Portos, não obstante se encontrar com excesso de carga e de passageiros, conforme demonstram a prova testemunhal e o laudo de exame pericial indireto. 3. Inexistência de culpa concorrente, visto que as vítimas não contribuíram para o acidente, configurando o nexo de causalidade que justifica o dever da União de indenizar aos parentes os danos morais sofridos. 4. O termo inicial da correção monetária, tratando-se de indenização por dano moral, é a data em que foi fixado o valor da condenação, que, no caso, é a partir da sentença. 5. Os juros moratórios fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, incidem a partir da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando passam a ser calculados pela taxa Selic, a qual engloba juros e correção monetária, não incidindo, a partir daí, qualquer outra atualização. 6. Apelação desprovida. 7. Remessa oficial parcialmente provida. (AC 199941000014425, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, 20/04/2009)

ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISTINÇÃO ENTRE DEVER GENÉRICO E DEVER ESPECÍFICO DE AGIR. HIPÓTESE DE OMISSÃO A DEVER ESPECÍFICO DE FISCALIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. BURACO GRANDE NO MEIO DA VIA PÚBLICA MUNICIPAL. ACIDENTE COM MOTOCICLETA. RESULTADO MORTE. OMISSÃO ESPECÍFICA. CARACTERIZADA. TESES DEFENSIVAS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. FATO DE TERCEIRO. NÃO DEMONSTRADAS. INDENIZAÇÃO E PENSIONAMENTO PARA FILHA MENOR DE IDADE. SENTENÇA MANTIDA. Impõe-se o reconhecimento da obrigação de indenizar danos causados por omissão a dever específico de fiscalizar, zelar e conservar as vias públicas da localidade municipal. No caso dos

autos, a inobservância deste dever legal culminou na morte de um indivíduo que trafegava de moto e caiu numa grande vala aberta no meio de via pública. Os limites da pensão fixados para filha menor de idade da vítima devem ser mantidos. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário Nº 0014805394, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 30/04/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. DANO MORAL. Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova. Restando caracterizada senão a ação dolosa de agentes policiais do Estado, ao menos a omissão culposa do ente público quanto ao dever de vigilância no presídio, cuidando da integridade física e moral dos detentos conforme determinação constitucional vigente (art. 5º, XLIX, da CF/88), resta configurada a responsabilidade pelos danos daí advindos, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, sendo que, no caso, a responsabilidade é ainda objetiva, porquanto decorrente de omissão específica. Ademais, ainda que assim não fosse, a responsabilidade subjetiva encontra-se configurada, caracterizada pela negligência do Estado quanto ao dever legal de vigilância no presídio. O dano moral decorre do próprio fato ilícito, sendo que a prova, nesse caso, é prescindível, estando *in re ipsa*. Valor da indenização arbitrado em 300 salários mínimos. APELO PROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70006519847, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 26/04/2006)

Essa orientação foi por mim sufragada a partir do julgamento da Apelação Cível/Reexame Necessário nº 200403990254220 (DJF3 CJ1 Data: 17/05/2010 página: 167), nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SENTENÇA ILÍQUIDA. ILEGITIMIDADE. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE VEÍCULO. MÁ CONSERVAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. 1. Apenas o autor tem interesse em recorrer da decisão que remete a apuração do *quantum* de condenação à fase de liquidação da sentença. 2. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 3. Na hipótese de omissão, conforme jurisprudência predominante do STF e do STJ, adota-se a responsabilidade subjetiva. Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas apresentam distinção entre omissão genérica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é condição que propicia a ocorrência do dano, ou seja, causa adequada do não-impedimento do resultado lesivo) e específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do dano), incidindo, no último caso, a responsabilidade objetiva do Estado. 4. No caso dos autos, o ato omissivo da União, materializado no estado de má conservação do veículo acidentado, foi causa determinante do dano.

Entretanto, melhor refletindo sobre a questão, tenho por inaplicável a distinção entre omissão genérica e específica.

Na verdade, se após a análise da extensão do dever de agir e da real possibilidade de impedimento do resultado, concluir-se pela irrelevância da conduta omissiva, sequer emerge a responsabilidade do Estado. De outro lado, comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, a teor do precitado artigo

37, § 6º, da Constituição Federal.

Essa solução, vale frisar, prima pela conveniência de homenagear o texto constitucional, o qual não aparta, para fins de aplicação da responsabilidade sem culpa, os casos em que o prejuízo advém de comportamento positivo dos agentes públicos das hipóteses em que o dano deflui de conduta negativa.

Esse, aliás, o escólio de Yussef Said Cahali (*in Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª edição, ampliada, revista e atualizada, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1996, p. 286), cuja lição reproduzo:

Por outro lado, desde que exigível da Administração a execução da obra ou prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido.

A questão, portanto, desloca-se para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em se de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado.

Notoriamente elástico o conceito de exigibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquisição necessária do elemento “culpa ou dolo”.

Na amplitude conceitual de conduta estatal exigível, embora se pretenda comportar as causas da obrigação “à lei, ao contrato ou ato ilícito” (Toshio Mukai), mais adequadamente se permite identificar na causa da obrigação indenizatória o “descumprimento de um dever jurídico estatal” (Celso Antônio Bandeira de Mello); aliás, a própria inexigibilidade da conduta administrativa pretendida, desqualificando a noção de “dever jurídico”, para transformá-la em obrigação convencionalmente natural, conceitualmente não exigível.

Ademais, cumpre destacar que o C. Supremo Tribunal Federal já aplicou a responsabilidade objetiva à hipótese de omissão do Estado. Confira-se:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - *Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder*

Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). (g. n.) - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109615/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 02/08/96)

Importa anotar que a noção estrita de causa, concebida como nexo físico entre conduta e resultado (visão mecanicista), não tem aplicação às hipóteses de responsabilidade por omissão, porquanto a abstenção não tem o condão de engendrar alterações no mundo fenomênico, *a priori*.

Todavia, existindo dever de agir imposto por lei, a conduta omissiva ganha relevância na cadeia fática, podendo gerar efeitos jurídicos diretos e imediatos, consistentes na obrigação de indenizar. Dessarte, sob o prisma lógico-jurídico, poder-se-ia falar em nexo de causalidade normativo.

Na mesma senda, os seguintes precedentes das Cortes Regionais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA SOFRIDA POR PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE DO AEROPORTO DE BRASÍLIA. ATENDIMENTO MÉDICO SUBSEQÜENTE. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, DESDE O INGRESSO DA PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE ATÉ O TRATAMENTO MÉDICO NO HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS. DANO DECORRENTE DE OMISSÃO. CAUSALIDADE NORMATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA. 1. Alega-se que as filhas da Autora não puderam acompanhá-la até a sala de embarque do Aeroporto de Brasília, local em que, desassistida, sofrera uma queda, não tendo recebido em seguida o devido socorro. Atribui-se, por isso, à INFRAERO e à TAM - Serviços Aéreos Regionais omissão na prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros. 2. *Só é causal a omissão quando haja o dever de impedir o resultado (causalidade normativa)*. Esse dever de impedir o evento danoso tem origem: a) em um mandamento expresso ou tácito da ordem jurídica (Constituição, lei, norma infralegal ou direito costumeiro, que imponham obrigação de cuidado, proteção ou vigilância); b) na

submissão particular do agente a essa espécie de obrigação (contrato ou posição de garante); c) em comportamento anterior que crie o risco de ocorrência do resultado. 3. Na sentença, foi colocado em evidência que o “Manual do Usuário do Transporte Aéreo”, trazido aos autos pela própria Autora, estabelece que “passageiros com problemas de saúde devem solicitar à empresa aérea, de forma antecipada, o atendimento especial durante toda a viagem. A solicitação deve ser acompanhada de informações sobre a necessidade do uso de macas, cadeiras de rodas, ambulância etc”. 4. Essa providência não foi tomada e a própria Autora diz, em seu depoimento, que “anda normalmente, não tem quaisquer problemas de desequilíbrio”. Não havia, pois, obrigação especial, particularmente da INFRAERO, de acompanhamento da Autora. 5. No mais, não ficou provada ausência de assistência normal, que se dá a todos os passageiros, até o momento em que aconteceu o acidente. Da mesma forma, em seguida ao evento, foi dado atendimento compatível com as circunstâncias ou, no mínimo, não está demonstrado que o atendimento tenha sido inferior à média que se espera em tais situações. 6. Negado provimento à apelação. (AC 199834000284447, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, 29/10/2009)

PROCESSUAL PENAL E PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - CRIME AMBIENTAL - ART. 54, § 2º, II, da LEI Nº 9.605/98 C/C OS ARTIGOS 13, § 2º, “A” E 29, DO CÓDIGO PENAL - DENÚNCIA COM RELAÇÃO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO NÃO RECEBIDA - AUSÊNCIA DE PROVA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE AUTORIA. I - A Agência Nacional do Petróleo - ANP foi denunciada, pois segundo narra a denúncia, a autarquia não observou o dever legal de fiscalizar satisfatoriamente a base petrolífera Vila Carioca da Shell do Brasil a fim de evitar o dano ambiental (crime omissivo impróprio). II - A ANP tem o dever legal de fiscalizar diretamente, ou por meio de convênios, as atividades da indústria de petróleo. III - A fim de que a ANP seja responsabilizada na esfera penal por omissão deve estar comprovado que havia a possibilidade de agir para evitar o resultado, assim como deve haver um nexo de causalidade normativa entre o fato e a omissão. IV - Embora a ANP tivesse ciência de que tinha o dever de agir, não há nos autos nenhum elemento de prova demonstrando que a ANP tivesse conhecimento da situação fática. V - Os empregados da empresa contratada pela ANP para a realização da fiscalização, estão sendo acusados de terem elaborado relatório atestando a total regularidade da base da Vila Carioca, quando esta não a era real situação fática. Diante deste relatório, a ANP não tinha como ter o conhecimento de que era necessário tomar atitudes para impedir o resultado danoso. VI - Em razão da inexistência de prova do dolo abrangente, e, por conseguinte de indícios da relevância penal da omissão da ANP, conclui-se pela sua atipicidade. VII - A responsabilização penal nesta hipótese seria objetiva, o que é inadmissível no Direito Penal. VIII - Recurso a que se nega provimento. (RSE 200461810037379, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 08/04/2010)

Feitas essas considerações, passo ao exame dos fatos.

A responsabilidade da autora pelo acidente, consubstanciada na imprudência do motorista do caminhão, dispensa maior aprofundamento. Com efeito, além de as provas produzidas nos autos indicarem excesso de velocidade, a própria demandante, em suas razões recursais, admite essa circunstância.

O reconhecimento da culpa concorrente da vítima, no entanto, não implica necessariamente a exclusão da responsabilidade do Estado (ou de quem lhe faça as vezes no desempenho de serviço público), podendo engendrar, conforme o caso, o abrandamento dos valores devidos a título de indenização.

Isso porque, a despeito de o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, demandar apenas a

comprovação do dano e do nexo causal, reconhece-se, em sede doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de se perquirir em torno do elemento subjetivo nas situações em que o lesado concorrer culposamente para o evento danoso.

Nesse sentido, os seguintes julgados do C. Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. Constituição Federal, art. 37, par. 6. I. - *A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.* II. - *Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.* III. - No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sobre o fundamento de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, par. 6., da Constituição. IV. - R.E. conhecido e provido. (g. n.) (RE 178806, CARLOS VELLOSO, STF - DJ 08/11/1994)

Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima. - *Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3 - AgRg e RE 113.587).* - No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (g. n.) (RE 120924, MOREIRA ALVES, STF - DJ 27-08-1993)

Doutrina de escol, a despeito de divergir quanto ao fundamento da repartição da responsabilidade, espousa a mesma orientação. Cito:

Contudo, quando se trata de reponsabilidade do Estado a questão já se controverte e não mais exsurge pacífica.

Aliás, seria impróprio falar em “concorrência de culpas”, usando a expressão no plural, pois se a responsabilidade do Estado é objetiva, porque sustentada na teoria do risco administrativo, segundo a dicção do art. 37, § 6º, da CF/88, não se pode falar em “culpa” do Poder Público, exceto naquelas hipóteses em que sua responsabilização só pode ocorrer com fundamento na culpa aquiliana, como ocorre com a chamada *faute du service* (...).

...

Força convir e confessar, entretanto, que a jurisprudência vem se manifestando em sentido contrário ao aqui defendido, admitindo a concorrência de culpa da vítima, para efeito de redução do valor da indenização, na proporção de sua participação culposa.

A questão colocada é de difícil solução até porque poderá conduzir a injustiças e iniquidades. Isto porque, na hipótese de *faute di service* - a falta ou falha do serviço, em que se fala em culpa anônima da Administração e, por exceção, o Estado só responde mediante verificação

de culpa, poder-se-á, de *lege lata*, em “concorrência de culpas”, ou seja, a recíproca contribuição para a eclosão do evento. Contudo, em sendo objetiva a responsabilidade do Estado, não haveria tal “concorrência”, pois deste se inexistia comportamento culposos.

Diante disso, por força de evidente discrimen e ofensa à isonomia, quer parecer que se poderá aplicar, por analogia e tendo em vista o princípio da equidade, o art. 945 do CC e, então, reduzir equitativamente a indenização, segundo o grau da culpa da vítima, embora não se cuide de “compensar culpas”. (*Tratado de Responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência* - Rui Stoco. - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1096/1097)

Se houve concorrência de culpa entre a vítima e o Estado, há o compartilhamento da responsabilidade civil, o que não significa afirmar que a indenização devida corresponderá a exatos 50% do valor estimado.

Esse é um exemplo claro da necessidade de verificar o elemento subjetivo atinente à atuação estatal, para apurar a responsabilidade civil do Estado. (*Curso de direito administrativo* - Marçal Justen Filho. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 803/804)

In casu, sem embargo da contribuição culposa do preposto da autora, o acervo probatório indica que as rés concorreram em igual medida para o sinistro. Senão vejamos.

Com relação à extinta FEPASA, sua responsabilidade pelo acidente reside não apenas no excesso de velocidade empreendido pela locomotiva (50% acima da velocidade permitida para o trecho), mas também pela deficiente sinalização da área, em especial ante a ausência de cancela em funcionamento por ocasião do abalroamento.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes excertos do laudo produzido pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, *in verbis* (fls. 40/41):

Há que se considerar ainda que o trem trafegava a 15Km/h, sendo que no local a velocidade máxima permitida é de 10Km/h.

(...)

O motorista do caminhão tinha uma visão limitada da passagem de nível, mesmo quando próximo dessa, em virtude da geografia do local (declividade da pista com barrancos e vegetação nas margens da direita e esquerda da pista) restringindo o campo de visão do motorista a praticamente ao trecho da linha que atravessava a pista.

(...)

Porém a cancela não funcionava a noite, segundo informações dos funcionários da FEPASA. Talvez, se a cancela estivesse impedindo o cruzamento, esta poderia chamar a atenção do motorista do caminhão a uma distância maior do que aquela que teria pra avistar o trem.

(...)

Então, a Equipe Técnica sugere que, numa tentativa de evitar novos acidentes, seja instalado no cruzamento da linha férrea com a rodovia, um sinalizador luminoso, o qual chamaria a atenção dos motoristas a grande distância, principalmente a noite e também que sonorizados luminosos, digo, sonorizadores asfálticos e redutores de velocidade fossem instalados sobre a pista, em ambos os lados.

Competia ao DER, por sua vez, conservar e fiscalizar a rodovia onde se deu a colisão, zelando pela correta sinalização de trânsito. Em outras palavras, tinha a autarquia estadual o dever jurídico de manter a rodovia que explora em condições seguras, adotando medidas de prevenção e fiscalização permanentes.

Sucedee que, mesmo cientificado a respeito da necessidade de instalação de lombadas ou obstáculos congêneres no local dos fatos, o DER quedou-se inerte, relegando a data futura a solução definitiva do cruzamento, a qual deveria consistir, segundo a própria autarquia, na implantação de cruzamento em desnível.

Reproduzo, por oportuno, trecho do Ofício nº DR.3/EXT-094, por meio do qual o DER respondeu negativamente à solicitação da FEPASA (fl. 82):

A implantação nas rodovias estaduais, de obstáculos do tipo lombada, com a finalidade de reduzir a velocidade dos veículos, devem atender às exigências do CONTRAN, estabelecidas pela Resolução nº 635-23/11/84 e Resolução nº 666-28/01/86.

Tendo em vista que as condições de tráfego e técnicas do local, não atendem àquelas estabelecidas nas referidas resoluções, e ainda que este tipo de solução, é paleativa e temerária, pois acarreta em acréscimo ao número de colisões traseiras de veículos e que conforme expõe V. Sa., o local está bem sinalizado, o atendimento à solicitação fica dessa forma prejudicado. Entretanto, ao que nos cabe, não envidaremos esforços para dotar o referido cruzamento de solução definitiva, que corresponde à implantação de um cruzamento em desnível, solução que todavia independe apenas de nossa vontade.

Extrai-se dos autos, portanto, que as condições deficitárias do cruzamento eram de conhecimento das rés. No entanto, tanto a Ferrovia, quanto o DER, não se desincumbiram tempestivamente do dever de construir ou exigir a construção de passagem de nível inferior ou superior, solução ideal para impedir acidentes no local. Deixaram, outrossim, de adotar providências alternativas e provisórias para a redução de riscos, tais como a manutenção da cancela em funcionamento ou a instalação de sinais luminosos e sonorizadores asfálticos.

Em situação análoga, assim já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai do seguinte aresto, cuja ementa transcrevo:

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. ESTRADA DE FERRO. PASSAGEM DE NÍVEL. ACIDENTE COM ÔNIBUS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECRETO Nº 1.832/96. SINALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS. 1. O § 4º do art. 10 do Decreto nº 1.832/96 estabelece que o encargo de executar obras de segurança nos cruzamentos em ferrovias é do construtor mais recente, determinando que sejam feitas às suas expensas. Entretanto, esse dispositivo não comporta interpretação de que a obrigação de fiscalização e manutenção dos sistemas de segurança sejam transmitidos ao construtor nem elide a responsabilidade da empresa que explora as linhas ferroviárias em relação aos acidentes ocorridos nas ferrovias. 2. Colisão entre trem e ônibus escolar em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do ônibus, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário. 3. Recurso especial não-provido. (RESP 200400189220, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 23/10/2006 PG: 00289)

Nesse passo, reconhecida a responsabilidade concorrente entre as demandadas (em igual medida entre si) e a vítima, mister perquirir em torno da existência do dano e, em caso positivo, fixar sua extensão.

Conforme se depreende do laudo do Instituto de Criminalística (fl. 39) e das fotos juntadas às fls. 42/51, a existência de avarias nos veículos é extreme de dúvidas, ou seja, o *an debeatur* está plenamente demonstrado pela demandante.

Posso isso, passo à delimitação do *quantum* indenizatório.

Em relação ao caminhão-trator, os orçamentos acostados aos autos (fls. 20/21) indicam que o conserto do veículo atingiria montante superior ao valor mercado. Por conseguinte, este último deve ser considerado como limite da indenização.

Nesse ponto, muito embora inexista nos autos orçamento referente ao valor de venda do veículo, revela-se razoável aquele indicado na petição inicial (R\$ 45.000,00), o qual, ademais, não foi contestado especificamente pelas rés.

Insta consignar, nos termos do artigo 335 da Lei Adjetiva Civil, ser possível ao julgador lançar mão das regras de experiência comum para formar sua convicção, não havendo óbice para sua utilização na fixação do *quantum* indenizatório.

A respeito do tema, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in Código de Processo Civil Comentado*, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, 2010, Editora Revista dos Tribunais. Nota 1 ao art. 335, p. 641):

Este artigo contém um plus em relação ao CPC 126. Admitem-se aqui as máximas da experiência. “Os costumes são fontes do direito e distinguem-se das máximas de experiência. Estas representam juízo de valores, tanto na aplicação da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, juízos de valores estes individuais. Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social” (Gonçalves. RP 37/85)

Desse montante, todavia, deve ser subtraído o valor da carcaça ou sucata do veículo acidentado. Dessa feita, considerando que a FEPASA requereu a redução em 50% e não houve impugnação da autora, reputo pertinente fixar o prejuízo, no que toca especificamente ao caminhão trator, em R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Quanto à carreta, adequado o valor pleiteado, na medida em que a autora apresentou 3 (três) orçamentos (fls. 22/24) e optou pelo menor deles (R\$ 6.440,00 - seis mil, quatrocentos e quarenta reais), não havendo nos autos elementos capazes de infirmar o pedido.

Não se pode olvidar, consoante já explanado no presente voto, que a vítima concorreu culposamente para o acidente. Consequentemente, os valores apurados supra (R\$ 22.500,00, para o caminhão-trator; R\$ 6.440,00, para a carreta), devem ser reduzidos pela metade. Desarte, de rigor a fixação dos danos materiais em R\$ 14.470,00 (quatorze mil, quatrocentos e setenta reais).

O valor da condenação deve ser corrigido com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/10 do Conselho da Justiça Federal (cf. STJ, 1ª Turma, REsp 743075/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/06/06).

No tocante aos juros moratórios, de rigor sua incidência a partir do evento danoso, a teor da Súmula nº 54 do C. STJ. Em relação aos índices, devem ser aplicados aqueles previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a saber: 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; taxa SELIC, a partir de então até junho

de 2009 (artigo 406, CC/02); e o percentual incidente sobre a caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com a redação atribuída pela Lei nº 11.960/09), de julho de 2009 em diante.

Quanto a esse último dispositivo, importa anotar que o C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.205.946/SP, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (cf. Informativo de Jurisprudência nº 485), alterou seu posicionamento anterior, consignando que os juros de mora, consectários legais da condenação principal, possuem natureza eminentemente processual. Nesse passo, concluiu-se ser imediata a aplicação da alteração introduzida pela Lei nº 11.960/09 (princípio *tempus regit actum*), orientação que passo a adotar.

Honorários advocatícios a cargo das partes em relação aos seus procuradores, *ex vi* do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por não conhecer do agravo retido e dar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0016657-75.2012.4.03.0000

(2012.03.00.016657-1)

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP

Interessados: UNIÃO FEDERAL E OUTROS

Excluídos: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS
RENOVÁVEIS - IBAMA E CIA. AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB

Classe do Processo: SuExSe 2952

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2012

DECISÃO

I - Retifique-se a autuação, modificando-se a classificação do presente incidente de “Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela” para “Suspensão de Execução de Sentença”. Certifique-se.

II - Trata-se de pedido de suspensão de sentença formulado pelo Estado de São Paulo contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Assis/SP que, nos autos da ação popular nº 0000050-40.2010.403.6116, julgou parcialmente procedente o pedido para, entre outras condenações, determinar a suspensão das obras destinadas à implantação de uma unidade prisional no Município de Florínea/SP, até que seja realizado o licenciamento do empreendimento perante o IBAMA, com a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), na forma do art. 225, inc. IV, da Constituição Federal (fls. 76).

Requer a suspensão da decisão pelos seguintes fundamentos:

a) Risco de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública, em decorrência do déficit de vagas no sistema prisional: Aduz que “o Estado de São Paulo sofre no presente momento uma superlotação em suas unidades prisionais e carcerárias” (fls. 6), e que “o déficit já alcança o número aproximado de 83 mil vagas” (fls. 6), tornando necessária a construção da Unidade Prisional de Florínea, com vistas a reduzir o mencionado excedente carcerário nos presídios paulistas. Alega que a “superlotação de unidades prisionais significa risco de fugas, rebeliões e suas drásticas consequências como morte de presos, funcionários, depredação do patrimônio público, entre outras, representando claro perigo de lesão à ordem pública e à segurança da população do Estado de São Paulo, incluindo os funcionários das unidades prisionais, os detentos e seus familiares” (fls. 7). Sustenta haver risco de lesão aos cofres públicos, já que a “paralisação das obras poderá implicar em responsabilização da Administração em face das empresas contratadas” (fls. 7). Argumenta que há risco de lesão à saúde pública “em razão da propagação de doenças infecto-contagiosas, como tuberculose, AIDS, entre outras constantemente detectadas em unidades prisionais, e que encontram na aglomeração humana veículo ideal para sua propagação” (fls. 7/8).

b) Regularidade do licenciamento ambiental perante o órgão estadual: Alega que “o IBAMA reconheceu expressamente competir aos órgãos estaduais (no caso, a CETESB) o licenciamento da obra em questão, uma vez que é desprovida de potencial para causar significativo impacto de âmbito nacional ou regional” (fls. 9), e que há “manifestação da SABESP de que o lançamento dos esgotos pré-tratados poderá ser encaminhado até a Estação de Tratamento

de Esgotos de Florínea” (fls. 9).

Requer a suspensão da tutela antecipada concedida na sentença, “propiciando o seguimento das obras” (fls. 11).

A fls. 177/184, o Ministério Público Federal ofereceu parecer, opinando pelo indeferimento do pedido de suspensão, sustentando que “sob a justificativa da urgência para a realização do necessário empreendimento, não pode o Poder Público olvidar-se de observar os efeitos danosos que a obra pode provocar a outros bens difusos, neste caso o meio ambiente” (fls. 181), e que o mero Estudo Ambiental Simplificado “é insuficiente para mensurar o significativo impacto ao meio ambiente, em especial com relação aos dejetos de esgoto a serem lançados nos afluentes do Rio Paranapanema” (fls. 182). Entende, ainda, caber ao IBAMA a competência para o licenciamento ambiental da obra, por haver “risco de dano potencial à área correspondente ao Estado do Paraná” (fls. 183).

A União, a fls. 214/216, ofereceu manifestação favorável ao deferimento do pedido de suspensão, apenas por entender que não detém competência para fiscalizar a obra, na forma como determinada no item “d” da sentença (item “d” da sentença - fls. 76/77: “(d) CONDENAR a UNIÃO em obrigação de fazer, consistente no dever de fiscalizar, de forma a não permitir que a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO dê prosseguimento na construção da obra sem adequado licenciamento”).

A fls. 219/233, Paulo Roberto Athaliba e outros - na condição de autores da ação popular subjacente -, manifestaram-se sobre o pedido de suspensão. Aduzem que “os Municípios de Florínea e Pedrinhas Paulista, perfazem uma população de aproximadamente 6.000 (seis mil) habitantes e a efetivação do empreendimento prisional, produziria um acréscimo de cerca de 17% à população local, além do acréscimo indireto, considerando a instalação de familiares de funcionários e detentos” (fls. 220). Alegam que haverá considerável aumento de resíduos orgânicos, sólidos e líquidos, provocando no meio aquático um processo de “eutrofização artificial”, que fará com que “o ecossistema passe a produzir maior quantidade de matéria orgânica do que é capaz de consumir e decompor” (fls. 220). Sustentam que a construção do presídio poderá ocasionar sério dano ambiental ao Rio Paranapanema, “último grande rio não poluído do Estado” (fls. 223) e “divisor natural entre os estados de São Paulo e Paraná” (fls. 223). Entendem que “a continuidade da obra, além do manifesto potencial de dano ambiental, causará despesas irreversíveis em caso de procedência definitiva da ação popular, como ter-
raplanagem, salários de funcionários das empresas que executam a obra, dentre outras” (fls. 226/227). Afirmam, por fim, que a suspensão de obra é incapaz de gerar grave risco à ordem e à segurança, tendo em vista que as 768 vagas que se pretende criar “REPRESENTAM MENOS DE 1%, em relação ao alegado déficit de vagas no sistema de 83.000 vagas” (fls. 230), e que a sentença “visa proteger o bioma aquático do Rio Paranapanema (último grande rio não poluído do estado) e o patrimônio público, por evitar gastos públicos com obra que pode vir a ser proibida definitivamente” (fls. 232).

A manifestação veio acompanhada de cópia de “Parecer sobre os impactos ambientais potenciais gerados pela possível instalação de uma unidade prisional no município de Florínea, Estado de São Paulo”, elaborado por Professores do Departamento de Ciências Biológicas da Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), *campus* de Assis (fls. 234/246).

Passo ao exame.

A hipótese é de indeferimento do pedido de suspensão.

As alegações de risco de grave lesão à ordem, à segurança e à saúde trazidas pelo Es-

tado de São Paulo decorrem todas de um mesmo problema: a existência do grande déficit de 83.000 vagas no sistema carcerário. A superlotação dos presídios - problema de inquestionável gravidade, e que merece solução urgente - constitui motivo hábil a justificar a construção de novas unidades, no menor espaço de tempo possível. Não justifica, porém, que deixem de ser observadas outras exigências não menos sérias, como o respeito às normas de proteção ao meio ambiente.

Assim posta a questão, penso ser equivocado dizer que a sentença de primeiro grau provoca sério risco à segurança, à ordem e à saúde, por supostamente criar entraves à construção de presídios pelo Estado. Juridicamente correta ou não, a sentença de primeiro grau não objetiva impedir a expansão do sistema carcerário, pretendendo apenas compatibilizar a criação de novas unidades prisionais com as regras de Direito Ambiental que entende aplicáveis, evitando que se coloque em risco o meio ambiente, a saúde e a vida das pessoas que residem no local.

Neste contexto, entendo que a suspensão da sentença traria mais riscos ao interesse público do que benefícios. Explico.

A criação de uma unidade prisional, inegavelmente, consiste em obra que introduz significativas modificações na região em que instalada, notadamente no que diz respeito à concentração de pessoas, acrescendo à população do município, a população carcerária, familiares dos presos, empregados e também seus respectivos familiares, além das pessoas que farão visitas esporádicas à cidade. O impacto é ainda mais significativo em cidades de pequeno porte - como é o caso de Florínea -, que conta com cerca de 3.000 habitantes, e que, segundo estimativa do MPF (fls. 183), poderá sofrer um acréscimo populacional de aproximadamente 17% (dezessete por cento). Um aumento populacional desta ordem resultará em maior produção de resíduos, exigindo que os serviços de saneamento básico e de coleta de esgoto tenham de operar nos limites de sua capacidade. Também torna maior a demanda por serviços hospitalares e a circulação de veículos.

No caso *sub judice*, pretende-se instalar uma unidade prisional nas proximidades da Bacia do Médio Paranapanema, perto de afluentes do Rio Paranapanema, que dista 7 (sete) km do local da obra (fls. 90). Observo que no “Parecer Técnico” da CETESB que antecedeu a licença de instalação concedida por aquele órgão, considerou-se, como opção, o lançamento de esgoto tratado nas águas da Bacia do Médio Paranapanema, após procedimento de desinfecção, conforme ora transcrevo (fls. 143):

Segundo o estudo há duas alternativas para o tratamento e destinação dos esgotos gerados no empreendimento. A primeira alternativa é o pré tratamento dos esgotos por meio de grade, peneira e caixa de areia e o seu encaminhamento até a ETE de Pedrinhas Paulista.

A segunda alternativa é implantação de uma unidade própria de tratamento constituída de pré tratamento conforme exposto e um tratamento biológico, onde serão empregados reatores UASB seguidos de filtros biológicos submersos aerados e decantadores, com posterior desinfecção do efluente com UV. Após a desinfecção, os efluentes tratados serão lançados no corpo receptor, o Ribeirão do Bugio, enquadrado na classe 2, segundo o Decreto Estadual nº 10.755/77 e pertencente à Bacia do Médio Paranapanema - UGRHI 17 - Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos Médio Paranapanema. Esse corpo de água possui uma vazão crítica de Q_{7,10} DE 266 L/s, obtida pela aplicação da metodologia da Regionalização Hidrológica no Estado de São Paulo, proposta pelo DAEE, e receberá os esgotos tratados por meio de um emissário por gravidade, com cerca de 3 km de extensão.

Outrossim, verifica-se que a concessão da “Licença Ambiental de Instalação” pela CE-

TESB ocorreu sem que houvesse um projeto claro e definitivo para o sistema de tratamento de esgotos da unidade prisional que se pretende criar. Destaco trecho do documento que assim revela (fls. 160/161):

j. Apresentar dimensionamento completo e projeto executivo do sistema de tratamento de esgotos a ser implantado na unidade prisional;

A CPOS informa que essas exigências serão atendidas pela licitante vencedora, na vigência da LI.

As justificativas para isso não foram apresentadas formalmente, no entanto, em outros projetos similares, foi alegado que:

- a ETE é um sistema isolado, podendo ser executado em fase distinta do início de execução das obras de construção da unidade prisional;

- a contratação dos serviços correspondentes à ETE, somente poderão ser efetivados após a contratação da empresa que irá construir a unidade prisional, ou seja, após a homologação e adjudicação do processo licitatório; e

- posteriormente à contratação das obras o projeto executivo da ETE será enviado à CETESB para fins de análise e aprovação, previamente à sua execução.

A CETESB tem entendido que de fato a implantação das obras da ETE, que neste caso é apenas um sistema de pré tratamento, são independentes da implantação da unidade prisional e num espaço de tempo muito menor haja visto seu porte. Assim, serão estabelecidos prazos, contados a partir da adjudicação do processo licitatório para apresentação do projeto da ETE, que entende-se possa ser postergado para a fase de implantação do empreendimento. Ressaltamos que, juntamente com a apresentação do projeto do sistema de tratamento dos esgotos da unidade prisional, deverá ser apresentado, também, o projeto básico do emissário final, bem como a necessária documentação comprovando o domínio de posse ou documento do proprietário(s) da sua área de passagem, autorizando sua implantação e as condições de lançamento estabelecidas pela SABESP. (grifos meus)

Além disso, é necessário ponderar que a unidade prisional que se deseja construir, muito provavelmente abrigará um número de presos bem superior à sua capacidade, com possível risco de que o sistema de esgotos não consiga suportar a quantidade de dejetos gerados no presídio, vindo a apresentar problemas no sistema de coleta dos resíduos.

Destaco, ainda, que os meios de comunicação têm noticiado vários casos de presídios que apresentaram complicações em seus sistemas de esgoto, não raro lançando os efluentes, sem tratamento, diretamente nos rios. Menciono alguns exemplos:

Penitenciária no interior de SP é interditada por poluir rio

A juíza Alexandra Lamano Fernandes, da Vara Cível de Boituva, determinou a interdição da Penitenciária Estadual Odon Ramos Maranhão, em Iperó, a 125 quilômetros de São Paulo, por estar poluindo com esgotos o Rio Sarapuí, que abastece 63 mil pessoas. Os 716 presos dos regimes fechado e aberto terão de ser transferidos. Caso a ordem não seja cumprida, a Fazenda do Estado será penalizada com multa diária de R\$ 5 mil.

(...)

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) capta a água desse rio para abastecer os moradores das duas cidades. A SAP argumentou que o lançamento era feito 2.200 metros abaixo da captação e que os esgotos eram tratados. Um laudo técnico da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (Cetesb) mostrou que as lagoas de tratamento apresentavam vazamentos de material não tratado. “A existência de infiltrações nas lagoas proporciona, em última análise, a poluição do solo e, conseqüentemente, do rio”,

concluiu a juíza, na sentença. (extraído do *site* estadao.com.br; notícia de 27/11/06)

Esgoto de penitenciária de Avaré, SP, vaza em sítios vizinhos

(...)

O vazamento de esgoto por um duto de manutenção da penitenciária Nelson Marcondes do Amaral preocupa moradores de chácaras vizinhas. Segundo Umberto Vendramento, genro de um dos proprietários, o problema já ocorre há dois meses.

O vídeo ao lado, feito na última sexta-feira (02), mostra o esgoto vazando livremente para dentro de um sítio próximo à penitenciária. O líquido chega a atingir um riacho que corre para propriedades vizinhas, colocando em risco as pessoas e os animais que vivem no local, além de contaminar o riacho.

O presídio fica a pouco mais de um quilômetro do local, mas o duto de esgoto passa por dentro do sítio. Uma parte dele está exposta. (extraído do *site* g1.globo.com; notícia de 07/12/11)

Presídios lançam esgoto in natura em rios de SP

(...)

O esgoto produzido pelos presos de parte das 144 unidades prisionais de São Paulo está poluindo rios e córregos vizinhos. Os dejetos se transformam em esgoto clandestino e vão direto, muitas vezes sem tratamento, para mananciais.

(...)

Um dos casos mais gritantes é o da Penitenciária 2 de Itirapina, região central do Estado. O esgoto é lançado numa rede coletora do município, mas, para chegar até lá, passa sob alguns bairros da cidade. Como a população carcerária aumenta a cada ano, nos horários de pico o sistema não dá mais conta do volume jogado na rede, que extravasa pelos bueiros. “Num dos trechos, ele jorra na frente de uma creche”, diz Feliques Henrique de Oliveira, secretário de Saneamento Básico de Itirapina.

(...)

“Ainda não temos um diagnóstico geral. O relatório que está sendo feito em parceria com a Secretaria da Administração Penitenciária deve ficar pronto ainda este mês”, disse a secretária estadual de Saneamento e Energia, Dilma Seli Pena.

Dilma admitiu que há problemas em vários presídios, principalmente sobre a operação e manutenção das estações de tratamento de efluentes. “Quando se construíram as penitenciárias, foi aprovado projeto de esgoto próprio. Outras são mais antigas. E sempre há problemas de manutenção. Estamos procurando soluções em caráter de urgência”, afirmou.

(...)

A batalha é longa. Há quatro anos, moradores da Granja Viana, na divisa de São Paulo, Osasco e Cotia, tentam impedir que dois córregos da região sejam condenados pelo esgoto dos Centros de Detenção Provisória 1 e 2, localizados em Osasco. Dejetos de 4.600 presos - num volume de 63 metros cúbicos por hora, de acordo com laudo da Sabesp - são desviados sem tratamento, para o Rio Ipê.

(...)

De fato, os CDPs de Osasco foram construídos para abrigar uma população bem menor que a atual. Cada unidade tinha capacidade para 768 detentos e 200 funcionários. Hoje, os dois CDPs abrigam 4 mil presos. No final de semana, recebem mais 700 visitantes.

De acordo com a Cetesb, o problema está no sistema de bombeamento do esgoto, que não tinha manutenção inadequada.

(extraído do jornal “O Estado de S. Paulo”; notícia de 04/09/07)

Por outro lado, os cursos de água das proximidades do local escolhido para a implantação do presídio são de importância vital para a população da região. Assim se extrai da sentença proferida na ação popular originária (fls. 71):

No mais, não havendo solução técnica previamente definida, até porque os efetivos impactos ambientais sequer foram mensurados, o princípio da precaução recomenda que se leve em conta a possibilidade de poluição do corpo receptor dos efluentes tratados, qual seja, o Ribeirão Bugio, que serve à satisfação das necessidades básicas da população residente à sua margem, bem como dos animais ali existentes.

Observa-se, por exemplo, que o mencionado ribeirão é utilizado no sistema de irrigação de culturas de arroz (fl. 502), na dessedentação de animais (fl. 503), bem como serve à captação de água, cujas finalidades não foram reveladas (fl. 504), e à balneabilidade (fls. 504/505).

Por fim, não se pode olvidar que o Ribeirão Bugio deságua no Rio Paranapanema, do qual muitas famílias tiram o seu sustento a partir da pesca e da exploração turística.

A mesma opinião é manifestada no “Parecer sobre os impactos ambientais potenciais gerados pela possível instalação de uma unidade prisional no município de Florínea, Estado de São Paulo”, elaborado por Professores da UNESP (*campus* de Assis), para os quais o lançamento inadequado dos dejetos produzidos no presídio poderia trazer as seguintes consequências: riscos de contaminação de água para consumo humano, com a possibilidade de disseminação de moléstias de veiculação hídrica, e até mesmo de óbito de crianças, por doenças decorrentes da ingestão de altas doses de nitrato; morte de peixes e surgimento de odor e cor indesejáveis na água, prejudicando o turismo, o lazer e a economia da região, a qual se encontra intensamente ligada à pesca e à comercialização de peixes; contaminação do lençol freático (fls. 240/244).

Diante destas circunstâncias, entendo que o pedido de suspensão deve ser indeferido. Não se encontra caracterizada a existência de risco à ordem, à segurança ou à saúde pública, uma vez que a sentença atacada não impediu a construção de presídios no Estado de São Paulo, mas apenas exigiu que a implantação destes seja realizada de acordo com as normas de Direito Ambiental aplicáveis ao caso.

De outro lado, a suspensão da sentença no presente momento mostra-se temerária, por estar configurada hipótese de *periculum in mora* inverso. Isso porque, a suspensão requerida poderia acarretar grave dano ambiental, colocando em sério risco a saúde e a vida dos moradores da região - que poderiam contrair doenças pelo consumo de água contaminada -, bem como a economia local - em razão dos prejuízos para o turismo e para a pesca. Como descrito com brilhantismo pelo E. Desembargador Federal Lazarano Neto, ao julgar a AC nº 0003485-85.2006.4.03.6108:

esta E. Corte não desconhece a premente necessidade de construção de presídios no Estado de São Paulo em decorrência do grave problema carcerário e de segurança pública reinante, sendo louváveis todas as iniciativas tendentes a resolver, ainda que paulatinamente, a questão proposta. Todavia, torna-se necessário enfatizar que a solução de um problema - carcerário e de segurança pública - não pode ser implementada de forma açodada a ponto de permitir a criação de outro problema que venha a atingir bem de igual interesse da coletividade, qual seja, o meio ambiente. (Sexta Turma, j. 03/09/09, v.u., DJ 22/09/09).

No presente momento, não há dados concretos, nem estudos precisos, que demonstrem com segurança que a construção do presídio não trará riscos à população local e ao meio ambiente. Suspender a sentença nestas condições implicaria apostar cegamente que a unidade prisional a ser construída não ocasionará danos ambientais, prescindindo da cautela e prudência exigidas pelo consagrado “princípio da precaução”, segundo o qual não deve ser praticada uma atividade cujos riscos para o meio ambiente e para a sociedade sejam desconhecidos ou incertos. Neste sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. Em matéria de meio ambiente, vigora o princípio da precaução. A ampliação de uma avenida litorânea pode causar grave lesão ao meio ambiente, sendo recomendável a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental até que sejam dirimidas as dúvidas acerca do possível impacto da obra. Agravo regimental não provido.

(AgRg na SLS nº 1.524, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 02/05/12, v.u., DJ 18/05/12, grifos meus)

Finalmente, o alegado risco à economia pública não se sustenta. A existência de contratos firmados e de investimentos feitos não constitui motivo para autorizar o prosseguimento da obra, assumindo-se o risco de futuro dano ambiental grave. Além disso, o prosseguimento da construção, antes da definição da viabilidade da obra, poderia resultar em má utilização de recursos públicos, caso venha a se provar - em eventual EIA/RIMA - que o local escolhido para o presídio é inconciliável com as exigências ambientais.

Logo, considerando-se que a suspensão da sentença poderia trazer risco de dano ambiental, em contrariedade ao que exige o interesse público, inviável a concessão da contracautela ora requerida.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa. Comunique-se. Int. Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 17 de julho de 2012.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

- Sobre a implantação de unidade prisional no município de Florínea/SP, veja também a seguinte decisão: SLAT 0009855-32.2010.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 101/49.

Direito Constitucional



AÇÃO RESCISÓRIA
0006420-02.2000.4.03.0000
(2000.03.00.006420-6)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: ANTÔNIO BAÚ E OUTROS
Sucedida: AMÉLIA PULIDO (falecida)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AR 1028
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA. URP DE JUNHO DE 1987. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. ÓBITO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. DECADÊNCIA. ÓBITO NO CURSO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO. CITAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 343 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O provimento jurisdicional combatido não determinou a modificação do critério de reajustamento de junho de 1987, contra o qual se volta o demandante.

2 - A ausência de interesse processual é matéria de ordem pública, devendo o juiz conhecê-la de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito, *ex vi* do § 3º do art. 267 do estatuto processual civil.

3 - Óbito da parte ocorrido antes da propositura da ação rescisória, não havendo como se considerar regularizada a *ilegitimatio ad processum* da ré, com a indicação e a citação do espólio no curso desta ação, pois a mácula já destacada acomete o processo desde antes da sua distribuição. A ausência dos pressupostos processuais impede, desde o início, a constituição da relação processual.

4 - Reconhecida a decadência em face dos sucessores da ré Amélia Pulido, uma vez que a sua individualização, nos termos do art. 282, II, CPC, somente se deu quando decorridos mais de quatro anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

5 - O Código de Processo Civil prevê consequências para aqueles que não promovem os atos e diligências indispensáveis ao regular processamento, devendo ser julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, conforme art. 267, III, do CPC, assim como estabelece o mesmo resultado diante da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo (art. 267, IV).

6 - Válida a citação editalícia promovida pelo Instituto Autárquico, pois, conquanto a primeira publicação tenha sido realizada apenas com a alcunha da ré, após a indicação do nome correto da citanda renovou-se o ato, suprindo-se, assim, eventual falha anteriormente existente.

7 - Não se aplica a Súmula 343 do STF quando a matéria ventilada na inicial se encontra fundamentada na interpretação de texto constitucional, ou seja, discute-se se a legislação ordinária foi ou não aplicada sob o reflexo da Lei Maior, uma vez que envolve a incorporação de índices inflacionários expurgados da economia no reajuste

dos benefícios previdenciários.

8 - Ao contrário do que ocorre com as atualizações dos valores atrasados em ações judiciais, não se admite a incorporação dos índices expurgados na renda dos benefícios. Precedentes do C. STJ.

9 - A determinação no sentido de que sobre a renda mensal dos benefícios de pensão por morte incidam percentuais de reajuste diversos do salário mínimo configura violação a literal dispositivo de lei, a ensejar o acolhimento desta ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC.

10 - Julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, *ex vi* do art. 267, VI, do CPC, em relação ao pedido de exclusão da incidência da URP de junho de 1987 no reajuste dos proventos, e, nos termos dos incisos III e IV, do mesmo dispositivo legal, com relação aos réus Amélia Pulido, Maria Carolina Masserco e Antonio Baú. Julgado extinto do feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, em face dos réus Joaquim Marcos de Melo, José Correia de Melo e Virginia Correia de Melo. Não conhecido o pedido de reconhecimento do caráter alimentar dos pagamentos já efetuados, rejeitadas as preliminares, julgada procedente a demanda rescisória, na parte impugnada, e improcedente o pedido de aplicação dos expurgos inflacionários nos benefícios em manutenção.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar extinto o feito, sem resolução de mérito, com relação aos réus Amélia Pulido, Maria Carolina Masserco e Antonio Baú, nos termos do art. 267, III e IV, do CPC, bem como o requerimento para afastar a incidência da URP de junho de 1987 no reajuste dos proventos, *ex vi* do art. 267, VI, do referido diploma legal; por maioria, julgar extinto do feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, em face dos réus Joaquim Marcos de Melo, José Correia de Melo e Virginia Correia de Melo e, quanto ao mais, por unanimidade, não conhecer o pleito formulado em contestação no sentido de ser reconhecido o caráter alimentar de pagamentos eventualmente realizados, rejeitar as preliminares suscitadas, julgar procedente a demanda rescisória, na parte impugnada, com fulcro no art. 485, V, do CPC e, em novo julgamento, julgar improcedente o pedido de aplicação dos expurgos inflacionários no benefício em manutenção, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de junho de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de ANTÔNIO BAÚ E OUTROS, objetivando a desconstituição do v. acórdão proferido nos autos da apelação cível nº 92.03.63183-6, o qual manteve a sentença que o condenou a aplicar os percentuais de inflação janeiro de 1989, IPC de abril de 1990 e IGP de fevereiro de 1991 na renda em manutenção dos benefícios.

Na inicial de fls. 02/10, sustenta o autor a violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), haja vista a inclusão dos expurgos inflacionários de junho de 1987, janeiro de 1989, abril de 1990 e fevereiro de 1991 na renda em manutenção dos benefícios, o que contraria as disposições contidas no art. 58 do ADCT, o qual regulamentava os critérios de reajuste à época. Requer, por fim, a dispensa do depósito prévio.

Contestação apresentada por *Antônio Baú* e *Maria de Oliveira Cardoso* às fls. 109/117, reputada válida, tendo em vista a regularização da representação processual (fls. 130 e 144). Em preliminar, alegam carência da ação, porquanto não comprovado o desacerto dos índices utilizados nos cálculos apresentados em execução, o que inviabiliza a rescisão com fulcro no art. 485, III, do CPC. No mérito, sustentam a inocorrência de conduta maliciosa e pugnam pela improcedência do pedido rescisório.

Vieram-me os autos, por redistribuição, em 18 de agosto de 2003 (fl. 181 vº).

Comunicado aos autos que *Amélia Pulido*, apontada como ré na inicial desta demanda, faleceu em 17.11.1996 (fls. 156/160), o INSS pediu a inclusão dos seus herdeiros (Joaquim Marcos de Melo, José Correia de Melo e Virgínia Correia de Melo), no pólo passivo, o que foi recebido como aditamento à mesma peça vestibular, nos termos da decisão de fl. 203.

Os réus *Joaquim Marcos de Melo* e *José Correia de Melo*, devidamente representados (fl. 243), apresentaram suas defesas às fls. 234/242, também sustentados na preliminar de carência da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido rescisório.

Benefício da assistência judiciária gratuita deferido aos mesmos réus (fl. 264).

A peça de defesa juntada às fls. 244/252 em nome da requerida *Maria Cícera da Silva Capelle*, após a sua citação por edital (fls. 104 e 209) foi tida por inexistente, nos termos do despacho de fl. 264, ante a não regularização da sua representação processual.

A defesa em seu nome, ofertada pela Defensora Pública da União às fls. 278/300, levantou a preliminar de nulidade da citação e, como consequência da ausência de citação válida até o momento, pediu o reconhecimento da decadência do direito da autora.

A mesma peça contestatória também suscitou preliminar de carência da ação, por ausência de interesse de agir, ao argumento de que a mesma ré, que não fora sequer localizada pela Autarquia para a citação pessoal, não se encontra recebendo benefício previdenciário. Debateu-se, ainda, pelo não cabimento da ação rescisória dada a controvérsia acerca da matéria. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, invocando o direito adquirido aos índices em questão.

Em nome de *Virgínia Correia de Melo*, citada pessoalmente à fl. 231, a defesa, também promovida pela Defensoria Pública da União, suscitou preliminar de carência da ação, por ausência de interesse de agir, ao argumento de que não fora comprovada a percepção de qualquer proveito financeiro de sua parte, decorrente do benefício da extinta segurada Amélia Pulido, titular do benefício combatido. Acrescentou, na oportunidade, que não há notícia de eventual conversão em pensão por morte e que eventual pagamento a maior não pode ser repetido, dado o caráter alimentar das prestações.

Ainda em preliminar, a referida ré invocou os preceitos das Súmulas nº 343, 134 e 3, do Supremo Tribunal Federal, do extinto TFR e do Tribunal de Alçada de São Paulo, respectivamente, todas no sentido do não cabimento da ação rescisória em situações de mera interpretação do texto legal. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, invocando o direito adquirido aos índices aferidos (fls. 393/414).

Na oportunidade de sua réplica, a autora rebateu as preliminares e pediu pelo acolhimento do pedido inicial (fls. 428/443).

Instados a especificar as provas que pretendiam produzir, tanto o INSS quanto as partes representadas pela Defensoria Pública da União manifestaram-se pela sua desnecessidade (fls. 456 e 458), tendo o prazo transcorrido *in albis* para os demais réus (fl. 459).

Em alegações finais, o Instituto Autárquico pede pela procedência do pedido inicial em seus exatos termos (fls. 465/473).

Com decurso de prazo para os demais réus se manifestarem (fl. 497), as razões finais em nome das requeridas Maria Cícera da Silva Capelle e Virginia Correia de Melo vieram aos autos às fls. 480/496, reiterando os termos da contestação acerca da nulidade da citação da primeira e da consequente decadência do direito do INSS, assim como as preliminares relativas à ausência de interesse de agir e ao não cabimento da ação rescisória por ter a decisão se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. No mérito, insistem na improcedência da ação.

Em parecer da lavra da i. Procuradora Regional da República Fátima Aparecida de Souza Borghi, o Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do pedido rescisório (fls. 498/503).

Juntado aos autos o extrato do CNIS de fl. 506, que informa o óbito do réu Antonio Baú, ocorrido em 31.05.2005 e noticiado pela Autarquia Previdenciária à fl. 555 que a requerida *Maria Carolina Masserco* (codinome Maria Carlina) faleceu em setembro de 1992, os autos foram suspensos para habilitação de eventuais herdeiros, com sucessivas prorrogações de prazos concedidas ao INSS (fls. 522, 533, 557, 560 e 566).

À fl. 567 o INSS informou aos autos a ausência de distribuições de inventários, arrolamentos e testamentos em nome de ambos os réus falecidos.

Decisão proferida por este relator no sentido de julgar extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil (fls. 574/576), reformada em sede de agravo regimental julgado às fls. 590/600.

Às fls. 606/609, a defesa pede pela extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência dos pressupostos de sua constituição e desenvolvimento válido e regular com relação às rés Maria Carolina Masserco e Virgínia Correia de Melo, herdeira de Amélia Pulido, considerando que a primeira e esta última já se achavam falecidas quando do ajuizamento da ação.

É o relatório.

À revisão na forma regimental (art. 34, I).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Afastada a tese da carência da ação por ausência de interesse de agir sustentada por este Relator, nos termos do julgado desta Seção em sede de agravo regimental, prossigo ao julgamento trazendo, inicialmente, novas preliminares, apresentadas a seguir.

De plano, verifico que o autor é *carecedor da ação* quanto ao pedido formulado no sentido de se afastar a incidência dos índices expurgados de junho de 1987 nas rendas dos benefícios em manutenção, vale dizer, de se obter uma sentença de mérito a respeito da pretensão deduzida, independentemente de lhe ser favorável ou não, do que resulta a necessidade impreterível de se extinguir a ação, sem resolução do seu mérito.

A melhor doutrina pátria alinha-se à teoria do mestre italiano Enrico Tullio Liebman, segundo a qual, são condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Acolhendo a mesma preleção, o Código de Processo Civil determina a extinção do processo, sem resolução do mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (art. 267, VI).

Importa à hipótese dos autos o interesse processual ou de agir - *ratio agendi* -, entendendo-se por este, a um só tempo, a necessidade de se reivindicar a tutela jurisdicional, a fim de que a pretensão material da autora, se resistida pelo *ex adverso* (conflito de interesse), possa ser atendida, e bem assim, a utilidade do resultado alcançado com o provimento final adequado.

Com efeito. Não há que se falar que o provimento jurisdicional combatido tenha determinado a modificação do critério de reajustamento de junho de 1987, contra o qual se volta o demandante.

In casu, conquanto o v. acórdão desta Corte (fls. 28/34 e 36/37) tenha feito breve referência em sua fundamentação à incidência da URP de junho de 1987, tal determinação não constou do pedido formulado pelos autores na ação subjacente ou da r. sentença de primeira instância, a qual foi reformada em grau de recurso tão somente para excluir a aplicação do índice de 84,32% correspondente ao IPC de março de 1990 e para fixar os juros de mora na forma indicada.

Não é demais relembrar que a matéria em evidência é de ordem pública, devendo o juiz conhecê-la de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito, *ex vi* do § 3º do art. 267 do estatuto processual civil.

Ainda em preliminar, observo que esta ação deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, em face do corréu *Antonio Baú*, conforme passo a expor:

Noticiado aos autos, por iniciativa do Juízo, que o passamento do aludido réu constava dos cadastros do INSS desde 31.05.2005, o processo teve seu curso suspenso, nos termos do despacho de fl. 505, datado de 20 de maio de 2008, o qual fixou o prazo de 30 (trinta) dias para as providências necessárias à correspondente habilitação de sucessores ou herdeiros.

Ciente da determinação judicial, o Procurador Federal Autárquico que representa a parte autora limitou-se a destacar que “a habilitação deve ser promovida pelos sucessores do réu” (fl. 512).

Este Juízo concedeu novo prazo para que o autor adotasse as medidas determinadas (fl. 522) e este, ciente, limitou-se a informar a inexistência de habilitação na ação originária, pugnando, sem maiores formalidades, pelo prosseguimento do feito (fl. 525).

Determinada a intimação pessoal do Procurador Chefe da Procuradoria Federal Especializada do INSS, nos termos do despacho de fl. 533, esta peticionou solicitando a dilação do prazo para as diligências necessárias à localização de eventuais sucessores (fls. 535 e 542), o que lhe foi deferido, conforme decisões de fls. 539 e 557. Não obstante, transcorreu-se *in albis*,

consoante averba a certidão de fl. 559.

Determinada, mais uma vez, a intimação pessoal para as providências cabíveis à espécie (fl. 560), um novo pedido de dilação de prazo (fl. 562) acabou deferido à fl. 566, já em 26 de abril de 2010. Contudo, através da petição de fl. 567, o requerente, que informou a ausência de distribuições de inventários, arrolamentos e testamento em nome do réu em questão, não apresentou qualquer pedido no sentido de se regularizar a situação dos autos.

Do primeiro despacho acima mencionado, proferido em 20 de maio de 2008, até a presente data, decorreram mais de dois anos sem o impulso necessário à regularização do pólo passivo em face do extinto réu.

O Código de Processo Civil prevê consequências para aqueles que não promovem os atos e diligências indispensáveis ao regular processamento, assim como estabelece a mesma solução diante da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo qual seja, a extinção do feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, incisos III e IV.

Destaco, ainda, a ocorrência de *carência da ação* em face das rés *Amélia Pulido e Maria Carolina Masserco* (que também assina Maria Carlina, conforme nota lançada no rodapé da inicial da ação subjacente - fl. 15), nos termos da manifestação da defesa apresentada às fls. 606/609.

Maria Carolina faleceu em setembro de 1992 e Amélia Pulido teve seu óbito registrado em 17.11.1996, conforme noticiado pela Autarquia Previdenciária à fl. 555 e fls. 156/160, respectivamente.

Ocorre que, à época, a ação subjacente ainda se encontrava em grau de recurso. Vale destacar que a sentença de primeiro grau data de 25 de junho de 1992 (fl. 27), a decisão da E. Primeira Turma desta Corte foi prolatada em 24 de maio de 1994 (fls. 28/34) e o Recurso Especial interposto pelo INSS em face do mesmo *decisum*, que restou conhecido apenas na parte relativa ao valor do salário mínimo de junho de 1989 e aos critérios da correção monetária das parcelas em atraso, data de 25 de maio de 1999 (fl. 59).

Ambas as mortes se deram antes de iniciado o exercício do direito subjetivo público de ação do autor, o que impede a qualidade de parte das rés em questão, dada a impossibilidade originária de serem demandadas, por evidente ausência de personalidade jurídica. Consequentemente, falta nesta ação a capacidade de direito do sujeito passivo ao contraditório e, portanto, os pressupostos processuais relacionados à aptidão de ser parte.

Ressalte-se que não há como se considerar regularizada a *ilegitimatio ad processum* das rés, com a indicação e a citação dos respectivos espólios no curso desta ação, pois a mácula já destacada acomete o processo desde antes da sua distribuição. A ausência dos pressupostos processuais, neste caso, impediu, já no início, a constituição da relação processual.

Não se cuida da hipótese de uma mera irregularidade na citação sanada em tempo hábil, pois a própria petição inicial, através da qual a atividade jurisdicional foi provocada, não individualizou a pessoa de eventual herdeiro ou espólio a quem a decisão aqui buscada poderia vir a obrigar, ou seja, não indicou o nome, estado civil e residência em face de quem se pede o provimento jurisdicional pretendido (art. 282, II, CPC).

As questões relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação se resolvem tecnicamente de ofício com a extinção do processo, a teor do art. 267, IV, § 3º e art. 301, § 4º, ambos do CPC.

Esta Seção especializada já se pronunciou sobre a mesma questão, quando do julgamento da AR nº 1999.03.00.039259-0, de relatoria da Juíza Federal Convocada Giselle França, em 10 de dezembro de 2009 (DJF3 2/2/2010).

Naquela oportunidade, o julgado, que destacava a inaplicabilidade da hipótese de substituição das partes prevista no art. 43 do CPC e o processamento nos termos do art. 1.055 do mesmo Código, concluiu pela inexistência do próprio título judicial então atacado, o que restou declarado de ofício, porquanto a morte das partes ocorrera em datas anteriores à citação na demanda subjacente.

No caso dos presentes autos os óbitos se deram em setembro de 1992 e em novembro de 1996, após a prolação da sentença de primeiro grau da ação subjacente, revelando-se, portanto, inadequada solução semelhante à já decidida por este Tribunal acerca da validade ou não do título judicial.

De qualquer forma, o fato das mesmas serem, há muito, já falecidas quando do ajuizamento desta ação, é o suficiente para determinar a sua exclusão do pólo passivo, o que se faz de ofício a teor do § 3º, IV, do art. 267 do Código de Processo Civil.

Neste passo, é de se reconhecer a prejudicial de decadência em relação aos herdeiros da extinta ré Amélia Pulido, quais sejam *Virginia Correia de Melo*, *Joaquim Marcos de Melo* e *José Correia de Melo*.

Uma vez consumado o prazo, a decadência, por ser matéria de ordem pública, deve ser considerada independentemente de arguição do interessado, consoante a inteligência do art. 210 do Código Civil, *in verbis*: “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”.

A teor da previsão expressa no art. 495 do CPC, “o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Num primeiro momento, a presente ação rescisória, porque proposta em 04.02.2000, se acha dentro do prazo bienal, tendo em vista que o *decisum* rescindendo transitou em julgado em 22.09.1999, conforme certidão de fl. 61.

Não obstante, na inicial desta causa, figurava como ré, dentre outros, a pessoa de Amélia Pulido, à qual não mais se podia atribuir personalidade jurídica e, portanto, capacidade processual, conforme já decidido neste voto, pois ela faleceu em 17.11.1996, data muito anterior à do ajuizamento desta demanda.

O autor tinha conhecimento do falecimento da referida segurada ocorrido antes do trânsito em julgado da ação subjacente, considerando que, conforme comunica a sua petição de fls. 156/158, “consta, em pesquisa no Sistema Único de Benefícios” que a aposentadoria por invalidez da qual ela era titular cessou em razão do seu óbito.

A Autarquia Previdenciária, no entanto, até a data em que protocolou a referida petição (11.03.2003) não tinha sequer sido informada sobre a existência de herdeiros ou espólio, partes existentes e legitimadas em face de quem haveria de postular. O pedido de inclusão dos herdeiros de *Amélia Pulido* no pólo passivo, somente foi formulado em 16 de janeiro de 2004 (fls. 196/197), sendo recebido como aditamento à inicial, nos termos da decisão de fl. 203.

Vale dizer que a individualização das pessoas a quem a decisão aqui buscada poderia vir a obrigar, ou seja, a indicação dos nomes e residências em face de quem se pede o provimento jurisdicional buscado (art. 282, II, CPC), somente se deu em 16 de janeiro de 2004, decorridos

mais de quatro anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Não se trata de sucessão processual, para o que seria necessário que o falecimento se desse no curso do processo, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil. A emenda à inicial já referida nada mais é do que uma tentativa da parte autora de adequação do pólo passivo da causa posta, porém inócua, já que a sua apresentação foi intempestiva.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA - SUBSTITUIÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO - MORTE OCORRIDA ANTES DO AJUIZAMENTO - INVIABILIDADE - ART. 43 DO CPC - DECADÊNCIA.

I - A sucessão processual ocorre no caso de falecimento de parte, ou seja, de quem já integre qualquer dos pólos da relação processual. II - Com sucessão *mortis causa* de parte na ação rescindenda, ocorre a transferência para os herdeiros da legitimação passiva para a ação rescisória. Mas o espólio ou os sucessores devem ser chamados ao feito pela forma própria, sendo do autor o ônus de promovê-lo tempestivamente.

III - A citação dos sucessores deve ser promovida dentro do biênio legal no caso de falecimento de parte da ação rescindenda antes do ajuizamento da ação rescisória.

III - Agravo regimental improvido.

(TRF2, 1ª Seção, AGRAR 2000.02.01.067529-9, Rel. Des. Ney Fonseca, j. 20.03.2003, DJU 08.04.2003, p. 93)

Portanto, em relação aos réus *Joaquim Marcos de Melo, José Correia de Melo e Virginia Correia de Melo*, concluo pela extinção do feito, com resolução do mérito, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apenas para esclarecimento dos meus pares, observo que o presente caso não se confunde com a hipótese versada no Agravo Legal em AR nº 2007.03.00.098110-6, julgado nesta Seção em 10 de maio do corrente ano, ocasião na qual propus a extinção do feito, com fundamento no art. 269, IV, do CPC, em relação a todos os corréus, por entender que se tratava da hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Desta feita, considerando que os litigantes da demanda subjacente ali se encontravam em situações jurídicas distintas, concluo que eventual desconstituição do julgado poderá ocorrer de maneira parcial, ou seja, observadas as unidades autônomas do *decisum*, aplicáveis a cada um dos réus.

Logo, o feito tem prosseguimento tão somente em face das rés remanescentes *Maria de Oliveira Cardoso e Maria Cícera da Silva Capelle*.

Dispensio o autor do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, nos termos do art. 24-A da Lei nº 9.028, de 12/04/1995, bem como da Súmula 175 do STJ, *in verbis*: “Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS”.

Maria de Oliveira Cardoso, em sua contestação apresentada às fls. 109/117, alegando que a via rescisória é inadequada “para os fins colimados ante os mandamentos do contido no Artigo 485, III, do Código de Processo Civil”, ao argumento de que não estariam comprovados desacertos de cálculos, sugere a extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir. Acrescenta que não teria restado comprovado que ela se tenha posicionado para além dos limites estabelecidos na coisa julgada e, por fim, que:

... o erro ensejador da via rescisória só pode ser o erro de fato e que seja capaz de alterar o julgamento da lide.

(...)

Nada de errado, portanto, ocorreu durante o processamento da execução da sentença intentada pelos ora Contestantes.

A menção ao inciso III do art. 485 do CPC, assim como a tese no sentido da inocorrência de erro de fato (art. 485, IX), ou mesmo a de acerto nos cálculos executados, destoam por completo da causa proposta com fulcro no inciso V do mesmo dispositivo legal, em face do próprio título executivo formado na ação de conhecimento.

Adentrando ao mérito, a peça oferecida pela defesa não apresenta melhor propriedade. Inicia reafirmando que observara “os limites da coisa julgada”, defendendo-se de eventual sugestão de deslealdade e má-fé.

Vê-se, portanto, que a referida contestação não ataca os fundamentos expendidos na inicial, nem demonstra as razões de fato e de direito pelas quais a decisão lançada na ação subjacente não deva ser rescindida. Resta flagrante a dissociação, porquanto não guarda pertinência com os termos da demanda.

Maria Cícera da Silva Capelle, por sua vez, levanta preliminar de nulidade da sua citação e, como consequência da ausência de citação válida até o momento, pede o reconhecimento da decadência do direito da autora (fls. 278/300).

Sustenta, em abono à sua tese, que a tentativa de citação pessoal se deu unicamente em nome de *Maria Cissa Capelli*, distinto do seu corretamente grafado, ou seja, de *Maria Cícera da Silva Capelle*. Dessa forma, segundo alega, a citação editalícia fora precipitada e, consequentemente, nula, inclusive porque não precedida de diligências junto aos órgãos públicos para a localização da demandada.

Destaco, inicialmente, que o aludido erro de grafia não macula a tentativa de localização da ré por meio pessoal, mesmo porque “Cissa”, na linguagem popular, é diminutivo de Cícera. Note-se, ainda, que na procuração outorgada perante o Oficial do Cartório de Registro Civil da Comarca de Pederneiras (fl. 19), consta que a outorgante Maria Cícera da Silva Capelle é “também conhecida por Maria Cissa Capelli”. Além do mais, essa informação constava, à época, no cadastro de seu benefício, conforme CNIS de fl. 158.

Da mesma forma, reputo como válida a citação editalícia promovida pelo Instituto Autárquico, pois, conquanto a primeira publicação tenha sido realizada apenas com a alcunha noticiada (fl. 165), após a indicação do nome correto da citanda (fl. 201) renovou-se o ato nos termos do edital de fl. 209, publicado na imprensa local nos dias 16 e 18 de outubro de 2006 (fls. 372/374), suprimindo-se, assim, eventual falha anteriormente existente.

A autora também sugere que a citação por edital é nula por não terem sido previamente esgotados todos os meios possíveis para a sua localização pessoal.

Tal argumento, contudo, não se sustenta.

Do mesmo instrumento público de procuração acima referido (fl. 19), consta que o endereço da demandada é situado na Fazenda São João, no Bairro Bariri, Município de Pederneiras/SP. Trata-se do mesmo endereço, indicado na inicial da ação subjacente (fl. 13) e diligenciado por Oficial de Justiça, no qual a citanda não é sequer conhecida, conforme certidão exarada à fl. 81.

No endereço constante dos cadastros do INSS, qual seja, Rua Siqueira Campos, 64, Zona Sul, Bairro Centro, no mesmo Município de Pederneiras/SP (fls. 156/158), a ré também não

foi localizada para citação pessoal, uma vez que também ali é desconhecida dos moradores, conforme certificou a Sra. Oficial de Justiça encarregada da diligência (fl. 174v).

Ademais, a lei processual não impõe o esgotamento exaustivo dos meios para fins de localização do réu, como a expedição de ofícios às repartições públicas, bastando, nos termos do art. 231, II, do CPC, que esteja em local incerto ou ignorado para que se proceda à citação editalícia.

Dessa forma, conforme bem destacou o próprio autor em petição lançada às fls. 428/433, “Não há que se falar em nulidade das citações, pois o INSS forneceu em juízo todos os endereços dos réus que tinha a sua disposição, endereços estes que foram diligenciados nos autos, sem êxito, porém quanto à localização dos requeridos”.

Válida a citação, resta prejudicada a argumentação da defesa acerca de eventual decadência.

A Defensoria Pública da União prossegue na defesa de Maria Cícera da Silva Capelle, sustentando as preliminares de *ausência de interesse de agir*, considerando que a requerida não está auferindo qualquer vantagem em razão do benefício revisado, e de *não cabimento da ação rescisória*, por ter a decisão se baseado em texto de interpretação controvertida à época do julgado.

Não procedem os argumentos da defesa.

Ressalte-se que existe interesse jurídico no resultado da lide, independentemente de estar ou não a ré auferindo benefício previdenciário objeto da revisão postulada na ação originária, uma vez que o potencial direito ao crédito remanesce, ao menos pelo período em que o provento esteve em manutenção. Alias, é de se destacar que persiste, em tese, o direito, inclusive, de se habilitar em futuras execuções a serem promovidas, fazendo com que os efeitos deste julgamento também as afetem.

Quanto à alegação de não cabimento da ação rescisória, vale lembrar que a Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, de fato, traz em seu enunciado que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”. Dessa forma, sempre que a controvérsia importar discussão sobre preceito infraconstitucional, não será mesmo possível o manejo desta espécie de ação.

Ocorre que a matéria aventada na inicial se encontra fundamentada na interpretação de texto constitucional, ou seja, discute-se se a legislação ordinária foi ou não aplicada sob o reflexo da Lei Maior, uma vez que envolve a incorporação de índices inflacionários expurgados da economia no reajuste dos benefícios previdenciários. É que a tese tem fulcro na discussão da existência ou não de direito adquirido aos referidos reajustes.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já assentaram entendimento, como se vê dos seguintes julgados:

EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento Origem.

(STF, 2ª Turma, REAgr 235794/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.11.2002, p. 45)

RECURSO ESPECIAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. SÚMULA 343/STF. AFASTAMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS. REAJUSTE. URP DE FEVEREIRO DE 1989. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme quanto ao cabimento da ação rescisória, com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil (violação literal de disposição de lei), quando a decisão rescindenda estiver fundada em norma constitucional de interpretação controvertida, afastando, nessa hipótese, a incidência do enunciado da Súmula nº 343 do Pretório Excelso, restrita à circunstância do texto legal haver ensejado interpretação divergente no âmbito dos tribunais.

2. Em havendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidido não haver direito adquirido dos servidores à incorporação do índice de 26,05%, relativo à URP do mês de fevereiro de 1989, é de se reconhecer que a decisão rescindenda interpretou incorretamente o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, ensejando a rescisão do julgado com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

3. Recurso conhecido e provido.

(STJ, 6ª Turma, RESP 213958/CE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/03/2003, DJ 31/03/2003, p. 276)

Dessa forma, afastada a carência da ação por não ser o caso de incidência da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, adentro-me na análise do *meritum causae*, o qual diz com a aventada ofensa a literal dispositivo de lei.

Da inicial do feito subjacente, cuja cópia se vê às fls. 13/15, extrai-se que as requeridas Maria de Oliveira Cardoso e Maria Cícera da Silva Capelle ajuizaram, junto ao Juízo de Direito da Comarca de Pederneiras/SP, ação de revisão da renda mensal de seus benefícios.

Pretendiam, segundo a mesma petição, a utilização do salário mínimo de Ncz\$ 120,00 no mês de junho de 1989, o pagamento dos 13º salários de 1988 e 1989 e nos exercícios seguintes, na forma do art. 201, § 6º, da Constituição Federal e a incorporação, para todos os fins e efeitos, dos percentuais da inflação de janeiro/89, dos IPCs de março e abril/90 e do IGP de fevereiro de 1991 em seus benefícios, mantendo, ainda, a equivalência pelo mesmo número de salários mínimos que viessem a ser apurados em liquidação.

A r. sentença de primeiro grau (fls. 21/27), julgou procedentes os pedidos formulados, o que foi reformado, em grau de apelação, apenas para exclusão da condenação ao percentual de 84,32%, relativo ao IPC do mês de março de 1990 e para que se explicitassem os juros moratórios, os quais, segundo o v. acórdão rescidendo, devem ser computados nos limites do art. 1.536, § 2º, do Código Civil (fls. 28/37), conforme itens que se destacam da ementa que segue:

PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTAMENTO E REVISÃO DE BENEFÍCIO.

(...)

- É devida a inclusão dos percentuais integrais da inflação nos reajustes de benefício previdenciário relativos aos meses de junho/87, janeiro/89, abril/90 e fevereiro/91, eis que tais índices refletem a real inflação na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo governo.

- O índice de 84,32% correspondente ao IPC de março/90 fica excluído da condenação, tendo em vista que a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal que acabou por consolidar-se no sentido de que o aludido percentual não incide nos reajustes de benefícios previdenciários.

(...)

- Os juros moratórios devem ser fixados nos limites do art. 1536, parágrafo 2º, do Código Civil.
- Apelação parcialmente provida (fl. 36).

Nesta oportunidade, pretende o INSS a desconstituição do v. acórdão, objetivando eximir-se da obrigação de incluir os índices expurgados nos reajustes dos benefícios.

Assiste razão à postulante.

Verifica-se, inicialmente, que as rés são beneficiárias de *pensão por morte de trabalhador rural* (NB 0919526802 - DIB 01/09/1974 e NB 0918771706 - DIB 01.06.1975), conforme demonstram os extratos do CNIS de fls. 312/313 e os anexos a esta decisão.

Ocorre que, nos termos da Lei Complementar nº 11/71, vigente à época das respectivas concessões, os proventos decorrentes de pensão por morte do trabalhador rural equivaliam a 30% do salário mínimo de maior valor vigente no País e foram posteriormente fixados em 50% do salário mínimo com a edição da Lei Complementar nº 16/73, consoante se vê *in verbis*:

Art. 6º A pensão por morte do trabalhador rural, concedida segundo ordem preferencial aos dependentes, consistirá numa prestação mensal, equivalente a 30% (trinta por cento) do salário-mínimo de maior valor no País.

Art. 6º É fixada, a partir de janeiro de 1974, em 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo de maior valor vigente no País, a mensalidade da pensão de que trata o artigo 6º da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.

É certo que o percentual descrito na legislação citada deixou de ser aplicado, por expressa determinação imposta no § 5º do art. 201 da Constituição Federal, redação original, o qual prescrevia, *in verbis*:

§ 5º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Não obstante, os benefícios cujos valores equivalem ao do salário mínimo, como é o caso dos autos, por estarem vinculados aos reajustes a este concedidos, não podem se submeter a quaisquer outros índices que venham a ser aplicados aos benefícios previdenciários de um modo geral.

Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que os benefícios das demandantes não estivessem permanentemente vinculados aos critérios de reajustamento próprio da política salarial do País, considerando que foram concedidos em data anterior à Constituição Federal de 1988, teriam permanecido a eles vinculados no período de abril de 1989 e dezembro de 1991, nos termos do art. 58 do ADCT.

Com efeito, a preservação do poder aquisitivo dos benefícios mantidos na data da Constituição Federal de 1988 foi assegurada pelo legislador constituinte, o qual determinou a sua recomposição em número de salários mínimos que representava na data de concessão.

Logo, eventual incorporação dos índices inflacionários de janeiro/89 (70,28%), abril/90

(44,80%) e janeiro/91 (21,10%), relativos a período anterior ao advento da Lei nº 8.213/91, redundaria em alteração da proporcionalidade que os benefícios previdenciários deveriam manter em relação ao salário mínimo, em face da determinação expressa no dispositivo constitucional transitório mencionado.

De qualquer forma, ao contrário do que ocorre com as atualizações dos valores atrasados em ações judiciais, não se admite a incorporação dos índices expurgados na renda dos benefícios. Precedentes STJ: 6ª Turma, EDRESP nº 163485, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16/10/2003, DJU 15/12/2003, p. 409; 3ª Seção, AR nº 940, Rel. Min. Arnaldo da Fonseca, j. 08/11/2000, DJU 04/12/2000, p. 52.

Assim, considerando-se que o acórdão rescindendo manteve a determinação no sentido de que sobre a renda mensal dos benefícios incidissem percentuais de reajustes diversos, resta configurada a violação a literal dispositivo de lei, a ensejar o acolhimento desta ação rescisória, na parte impugnada, com fundamento no art. 485, V, do CPC.

Superado o *iudicium rescindens*, passo ao *iudicium rescissorium*.

O pedido apresentado na petição inicial da ação subjacente, ajuizada em 29 de janeiro de 1992, encontra-se formulado nos seguintes termos (fls. 14/15):

ISTO POSTO, é a presente para solicitar a citação do Réu para que o mesmo, querendo, ofereça a defesa que tiver e quiser, tudo para que ao final resulte de todo PROCEDENTE para condená-lo ao pagamento das diferenças que resultarem do cálculo das parcelas dos benefícios, relativas ao mês de junho de 1989, com a utilização do salário mínimo (PNS) de Ncz\$ 120,00 e não os Ncz\$ 81,40, pagando os 13º salários de 1988, 1989 e nos exercícios seguintes, na forma do Artigo 201, 6º, da Constituição Federal, correspondendo ao valor mensal do benefício, a partir de outubro de 1988, em um salário mínimo inteiro, promovendo o recálculo da renda em manutenção dos benefícios, incorporando, para todos os fins e efeitos, os percentuais da inflação de janeiro/89, os IPCs de março e abril/90 e o IGP de fevereiro de 1991, mantendo o benefício pelo mesmo número de salários mínimos que for apurado em liquidação e em decorrência dos itens anteriores, pagando as diferenças decorrentes da condenação devidamente acrescidas de juros moratórios e atualização monetária desde o vencimento de cada parcelas, até efetiva liquidação (Súmula 71 - TRF), incluindo os percentuais inflacionários já citados e respondendo, ainda, pelos encargos da sucumbência e demais cominações de estilo.

Conforme já exposto no corpo desta decisão, tratando-se de pensão por morte de trabalhador rural, cuja renda equivale um salário mínimo mensal seus reajustes mantêm-se a este vinculados, sendo indevida a utilização dos índices expurgados ou qualquer outro critério de atualização.

Assim, é de se julgar improcedente o pedido relativo à incorporação dos percentuais de inflação de janeiro/89, os IPCs de março e abril/90 e o IGP de fevereiro de 1991.

No que tange ao pedido formulado pela ré Maria Cícera da Silva Capelle em sede de contestação, no sentido de que seja reconhecido o caráter alimentar dos pagamentos eventualmente realizados em razão do benefício, deixo assentado que tal questão não é objeto de discussão na presente demanda.

Ante o exposto, *julgo extinto o feito, sem resolução de mérito, ex vi do art. 267, VI, do CPC*, em relação ao pedido de exclusão da incidência da URP de junho de 1987 no reajuste dos

proventos, e, *nos termos dos incisos III e VI, do mesmo dispositivo legal*, com relação aos réus Amélia Pulido, Maria Carolina Masserco e Antonio Baú; *julgo extinto o feito, com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC*, em face dos réus Joaquim Marcos de Melo, José Correia de Melo e Virginia Correia de Melo. Prosseguindo no julgamento, com relação às rés Maria de Oliveira Cardoso e Maria Cícera da Silva Capelle, *não conheço do pedido formulado em contestação*, no sentido que seja reconhecido o caráter alimentar dos pagamentos eventualmente realizados, *rejeito as matérias preliminares e julgo procedente o pedido formulado na presente ação rescisória*, para desconstituir a r. decisão rescindenda, na parte impugnada, com fulcro no art. 485, V, do CPC e, em novo julgamento, *julgo improcedente o pedido de aplicação dos expurgos inflacionários nos meses de janeiro de 89, março e abril de 90 e fevereiro de 1991 nos benefícios em manutenção*. Sem condenação em verbas honorárias por serem as partes beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

Comunique-se esta decisão ao douto Juízo de origem.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

0005222-64.2003.4.03.6000

(2003.60.00.005222-0)

Embargante: VALDEMAR MARQUES ROSA

Embargados: UNIÃO FEDERAL, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Interessados: AGOSTINHO DE TAL E OUTROS ELEMENTOS DA COMUNIDADE INDÍGENA TERENA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: EI 1041543

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA RURAL. TERRAS PARTICULARES. DIREITO INDÍGENA. PROVA DOS AUTOS. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

1. Na exata conformidade do artigo 231, *caput*, da Constituição Federal, são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
2. O Supremo Tribunal Federal assentou que a Constituição Federal fixou a data de sua promulgação como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (STF, Pet 3388, Pleno, rel. Min. Carlos Britto).
3. Na mesma oportunidade, o Excelso Pretório decidiu que: a) é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica; e b) a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.
4. No caso presente, a prova dos autos revela que, em 5 de outubro de 1988, marco temporal a ser considerado para o deslinde da causa, já não havia ocupação indígena e a posse dos não-índios era exercida pacificamente.
5. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, DAR PROVIMENTO aos embargos infringentes, nos termos do voto do Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais ANDRÉ NEKATSCHALOW, LUIZ STEFANINI, CECILIA MELLO, PEIXOTO JUNIOR e JOSÉ LUNARDELLI (voto-vista), vencidos, os Desembargadores Federais COTRIM GUIMARÃES, ANTONIO CEDENHO e

RAMZA TARTUCE que lhes negava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de junho de 2012.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de embargos infringentes oferecidos por Valdemar Marques Rosa, inconformado com o v. acórdão da E. 5ª Turma desta Corte Regional, que, por maioria, deu provimento às apelações interpostas pelo Ministério Público Federal, pela União e pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a r. sentença que, em primeiro grau de jurisdição, julgara procedente o pedido de reintegração de posse da Fazenda Santa Helena, antes denominada Fazenda Buriti, situada no município de Aquidauana, MS.

O acórdão ora embargado, fruto dos votos exarados pelos e. Desembargadores Federais André Nabarrete e Ramza Tartuce, vem assim ementado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROTEÇÃO AOS ÍNDIOS. LAUDO ARQUEOLÓGICO E ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE INDÍGENAS. ALIENAÇÃO PELO ESTADO COMO DEVOLUTAS E CADEIA DOMINIAL DERIVADA. ILEGITIMIDADE. PROVIMENTO DOS RECURSOS DA UNIÃO E FUNAI E REMESSA OFICIAL. AÇÃO IMPROCEDENTE.

- Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir rejeitadas. Não se pretende demarcar as terras em usurpação de atribuição da União, mas da análise de questão possessória relativa a terras reivindicadas pelos autores e pela população indígena local.
- Não prospera a alegada incompetência do magistrado para atuar no feito, pois respondia pela titularidade da 3ª Vara Federal em Campo Grande, conforme ato Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.
- Não se extrai da sentença parcialidade do magistrado ou sua vinculação a um entendimento prévio específico favorável a uma das partes. Ademais, caberia, em momento próprio, ter sido deduzida exceção de suspeição.
- Sentença fundamentada, na medida em que houve o enfrentamento dos temas, o exame das provas e a exposição da conclusão.
- Inexistente cerceamento de defesa. Despicienda a realização de perícia, à vista da que foi elaborada na ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3.
- A Constituição Federal, em seus artigos 231 e 232 garante proteção aos índios, à sua cultura, terras, recursos hídricos e minerais e de removibilidade condicionada à aprovação do Congresso Nacional, conforme determinam os arts. 231 e 232.
- Procedimento demarcatório iniciado pela FUNAI das terras dos Terena na região da reserva do Buriti fundamenta-se nos dispositivos constitucionais mencionados e no Decreto nº 1.775/96.
- O deslinde da controvérsia exige o exame da questão fática, a cargo dos antropólogos e arqueólogos, e da jurídica, que se imiscui na primeira.
- Do “Relatório Antropológico para redefinição dos limites da terra indígena Buriti” elaborado por grupos técnicos da FUNAI coordenados pelo antropólogo Gilberto Azanha, em maio de 2001, com base na Portaria 1.155/Pres/FUNAI, aprovado pelo Sr. Presidente da FUNAI e que fundamenta o procedimento demarcatório ora questionado, consta descrição de todo o

histórico de ocupação da tribo indígena na região e como seus membros acabaram por ser expulsos pelos fazendeiros e colonos.

- Laudo elaborado por dois peritos nomeados na ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3, dividido em estudo arqueológico e antropológico, também concluiu que a área em questão é tradicionalmente dos Terena.

- Resumidamente, os Terena, descendentes dos Ganá-Txané, habitaram a região do Chaco e do Pantanal. Em meados do século XIX, estavam divididos em vários subgrupos e conviviam na mesma região com outros os ancestrais dos atuais Kadiwéu, conhecidos pela índole guerreira. Desenvolveram entre si aliança alicerçada em trocas matrimoniais e um sistema de relações simbióticas por meio do qual os primeiros forneciam alimentos em troca de proteção militar e artefatos metálicos dos últimos. Entretanto, com a Guerra do Paraguai, as grandes aldeias até então existentes e a sociedade de grande complexidade do ponto de vista da organização social que se formara entrou em colapso, com as famílias em fuga para refúgios ou em pequenos grupos empregados nas fazendas. Após a demarcação de reservas pelo extinto Serviço de Proteção ao Índio - SPI, os diversos subgrupos dos Guaná começaram a se fundir e a compor a população que é hoje denominada Terena.

- Quanto à região do Buriti, os Terena nela habitavam seguramente desde a segunda metade do século XIX e a primeira posse somente se deu com a demarcação da sesmária Correntes, em 1896/1898, pertencente a Diocleciano Mascarenhas, que mantinha boa relação com os índios já ali instalados e maliciosamente os convenceu a saírem e se juntarem àqueles que viviam fora de seus limites. Após a saída dos Terena da propriedade de Correntes, logo outros particulares iniciaram pressões para obterem títulos de terras na região e o próprio SPI acabou por ceder e, finalmente, estabelecer uma área de 2.090 ha para os índios, na qual vivem atualmente confinados.

- As terras não foram desocupadas espontaneamente, mas foram obtidas por meio de inegável expulsão dos indígenas. O contato dos Terena com as terras do Buriti, não obstante a expulsão e o confinamento, jamais se extinguiu e continua vivo até os dias atuais.

- A final, a conclusão dos estudiosos designados pelo Juízo na ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3 foi peremptória no sentido de que a área periciada pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena.

- Quanto ao cabimento da conceituação jurídica das terras da região do Buriti como tradicionalmente ocupadas pelos Terena, o conhecido Alvará Régio de 1º de abril de 1680, estendido posteriormente, em 1758, a todo Brasil, reconheceu como originário o direito dos índios às próprias terras, fonte primária e congênita da posse. Posteriormente, a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conceituou as chamadas terras devolutas e deixou claro que entre elas não se incluíam aquelas “concessões do Governo”. A transferência destas últimas aos Estados pela Constituição de 1891 (artigo 64) manteve sob domínio da União aquelas pertencentes aos indígenas. Conseqüentemente, as alienações feitas a particulares pelo Estado de Mato Grosso Sul das terras dos Terena como se fossem devolutas não têm legitimidade, bem assim os títulos acostados aos autos e a cadeia dominial derivada, independentemente da boa fé dos adquirentes.

- Relativamente aos precedentes invocados e à Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, inaplicáveis à situação em comento, pois referem-se a antigos aldeamentos indígenas há séculos desaparecidos e substituídos por grandes concentrações urbanas tais como em Guarulhos, Santo André e São Miguel, situação radicalmente distinta do caso dos Terena. Em primeiro lugar, porque ainda habitam a região do Buriti. Ademais, como foi exposto, após a Guerra do Paraguai a ocupação indígena da região não se identifica com o conceito de aldeia, utilizado nos aludidos precedentes e na súmula, mas à noção de tronco. Somente a partir de 1930, com a criação da reserva de 2.090 ha em que foram confinados, é que a idéia de aldeamento volta a fazer algum sentido, mas é certo que não está extinto.

- Demonstrado o caráter originário da presença dos índios nas terras, prevalece os direitos

deles constitucionalmente assegurados, de forma que o título de propriedade dos apelados não lhes socorre.

- A demarcação da região apenas confirmará a posse que incumbe aos indígenas há séculos e não se caracteriza como título aquisitivo de posse ou de constituição da ocupação. Não é necessário o seu término para que os silvícolas possam ocupá-la. Não se trata, *in casu*, de situação regulada pelo Direito Civil, quando há conflitos entre particulares para se dirimir quem é o titular da propriedade ou posse do bem. O direito à posse dos indígenas não é derivado, mas originário, porque a Constituição Federal assim o definiu. Logo, não se aplicam os artigos 1201, parágrafo único, 1210, § 2º e 1211 do Código Civil nem os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

- O processo demarcatório tem como objetivo a fixação dos limites do território pertencente à União, ao qual será dada destinação específica (propriedade reservada), e culmina com o registro em cartório imobiliário (artigo 6º do Decreto nº 1.775/96), ato que tem caráter de publicidade e não de legitimação. Se a própria Constituição Federal define que são assegurados os direitos originários dos indígenas das terras tradicionalmente por eles ocupadas, não é aceitável que a formalidade condicione o direito de usufruir o que lhes pertence.

- Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o Código Civil de 2002 estabelece no parágrafo único do artigo 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios.

- Rejeitada a matéria preliminar. Apelações providas. Ação julgada improcedente (f. 1.690-1.693).

Na ocasião, restou vencido o voto proferido pela e. Desembargadora Federal Suzana Camargo, que negava provimento ao recurso ministerial e dava parcial provimento às apelações da União e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI para excluir a multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a que foram cominadas na sentença, caso não houvesse desocupação dos indígenas, e fixar os honorários em 5% sobre o valor da condenação (f. 1.619).

Segundo Sua Excelência, o pedido inicial deve ser julgado procedente pelos seguintes motivos:

a) “ainda que tenham sido ocupadas por indígenas em passado remoto, é igualmente certo que, atualmente e já há muitas décadas, encontram-se povoadas por outros que não os silvícolas, notadamente os produtores rurais ora autores, com dezenas de imóveis registrados em Cartórios Imobiliários em nome de particulares, inexistindo qualquer resquício de posse tradicional indígena” (f. 1.566);

b) o Supremo Tribunal Federal “empresta à expressão ‘tradicionalmente ocupadas’, constante do § 1º do artigo 231 da atual Constituição Federal, significado relativo apenas às situações fáticas encontradas quando de sua promulgação” (f. 1.573);

c) a Súmula 650 do Excelso Pretório estabelece que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” (f. 1.574);

d) os autores “sempre se mantiveram na posse e propriedade dos imóveis ora em discussão, à qual pode ser somada a posse pacificamente exercida por seus antecessores” (f. 1.583);

e) dos documentos constantes dos autos nº 2001.60.00.003866-3, “extraí-se que aquela região se refere a uma antiga sesmaria e que a ocupação e posse datam da metade do século XIX, já levados a registro desde então” (f. 1.598);

f) “quando os autores não exercitavam sua posse e sua propriedade pessoalmente, faziam-no através de prepostos e empregados, principalmente por meio da atividade de criação de gado” (f. 1.600);

g) “não existe nos autos comprovação segura de que os índios tenham sido expulsos das áreas que alegam que ocupavam ancestralmente (nada mais do que as áreas em litígio) mediante grave violência ou ameaça física”, tanto que, “após serem acomodados nos 2.090 hectares da área da Reserva Buriti, passaram a conviver pacificamente com os proprietários, trabalhando para estes até recentemente, quando resolveram dar início ao processo sistemático de invasão das fazendas ora disputadas” (f. 1.600-1601);

h) “a posse indígena sobre as áreas ora em litígio, se efetivamente existiu, está tão distante da nova realidade fática que a situação ora vigente se tornou irreversível” (f. 1.609).

Pretendem os embargantes que prevaleça, no âmbito desta Seção, o d. voto vencido. A União, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e o Ministério Público Federal, por sua vez, sustentam o acerto dos votos vencedores, traduzidos na ementa *supra*.

O feito foi submetido à revisão do e. Desembargador Federal André Nekatschalow e pautado para julgamento.

Na sequência, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI arguiu a suspeição do e. Desembargador Federal Luiz Stefanini (feito nº 2010.03.00.019645-1), razão pela qual o feito foi retirado de pauta.

Rejeitada a exceção de suspeição pela Seção, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI requereu a juntada de cópia da Portaria nº 3.079, de 28 de setembro de 2010, do Ministério da Justiça, “que declarou a área objeto das ações originárias como de ocupação tradicional indígena”, documento a respeito do qual se manifestaram a União, o embargante e o Ministério Público Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Por ocasião do julgamento da apelação, prevaleceu o voto de Vossa Excelência, senhor presidente, ao qual se somou o da e. Desembargadora Federal Ramza Tartuce, resultando na ementa reproduzida no relatório *supra*.

Na ocasião daquele julgamento, restou vencido o voto da então relatora, a e. Desembargadora Federal Suzana Camargo, que concluiu no sentido de que “as terras objeto desta ação não podem ser enquadradas no conceito de ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’, consoante requerido pelo texto constitucional”.

Segundo Sua Excelência, “o entendimento de nossa Corte Constitucional (...) empresta à expressão ‘tradicionalmente ocupadas’, constante do § 1º do artigo 231 da atual Constituição Federal, significado relativo apenas às situações fáticas encontradas quando de sua promulgação”, ressaltando que “as áreas em questão há décadas, para dizer o mínimo, saíram da posse dos silvícolas, e há muito tempo já se encontram no comércio”.

Pois bem. Penso que a solução dos presentes embargos infringentes passe por uma questão de natureza jurídica e por duas de ordem fática: é preciso examinar a regra estampada no artigo 231 da Constituição Federal, verificar, à luz da prova, se o caso presente amolda-se ou não à previsão constitucional e, finalmente, aferir a ocorrência do esbulho possessório alegado na petição inicial.

Reza o artigo 231, *caput*, da Carta de 1988 que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Na imediata sequência, os §§ 1º e 2º do aludido artigo estabelecem que “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”; e que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

Entre 2008 e 2009, quando apreciou o caso conhecido como “Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (Pet 3388, rel. Min. Carlos Britto), o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o texto constitucional em tela, valendo reproduzir a ementa daquele julgado:

ACÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. ACÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Acção não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na “Terra Indígena São Marcos”, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA ACÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente acção popular. Acção que se destina à protecção do património público ou de entidade de que o Estado participe (inciso

LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade” (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinde qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com

a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. *AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA.* Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatutura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. *A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO.* Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. *A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.* Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. *O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO.* Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecutorio de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. *O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação.* A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um de-

terminado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. *É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.*

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. *Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.*

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. *A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.*

12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. *Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).*

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. *O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).*

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. *A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual pre-*

sença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

A decisão *supra* foi tomada em data posterior à do julgamento da apelação que deu origem aos presentes embargos infringentes, daí a razão pela qual reputei pertinente e relevante transcrever aqui sua ementa, mesmo porque considero ser caso de seguir-se a orientação preconizada por nossa Corte Constitucional.

Assim, com relação à expressão “terras que tradicionalmente ocupam”, constante do artigo 231, *caput*, da Constituição da República, destaquem-se, da decisão do Supremo Tribunal Federal, os seguintes tópicos:

a) “A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”;

b) “É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”;

c) “A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Penso que essas premissas de direito devem ser observadas pela Seção para o presente julgamento.

Pode-se, destarte, afirmar que não basta a circunstância de, em 5 de outubro de 1988, as terras já estarem na posse dos autores e não na dos índios, tampouco a de ditas áreas já se encontrarem, há muito tempo, “inseridas no comércio”.

Por outro lado, também não resolve o problema concluir-se que as terras não foram desocupadas espontaneamente pelos índios, mas obtidas por meio de expulsão; e que “o contato” dos Terena com as terras do Buriti, não obstante a expulsão e o confinamento, jamais se extinguiu.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, mesmo que em 5 de outubro de 1988 os índios já não ocupassem as terras, a tradicionalidade da posse nativa não se perde onde, na referida data, “a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Esse destaque é relevante porque, no caso presente, não se cuida de áreas que, em 5 de outubro de 1988, estivessem ocupadas pelos índios.

Diante do que proclamou o Supremo Tribunal Federal, *o reconhecimento do direito de que trata o artigo 231, caput, da Constituição Federal pressupõe, quando menos, a existência, à época da promulgação da Carta, de efetiva disputa pelas terras, ou seja, se, naquela data, a posse dos autores já não sofria concreta oposição indígena, a demarcação será indevida.*

Ocorre que, da leitura do voto condutor, fundado, precipuamente, nos trabalhos técnicos realizados por *experts* em antropologia e arqueologia, não se extrai que, em 5 de outubro de 1988, houvesse o quadro fático considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como essencial à configuração do direito dos índios.

Com efeito, assim o voto condutor discorreu sobre a prova dos autos:

3 - DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO DOS TERENA NA REGIÃO DA RESERVA DO BURITI

Nesta demanda, pretende-se obter proteção contra suposto esbulho praticado pela comunidade indígena Terena. Conforme reconheceu o magistrado na sentença, a solução do litígio, todavia, está indissociavelmente ligada à ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3, na qual os ora autores e outros pretendiam fosse anulado procedimento iniciado pela FUNAI para demarcação das terras da mencionada comunidade na região da reserva do Buriti, bem como declarado que suas propriedades não se enquadram no transcrito artigo 231 da Carta Magna. Desse modo, o deslinde da controvérsia exige, naturalmente, o exame da questão fática, a cargo dos antropólogos e arqueólogos, e da jurídica, que se imiscui na primeira.

3.1 - DOS ESTUDOS TÉCNICOS ACERCA DA PRESENÇA INDÍGENA NA REGIÃO DO LITÍGIO

O resumo do relatório circunstanciado de revisão de limites de terra indígena Buriti, de fls. 82/94, onde se encontra a região em litígio, elaborado por grupos técnicos da FUNAI e coordenados pelo antropólogo Gilberto Azanha, aprovado pelo Sr. Presidente da Fundação Nacional do Índio (fl. 62/67), identifica o imóvel objeto do pedido de reintegração como localizado em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Terenas. No documento, está descrito todo o histórico de ocupação da tribo indígena na região e como seus membros acabaram sendo expulsos pelos fazendeiros e colonos. Da análise, conclui-se que a posse dos Terenas é originária e precedente à dos demandantes, o que descaracteriza a qualificação de esbulho e infirma eventuais títulos existentes. É o que se extrai do artigo 231, § 6º, da Carta Magna acima transcrito.

De outro lado, na referida ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3, com o fito de realizar perícia sobre a qual não haja dúvida acerca da isenção, foram nomeados dois profissionais igualmente renomados, o Prof. Dr. Jorge Eremites de Oliveira (antropólogo) e o Prof. MSc. Levi Marques Pereira (arqueólogo), cuja cópia do laudo foi acostada com os apelos às fls. 432/766 e 835/1315 (volumes 3 a 5 dos autos), está dividido em duas partes, estudo arqueológico e antropológico, e que também concluiu que a área em questão é tradicionalmente dos Terena. O trabalho dos experts oficiais, assim como o estudo realizado por Gilberto Azanha para a FUNAI, é extenso, completo, detalhado, fundado em documentos e elementos coletados em pesquisa local, bem como em estudiosos do assunto. Ambos merecem ser cuidadosamente lidos e examinados, por desvelarem uma parte pouco conhecida da história do Brasil e, particularmente, dos nossos índios. Assim, sem a pretensão de elaborar propriamente um resumo, pois certamente não lhe faria jus, do laudo extrairéi apenas um breve relato com objetivo de expor os fundamentos do convencimento e a base do raciocínio lógico.

Os Terena são descendentes dos Ganá-Txané, também denominados Guaná, Chané ou Chané-Guaná, grupos étnicos que habitaram a região do Chaco e do Pantanal, ligados ao tronco lingüístico Aruaque. Em meados do século XIX, estavam divididos em vários subgrupos, Terena, Echoaladi, Quinquinau (Equinquinau) e Laiana. Conviviam na mesma região com os Mbayá-Guaikuru, ancestrais dos atuais Kadiwéu, conhecidos pela índole guerreira. Desenvolveram entre si aliança alicerçada em trocas matrimoniais e um sistema de relações simbióticas por meio do qual os primeiros forneciam alimentos por proteção militar e artefatos metálicos dos últimos. Entretanto, *verbis*:

“com o estabelecimento de fortificações militares e missões religiosas na região, os Terena encontraram uma alternativa para conseguirem os bens que antes eram fornecidos pelos Kadiwéu, bem como passaram a viver em um território protegido. O foco das alianças terena passa a ser direcionado para esses novos ocupantes da região e, assim, tem-se o surgimento das grandes aldeias terena nas proximidades de fortes e missões, conforme detalhado na resposta aos quesitos apresentados pelos autores.

A demografia dos Guaná-Txané e Kadiwéu, após o estabelecimento dos fortes e missões na região do Pantanal, sobretudo no território atualmente compreendido pelo Estado de Mato Grosso do Sul, indica que os primeiros se adaptaram melhor diante da presença dos novos ocupantes, pois a população Guaná-Txané - Terena, como é hoje designada - passou por acentuado crescimento, enquanto a população Kadiwéu em um primeiro momento estagnou e depois diminuiu, principalmente no período da guerra entre o Paraguai e a Tríplice Aliança (1864-1870), retomando o crescimento no século XX”. (negritei) (*in* laudo pericial, fls. 1.081/1.083)

Sobreveio a Guerra do Paraguai que, segundo os etnógrafos Altenfelder Silva, Roberto Cardoso de Oliveira e Gilberto Azanha, foi um evento de extrema importância e constitui um verdadeiro divisor de águas na história dos Terena. As grandes aldeias até então existentes e a sociedade de grande complexidade do ponto de vista da organização social que se formara entraram em colapso, com as famílias em fuga para refúgios ou em pequenos grupos empregados nas fazendas. A situação dos Terena no pré e no pós guerra está bem descrita na resposta ao quesito

3.2 formulado pelo Ministério Público Federal (fls. 1.083/1.085):

“Os Guaná-Txané tiveram importante participação em favor das forças brasileiras durante a guerra entre o Paraguai e Tríplice Aliança (1864-1870). Esta participação está descrita e analisada em detalhes na resposta aos Quesitos históricos e jurídicos formulados pelos Autores, sendo desnecessário reproduzi-la novamente. Cumpre lembrar, todavia, que vários relatórios de militares do período anterior à referida guerra já registraram a participação dos Terena ajudando na implantação dos fortes e presídios militares na região do atual Pantanal sul-mato-grossense, cuja presença serviu para legitimar esse grande território como brasileiro. A presença dos Terena junto aos fortes desenvolveu um complexo sistema de interação e colaboração entre o exército e esse grupo indígena, interação esta baseada na proximidade, intimidade e identificação de propósitos comuns: por um lado os Terena recebiam proteção do exército, tendo aí um mercado onde podiam comercializar ou trocar produtos agrícolas por outros gêneros que não produziam, a exemplo de ferramentas diversas; por outro, o exército contava com o suprimento constante e seguro de alimentos para o destacamento militar. Este sistema de interação foi fundamental para a colaboração dos Terena durante o referido conflito bélico, uma guerra considerada como das mais sangrentas na história da América Ibero-americana.

Assim, no período anterior à guerra, os Terena geralmente receberam um bom tratamento, por assim dizer, dos brasileiros instalados nos fortes e presídios. Eram os Terena os principais fornecedores de alimentos como arroz, feijão, milho, galinhas, gado etc., recebendo em troca gêneros industrializados como ferramentas e outros utensílios. Isso fez com que boa parte dos grupos Terena deslocasse a relação de simbiose que estabelecia com os Kadiwéu (ou Mbayá-Guaikuru) para os colonizadores, formando as grandes aldeias nas proximidades dos fortes conhecidos historicamente, a exemplo do Forte de Coimbra, ainda em uso pelo Exército Brasileiro e localizado no atual município sul-mato-grossense de Corumbá. Após o término da guerra, um contingente expressivo de excombatentes fixou-se na região e a aliança com os Terena deixou de ser prioridade na região. A partir daí já se dispunha de mão-de-obra não-índia suficiente para prover a produção de alimentos para os destacamentos militares, pois os pequenos núcleos de povoação de brasileiros e paraguaios emergentes passam a ocupar o papel antes desempenhado pelos Terena. Começou a surgir focos de atrito entre os novos ocupantes e os Terena, aparecendo as primeiras disputas por terras já no período subsequente ao término da guerra, quando os índios retornam para suas aldeias, mas já as encontraram ocupadas pelos novos conquistadores, conforme documentado em fontes textuais da época.

Assim o governo nada fez como reconhecimento à participação dos Terena na guerra, desde o início até seu fim ao lado do Exército Imperial. Não reservou sequer terras para suas aldeias e os deixou completamente entregues à exploração, dentro do modelo arcaico de relações trabalhistas que se instaurou na região. Os Terena com mais de oitenta anos, como Lúcio Sol, Armando Gabriel e Leonardo Reginaldo, relatam as histórias de violência e exploração a que estavam sujeitos antes da atuação do SPI na região. *Dizem que depois da guerra veio o período do cativo, quando muitas famílias terena trabalhavam na implantação de fazendas dos novos ocupantes, praticamente na condição de escravos. Mais tarde veio o tempo da camaradagem, quando ficaram presos por dívidas infundáveis, contraídas junto aos patrões. Foi somente a partir da criação do SPI, em 1910, e dos trabalhos da Comissão Rondon, que os Terena passaram a ter algumas áreas de terras legalizadas, sempre insuficientes para a reprodução de seu sistema sociocultural e procurando ajustar a demanda indígena aos interesses especulativos dos requerentes de terra na região. Isto está evidenciado nas atuais mobilizações por ampliação e demarcação de terras.*

Os Terena pouco puderam fazer naquele período, pois desconheciam os processos que estavam em curso e não dispunham de canais institucionais para dar visibilidade ao atendimento de suas demandas. A conjuntura política também lhes foi extremamente desfavorável.

O SPI, criado na primeira década do século XX, mostrou-se pouco eficaz, no cumprimento de

suas atribuições legais, para assegurar a posse das terras ocupadas pelos Terena. Logo, o SPI se esvaziou de poder para se contrapor aos interesses dos grandes proprietários de terra, os quais também compunham a elite política local, cujos interesses em legalizar grandes extensões de terra como propriedades particulares se contrapôs ao reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que ocupavam. Isso ocorreu mesmo com o empenho de alguns funcionários do próprio órgão indigenista do governo, conforme se pode ler em relatórios do período”. (negritei) Assim, conforme consta às fls. 1.088/1.089, após a destruição das grandes aldeias provocada pelo conflito militar com o Paraguai, os Guaná passaram a se organizar com base no tronco, que é composto por um número variável de famílias nucleares e fortes vínculos parentais. Em seguida, com a demarcação de reservas pelo extinto Serviço de Proteção ao Índio - SPI, os diversos subgrupos dos Guaná começaram a se fundir e a compor a população que é hoje denominada Terena.

No que toca especificamente à região do Buriti, os Terena nela habitavam seguramente desde a segunda metade do século XIX e a primeira posse somente se deu com a demarcação da sesmaria Correntes, em 1896/1898, pertencente a Diocleciano Mascarenhas, que mantinha boa relação com os índios já ali instalados e maliciosamente os convenceu a saírem e se juntarem àqueles que viviam fora de seus limites. Nesse sentido, esclarecedora é a resposta ao quesito 2.2, às fls. 1.051/1.053:

“Sim, a análise das informações históricas, antropológicas e arqueológicas, levantadas pelo presente laudo pericial, permite afirmar que a ocupação pelos Terena na área objeto da perícia é anterior à titulação, em favor de particulares, pelo Estado’.

Os peritos chegaram a esta conclusão aplicando métodos de pesquisa de campo complementares que permitiram o cruzamento e a checagem das informações, tais como: (1) no método genealógico, as informações sobre as relações de parentesco foram checadas com diversos indivíduos que aparecem em cada diagrama, permitindo identificar possíveis inconsistências nas relações genealógicas e na história de vida dos sujeitos pesquisados, sendo considerado um dos métodos de pesquisa mais precisos em antropologia; esse procedimento metodológico permite também identificar a lógica de composição dos grupos políticos, auxiliando na identificação das pessoas mais antigas ou mais qualificadas, por deterem a memória social do grupo, para prestar informações aprofundadas sobre a história das famílias e suas ocupações; (2) o método da história oral e da história de vida, aplicado na recomposição da história local dos troncos Terena que viviam na área objeto da perícia antes da implantação das fazendas; (3) a pesquisa arqueológica e etnoarqueológica para verificar vestígios de cultura material nos locais apontados como antigos sítios de ocupação, cujos dados foram interpretações, também por meio de analogia etnográficas; (4) a descrição do modelo de assentamento característico do grupo; (5) pesquisas bibliográfica e documental. O detalhamento da aplicação de cada um destes métodos aparece em diversas partes do presente laudo.

Os documentos do SPI produzidos nas primeiras décadas do século XX atestam a presença indígena na área objeto da perícia e os conflitos pela posse da terra a partir do requerimento/regularização por parte dos proprietários que iniciam a cadeia dominial. A maior parte destes documentos foi compilada e analisada no relatório administrativo interno da FUNAI, elaborado pelo Antropólogo Walter Coutinho Jr., datado de 22 de setembro de 2000. Essa documentação foi novamente analisada no Relatório Antropológico para Redefinição dos Limites da Terra Indígena Buriti, elaborado pelo antropólogo Gilberto Azanha, datado de maio de 2011. Mencionaremos alguns trechos destes documentos quando pertinentes para a formulação das respostas aos Quesitos.

Em 1927, o então delegado da Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios, coronel Nicolau Bueno Horta Barbosa, em seu Memorial sobre as terras do córrego Buriti, datado em Campo Grande no dia 23 de dezembro de 1927 afirma que: ‘Entre os latifúndios de que muitos fazendeiros se apossaram antes de qualquer cultivo systemático, ou mesmo antes de qualquer conhecimento além das conjecturas, ou simplesmente baseados nas viagens a cavallo - figurava a fazenda das Correntes, hoje repartida em muitíssimos condomínios. Encostada ao

S.E. nas quebradas da serra de Maracaju era natural que seu proprietário a desconhecesse pessoalmente e não a cultivasse nos recantos ermos das furnas, sombreados de mata grossa'. O relatório acima citado menciona que a forma como se inicia a regularização das terras ignora por completo a presença dos Terena na região. Dada à dimensão das propriedades e as dificuldades de deslocamento, era natural que os 'recantos ermos das furnas' ou 'sombreados de mata grossa' fossem desconhecidos pelos requerentes. Ora, era justamente nestes locais que se encontrava a população indígena na área objeto da perícia, conforme foi possível atestar *in loco* nos lugares dos antigos sítios de ocupação tradicional.

Uma vez regularizada a posse das Correntes, ela foi desmembrada e vendida a novos proprietários, os quais acabaram adquirindo uma terra legalizada, aos olhos do Estado naquela época, mas em certos casos com índios dentro, transferindo então esse problema para os sucessores da cadeia dominial, cujos desdobramentos atingem os atuais proprietários.

A situação de perda da terra por parte dos Terena de buriti era notória para o SPI, tanto que em 1925 a Inspetoria de Mato Grosso encaminhou relatório ao Diretor do desse órgão, afirmando que 'este aldeamento continua, infelizmente, com suas terras sem estarem medidas e nem mesmo reservadas pelo Governo Estadual', e, no ano seguinte, a Inspetoria do SPI em Mato Grosso requereu, através do Ofício nº 284, de 22 de outubro de 1926, uma reserva de dois mil hectares para os Terena do Buriti, afirmando que: '... estas terras devolutas resultam de sobras da medição da Fazenda de Correntes e são ocupadas pelos índios desde muitíssimo annos, com outras contíguas que lhes foram sendo tomadas pelos Srs. Porfírio Britto, Agostinho Rondon e mais recentemente pelo Sr. José Ananias'.

O relatório afirma que já em 1925 as referidas terras eram ocupadas desde 'muitíssimos annos', o que corrobora os resultados das pesquisas realizadas pelos peritos, as quais permitem projetar a ocupação terena para, pelo menos, a partir de meados da segunda metade do século XIX. Também atesta que os dois mil hectares solicitados pelo SPI não representam toda a terra ocupada pelos Terena, mas apenas uma parte das terras 'contíguas que lhes foram sendo tomadas'.

As pesquisas revelaram ainda que a área objeto da perícia era ocupada por vários troncos terena relacionados entre si, formando redes de alianças, já na segunda metade do século XIX. É difícil precisar com exatidão o número destes troncos, haja vista que sua constituição é dinâmica, alterando-se ao longo do tempo por casamentos, mortes e inclusões. Os peritos puderam constatar que um tronco pode reunir apenas três famílias nucleares, no início, e sua fundação até dezenas de famílias, a exemplo dos casos de troncos articulados por líderes de maior prestígio. No século XIX, antes da implantação das fazendas, esses troncos estavam distribuídos pelas bacias dos córregos Buriti, do Meio e Américo (cortado), ocupando toda a área objeto da perícia e outras áreas adjacentes. Com a implantação das fazendas, os Terena que ocupavam a área objeto da perícia passaram paulatinamente a viver nos 2.090 ha, transformado em uma área de acomodação, onde radicaram seus troncos e recompuseram as redes de alianças. Estas redes de alianças, como demonstrado, são hoje denominadas de aldeias, em um total de nove, contando, com a aldeia urbana de Tereré, hoje localizada na cidade de Sidrolândia".

Após a saída dos Terena da propriedade de Correntes, logo outros particulares iniciaram pressões para obter títulos de terras na região e o próprio SPI acabou por ceder e, finalmente, estabelecer uma área de 2.090 ha para os índios, na qual vivem atualmente confinados: "Na primeira década do século XX as famílias Terena que viviam além da linha da Corrente, portanto no interior da área requerida por Diocleciano Mascarenhas, seguiram sua recomendação e cruzaram essa linha em direção ao Buriti, juntando-se a outras famílias que lá habitavam. No relatório do delegado da Inspetoria do Serviço de Proteção aos Índios, coronel Nicolau Bueno Horta Barbosa, datado de 23 de dezembro de 1927, consta que: 'o certo foi que, por ocasião da demarcação das Correntes, o proprietário concordou em que aquellas terras ficassem fora do seu perímetro. A planta levantada por ocasião da revisão e divisão judiciária das Correntes - repetio a exclusão, em obediência aos documentos legais. E desse

modo foi que, sem mais nenhuma contestação, sobraram as terras onde os terenos habitavam, como habitam, em ambas as margens do Burity, ora sob a denominação de “Invernada”, ora e mais geralmente, sob a de “Colônia”.

Ora, essas terras fora do limite da Correntes, destinadas aos Terena, serão objeto de requerimento e titulação por outros particulares nas três primeiras décadas do século XX e o próprio SPI acabou cedendo às pressões dos requerentes de terras na região, sendo capaz apenas de assegurar a demarcação dos 2.090 ha, delimitados como terra indígena.

Entre as décadas de 1910 a 1960, a área objeto da perícia foi requerida e ocupada por particulares, com exceção dos 2.090 ha reservada aos Terena. Paralelo a esse processo ocorreu uma série de pressões para que os Terena se concentrem nos 2.090 ha. A expansão da fronteira agro-pastoril na região acabou também delineando as políticas de aldeamento perpetradas pelo SPI, órgão que inclusive em sua designação inicial incluía os trabalhadores rurais. A atuação do SPI acabou orientada não para assegurar a posse pelos Terena das terras que eles ocupavam; buscou assegurar apenas o espaço físico considerado necessário para garantir uma transição tranqüila rumo à sua integração enquanto trabalhadores nacionais. Acontece que as reservas foram apropriadas e resignificadas pelos Terena enquanto espaço de construção da identidade social diferenciada, dificultando a efetivação do projeto integracionista. A identidade terena está intimamente relacionada ao processo reivindicatório das terras por eles ocupadas no período anterior ao início da cadeia dominial dos atuais proprietários.” (quesito 2.7, fls. 1.062/1.063)

As provas coligadas evidenciam que, ao contrário do que alegam os autores, as terras não foram desocupadas espontaneamente, mas foram obtidas por meio de inegável expulsão dos indígenas: “Os Terena mais idosos de Buriti relatam a expulsão de famílias de vários locais no interior da área objeto da perícia. Estas expulsões teriam sido realizadas pelos primeiros detentores de títulos na área objeto da perícia e foram feitas com o objetivo de, dentre outras coisas, implantar as atividades agro-pastoris naquelas terras. Embora os Terena enfatizem o uso de forças policiais (captura), não encontramos documentos oficiais que comprovem estas ações, embora os relatos dos indígenas sejam contundentes a esse respeito. As expulsões teriam ocorrido em praticamente toda a área objeto da perícia, com exceção do Barreirinho, onde comprovadamente a transferência foi realizada pelo próprio SPI. Relatos dos Terena sobre expulsões na área objeto da perícia também foram registrados pelo antropólogo Gilberto Azanha no relatório sobre a ampliação de limites da terra indígena Buriti, anexado nos Autos. O relatório delegado da Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios, coronel Nicolau Bueno Horta Barbosa, datado de 23 de dezembro de 1927, com referência a ocupação das terras do Buriti, afirma que as demarcações das fazendas na região foram: ‘precedidas alias de um período em que os índios foram perseguidos em suas roças, onde soltavão aqueles as suas criações; ameaçados em suas vidas, acusados de vícios e crimes que nunca haviam cometido’. Essa perseguição pode ser caracterizada como expulsão das famílias indígenas por parte dos primeiros detentores de títulos na área objeto da perícia” (quesito 2.6 - fl. 1.061/1.062)

De qualquer modo, o contato dos Terena com as terras do Buriti, não obstante a expulsão e o confinamento, jamais se extinguiu e continua vivo até os dias atuais. É o que diz o perito à fl. 1.066:

“A ocupação da área objeto da perícia por proprietários particulares já dura várias décadas. Nesse período, muitos Terena de Buriti trabalharam para os fazendeiros ou realizavam expedições clandestinas de caça, pesca e coleta. Isso permitiu que muitos índios mantivessem até poucos anos trânsito relativamente freqüente por algumas dessas áreas. O trânsito pela área objeto da perícia e os relatos dos eventos passados transmitidos através das gerações mantiveram, com toda certeza, ‘vivos os laços que unem os índios da etnia Terena às terras em questão’. O conflito gerado pelas tentativas de reocupação e os estudos e levantamentos realizados entre a população ativou a memória sobre a antiga ocupação, cujo conhecimento vem sendo sistematicamente repassado para as novas gerações que não nasceram nem viveram nessas áreas. Como disse o cacique Basílio Jorge: ‘Estamos repassando nossa história

para as crianças, os jovens têm que saber como era nossa vida no passado'. Isto porque um dos principais elementos dos territórios sociais é a sua vinculação simbólica e ritualística, como bem registrou Deloria (1994), parafraseado por Little (2002:10), pois 'a identificação de lugares sagrados por um grupo determinado representa uma das formas mais importantes de dotar um espaço com sentimento e significado'. Assim sendo, a memória social se inscreve no território uma vez que ele, por sua vez, fornece as referências espaciais para as atividades sociais desenvolvidas em um tempo pretérito, atualizando modelos de reprodução social." A final, a conclusão dos estudiosos designados pelo Juízo foi peremptória, a área periciada pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena (resposta ao quesito 2.18, fls. 1.068/1.069):

"Sim, a área objeto da perícia 'pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena', pelos seguintes motivos: 1. Existem documentos de servidores idôneos e bem conceituados do SPI, inclusive de sua direção, datados das primeiras décadas do século XX, afirmando que os índios já viviam no local há muitos anos. Isto permite projetar a ocupação indígena para período anterior ao início da cadeia dominial.

Os documentos esclarecem também que os Terena só deixaram os locais que ocuparam porque foram obrigados a tal, sobretudo devido às pressões e violências que sofreram no confronto com os primeiros proprietários, no início da cadeia dominial.

2. O estudo do Grupo Técnico coordenado pelo antropólogo Gilberto Azanha, em trabalhos etnográficos de identificação realizada *in loco*, propõe a identificação e delimitação da área como terra de ocupação tradicional indígena.

3. Os peritos do Juízo aplicaram procedimentos científicos, pautados pelo rigor e isenção, conforme determina a lei, encontrando elementos suficientes para afirmar que a área é de ocupação tradicional indígena terena. As décadas em que viveram fora dos locais de suas antigas habitações, as pressões aculturativas ou de transfiguração cultural, a impotência ou descaso do órgão indigenista oficial como agente capaz de assegurar os direitos indígenas sobre a terra, não apagou a consciência de que ela lhes pertence por direito. A ocupação agro-pastoril também não apagou por completo os vestígios da ocupação indígena na área em questão, conforme atesta o estudo arqueológico."

São esses os aspectos históricos, antropológicos e arqueológicos da comunidade indígena Terena da região do Buriti que importavam brevemente destacar para poder, em seguida, apreciar suas consequências jurídicas.

Como se vê, das três razões invocadas pelos estudiosos - prestigiados pelo acórdão embargado - para chegarem à conclusão de que a área periciada pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena, nenhuma delas sequer refere a algum conflito, a alguma resistência ou, mesmo, a alguma efetiva e concreta reivindicação contemporânea da promulgação da Constituição Federal, a nada mais se aludindo senão à subsistência de uma "consciência" dos índios de que a terra lhes pertence por direito.

Assim, independentemente do modo como os índios deixaram a área ou dela foram retirados, o certo é que, em 5 de outubro de 1988, marco temporal a ser considerado para o deslinde deste recurso, já não havia ocupação indígena e a posse dos autores era exercida pacificamente.

Nesse passo, comungo com a assertiva da e. relatora da apelação, Desembargadora Federal Suzana Camargo, no sentido de que, "após serem acomodados nos 2.090 hectares da área da Reserva Buriti, [os índios] passaram a conviver pacificamente com os proprietários, trabalhando para estes até recentemente".

Tal conclusão foi alcançada por meio de provas constantes dos autos e apontadas no voto vencido:

(...) Veja-se a unanimidade dos depoimentos prestados nos autos: *“depois desse desapossamento, os índios, para sobrevivência própria, passaram a prestar serviços a fazendeiros, situação que perdura até hoje; os mais novos continuam trabalhando para fazendeiros” - fls. 1468. “após perderem a posse das terras adquiridas por fazendeiros, os índios não mais voltaram a perambular, caçar, pescar ou colher mel nas mesmas; os índios recebiam apenas salários dos fazendeiros, sem formalização de vínculo, sem pagamento de outros direitos; os índios trabalhavam como empregados” - fls. 1468.*

Esta mesma testemunha, antes de se aposentar, trabalhou e conviveu pacificamente, assim como os demais índios, com fazendeiros e adquirentes dos imóveis em litígio, argumento que também se presta a descaracterizar a área em questão como antigo aldeamento indígena. É o que se depreende do seguinte excerto de seu depoimento, fls. 1469: *“o depoente começou a trabalhar para fazendeiros, na região, em 1942, e depois que se aposentou nunca mais trabalhou; o depoente realizava serviços de roça e também de roçadas; o depoente realizava plantações de arroz e milho para fazendeiros; o depoente foi aprendendo português aos poucos, começando quando já estava com boa idade; nunca estudou português na escola; atualmente, existem escolas nas aldeias, com ensino de língua portuguesa; sabe o depoente que, por volta de 1941, Armando Gabriel foi auxiliar de professor de língua portuguesa na comunidade indígena; o depoente trabalhou apenas para Geraldo Corrêa, mas outros indígenas trabalharam para diversos fazendeiros”.*

Outra testemunha, o indígena Manoel L. da Silva, nascido em 1934 na Aldeia Buriti, ouvido às fls. 1471/1474, declara que, pacificamente, também trabalhou para titulares das áreas em litígio, o que se vê especialmente às fls. 1472: *“por volta de 1955, o depoente trabalhou para fazendeiros, mas muito pouco; roçava invernadas, tirava madeira, fazia cercas, mas não realizava plantações”.*

O mesmo conteúdo fica claro no depoimento prestado por Manoel Pereira, às fls. 1475/1477, senhor nascido em 1924, e que declara que *“chegou a trabalhar para fazendeiros, como faziam outros índios, para a subsistência própria” - fls. 1476.*

A mesma informação aparece no depoimento do Sr. David Diniz Leite, com 81 anos, não-índio e agricultor na localidade desde 1940, o qual testemunha que: *“é proprietário da Chácara Nova, situada perto da propriedade de Acelino Roberto; nasceu em Campo Grande em 1921 e mudou-se para aquela região em 1940; de lá pra cá, o depoente vem atuando na agricultura; quando o depoente se mudou para a localidade, os índios terenas já se encontravam residindo na área para eles demarcada, e prestavam serviços a proprietários da região” - fls. 3974.*

O mesmo depoente destaca que índios e brancos conviviam pacificamente na região, ainda que as áreas ora discutidas fossem ocupadas pelos antecessores dos atuais proprietários e os índios se restringissem às áreas da Reserva então demarcada para eles. Destaco trechos de sua oitiva: *“o depoente informa que a convivência entre índios e proprietários se dava pacificamente a partir de 1940, época de sua mudança para a região; os índios foram grandes prestadores de serviços aos proprietários da região. O depoente não tem conhecimento da existência de qualquer conflito entre brancos e índios, principalmente envolvendo disputas de terras na região” - fls. 3974.*

“Não é do conhecimento do depoente, sequer por ouvir dizer, que brancos ou capturas oficiais tenham praticado violências ou expulsado índios da região; essas capturas existiram, sim, mas para a perseguição de bandidos” - fls. 3974.

“Em 1940, o depoente não encontrou índios morando na área em disputa, esclarecendo que os mesmos, em relação a essa área, eram meros prestadores de serviços aos respectivos proprietários; o depoente, naquela época, nunca ouviu de algum índio afirmação no sentido de que as terras em disputa ou parte delas pertencessem aos índios” - fls. 3975.

Valho-me, agora, do depoimento prestado pelo indígena Armando Gabriel, nascido em 1918, que é o cacique mais antigo dos Terenas ainda vivo, que narra o convívio entre índios e não-índios por aquelas bandas: *“passaram, então, a prestar serviços aos próprios fazendeiros*

em troca de salários ou de contraprestações destinados ao sustento dos membros das famílias respectivas; sempre houve trabalho infantil pelo menos até que os empregadores remuneravam os serviços prestados por crianças; os filhos costumavam acompanhar os pais, por determinação destes, para prestação de serviços nas fazendas; os antigos cemitérios ainda existem. Todavia, desde que os índios perderam a posse das áreas por eles reclamadas, não mais puderam sepultar nesses cemitérios; tiveram que sepultar seus mortos em cemitérios novos” “outras famílias vieram de outras localidades, passando a residir nas referidas aldeias”.

Esta testemunha, a exemplo das que lhe antecederam, afirma que, após o desapossamento, os índios passaram a trabalhar para os adquirentes, pacificamente.

Indo adiante e passando a tratar especificamente da questão do esbulho possessório alegado na petição inicial, adiro à conclusão alcançada, no julgamento da apelação, pelo voto vencido, do qual se extraem as seguintes passagens:

E é de se ver que a posse do apelado resta bem comprovada nos autos.

Às fls. 13/15 foi juntada cópia do Contrato Particular de Permuta e Compromisso de Venda e Compra do imóvel em questão, onde o recorrido figura na condição de permutante e outorgado comprador. Às fls. 19 juntou-se cópia de Nota Fiscal, emitida pela Cooperativa de Energização e Desenvolvimento Rural do Sudoeste Sulmatogrossense Ltda. em favor do recorrido, onde consta o endereço e denominação da Fazenda Buriti, ora objeto desta reintegração de posse, as quais demonstram a utilização econômica da referida propriedade e a posse do recorrido.

É que o exercício de fato de qualquer um dos poderes inerentes à propriedade, por si só, atribui a qualidade de possuidor ao Sr. Waldemar Marques Rosa, de modo que o legislador não exigiu que todos os poderes estivessem presentes, bastando a presença de qualquer deles, o que, diga-se, ocorreu.

(...)

Em relação ao esbulho praticado pelos índios, o mesmo também restou devidamente comprovado. Às fls. 16 juntou-se cópia do Boletim de Ocorrência relatando a invasão da propriedade; diversos informes jornalísticos também dão conta do quanto ocorrido na Fazenda Buriti, atual Fazenda Santa Helena (fls. 17/18 e 20/29).

(...)

Além de que trazem, inclusive, fotografias que atestam, de forma incontornável, o esbulho perpetrado (fls. 370/373).

Os diversos documentos trazidos aos autos pela defesa dos indígenas seguem todos no sentido de alertar para a existência do processo demarcatório da Reserva Indígena, bem como sustentam a tese da caracterização da terra indígena imemorial, cujos desdobramentos já refutamos acima.

De sorte que, no que concerne à reintegração de posse, deve a r. sentença ser mantida em sua íntegra.

Diante desse quadro fático e jurídico, conclui-se ser caso de proverem-se os embargos infringentes.

Daí não resulta, é fundamental frisar, que não seja legítima a pretensão dos índios ao alargamento de suas terras, cuja área (de 2.090 hectares) de há muito se mostra insuficiente às suas necessidades.

De fato, não se trata de desejo expansionista imbuído de ambição, pura e simplesmente. A luta dos índios merece mais do que respeito, há de ser alvo de admiração; e qualquer

um que conheça, mesmo de longe, o significado do princípio da dignidade da pessoa humana haverá de aderir à causa terena.

É, pois, imperioso que o poder público faça mais do que o assistencialismo barato e humilhante que tem feito, saia da cômoda posição que deliberou adotar e, sem o sacrifício pessoal e patrimonial dos autores, destine, com eficiência e suficiência, recursos financeiros à aquisição das terras a que os terena fazem jus.

Ante o exposto, por meu voto, dou provimento aos embargos.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW: Trata-se de embargos infringentes opostos por Valdemar Marques Rosa contra o acórdão proferido pela 5ª Turma desta Corte que, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada em sessão pelo Ministério Público Federal de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual, bem como todas as demais preliminares suscitadas, nos termos do voto da Relatora e, no mérito, por maioria, deu provimento aos recursos do Ministério Público Federal, da União e da FUNAI, para julgar improcedente a ação e cassar quaisquer liminares que tenham sido concedidas aos autores, nos termos do voto do Eminentíssimo Desembargador Federal André Nabarrete, acompanhado pelo voto da Eminentíssima Desembargadora Federal Ramza Tartuce, vencida a Eminentíssima Desembargadora Federal Suzana Camargo, que negava provimento ao recurso ministerial e dava parcial provimento ao recurso da FUNAI e da União, para excluir a multa diária cominada na sentença, caso não houvesse desocupação dos indígenas, e fixar honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Valdemar Marques Rosa alega, em suas razões de embargos infringentes, o quanto segue:

a) a divergência dos votos proferidos pelos Eminentíssimos Desembargadores Federais está na interpretação do art. 231, § 1º, da Constituição Federal e na aplicação ou não da Súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal;

b) está correta a interpretação segundo a qual a “ocupação tradicional” não deve ser entendida como “posse imemorial”;

c) para que seja reconhecido o direito do índio sobre a terra, a Constituição Federal estabelece como requisito que a área seja ocupada tradicionalmente pelo indígena;

d) a posse dos embargantes sobre os imóveis rurais de sua propriedade sempre foi justa e de boa-fé, havendo justo título, ou seja, aquele hábil a transferir o domínio dos bens;

e) as áreas rurais pertencentes aos embargantes não podem ser consideradas como tradicionalmente indígenas, tendo em vista o fato de que foram ocupadas por fazendeiros da região há mais de 100 (cem) anos, o que resta comprovado pelas benfeitorias existentes;

f) antes mesmo da Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal já afastava a idéia da imemorialidade;

g) as regras definidoras de domínio, previstas no art. 20, I e XI da Constituição Federal não alcançam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas;

h) o entendimento jurisprudencial e a doutrina majoritária são no sentido de que as terras “tradicionalmente” ocupadas pelos índios são aquelas que à data da promulgação da Constituição Federal eram, e ainda são, habitadas pelos índios em caráter permanente;

i) somente as áreas em que estão localizadas as habitações indígenas, onde são desenvolvidas a sua cultura e costumes é que pertencem aos índios;

j) a posse do embargante resta comprovada nos autos;

k) o esbulho praticado pelos indígenas restou demonstrado, tendo sido juntado Boletim de Ocorrência Policial relatando a invasão, além de diversos informes jornalísticos;

l) a posse e domínio do embargante sobre a Fazenda “Santa Helena” é centenária, ostensiva, pacífica, legítima e de boa-fé (fls. 1.748/1.799).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.835/1.882 e 1.885/1.907).

O Eminent Relator do presente recurso, Desembargador Federal Nelton dos Santos, deu provimento aos embargos infringentes (fls. 2.149/2.163).

Pedi vista dos autos e apresento o voto.

Pretendem os autores a reintegração de posse do imóvel rural denominado Fazenda “Santa Helena”, outrora denominada Fazenda “Buriti”, localizada no Município de Dois Irmão do Buriti (MS), área com 403,5192 ha (fls. 2/11).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso concernente à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388 / RR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.09), estabeleceu alguns critérios para determinar o alcance das terras passíveis de demarcação por serem tradicionalmente ocupadas por terras indígenas. Dentre esses critérios, sobrelevam dois: *a)* o marco da temporalidade e *b)* o marco da tradicionalidade. Pelo marco da temporalidade, fixa-se a data da promulgação da Constituição da República (05.10.88), como critério limitador para que determinada área seja considerada indígena. Pelo marco da tradicionalidade, fixa-se o modo de uso da terra como signo de sua inclusão no âmbito do conceito de terra indígena.

O marco da temporalidade faz com que somente sejam consideradas áreas indígenas aquelas efetivamente ocupadas por índios quando da promulgação da Constituição. Tal critério afasta a chamada “posse imemorial”, que ensejaria insegurança jurídica na medida em que não haveria como estabelecer um marco definitivo acerca de quando se iniciara legitimamente a ocupação do País. O marco da tradicionalidade, por sua vez, faz com que, sem falar-se em posse imemorial, não seja preciso que os índios exerçam a posse em conformidade com os preceitos do Direito Civil, o qual não se concilia com seus usos e tradições.

Tais critérios vão ao encontro da pacificação social, pois ao passo que não favorecem mobilizações, por vezes belicosas, para reivindicar terras cujo regime jurídico de há muito já se encontra consolidado, não prejudicam, por outro lado, os indígenas que, malgrado o processo de ocupação, preservaram seus costumes.

Cumpra acrescentar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal ressaltou a hipótese de “renitente esbulho”, pois pode ocorrer que pouco antes da promulgação da Constituição os índios tenham sido expulsos. Caso isso se verifique, então não podem ser prejudicados por tal fato consumado, na medida em que persistam em reivindicar suas terras.

Não obstante tais premissas sejam compartilhadas pelo Relator, pedi vista dos autos para melhor avaliar a situação possessória no tempo em que foi promulgada a Constituição da

República. Isso porque a apelação foi julgada anteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, acima referida, de modo que os critérios pelos quais foi apreciada a prova e, consequentemente, julgado o recurso podem não coincidir com esse precedente. Assim, é conveniente que se reveja a prova produzida especialmente para que se tenha uma noção mais precisa de como era a situação em 1988.

Nesse sentido, deve ser feita uma observação inicial. Consta dos autos que nos municípios de Sidrolândia e Dois Irmãos do Buriti há uma área de 2.090 hectares atribuída aos indígenas em 1928 pelo Governo do Mato Grosso do Sul, denominada Reserva Buriti (fl. 83). Em meados de 1999, a FUNAI realizou estudo circunstanciado de revisão dos limites da Terra Indígena Buriti, cujo relatório resumido encontra-se encartado às fls. 82/95, o qual aponta o esgotamento dos recursos ambientais necessários ao bem estar do grupo indígena (fl. 89) e pretende a ampliação da reserva para a área de 17.200 hectares, na qual está abrangida a Fazenda “Santa Helena”, objeto do presente feito (fls. 91 e 93/94).

Vê-se, portanto, que em 1988 havia índios ao menos na região da Reserva Buriti. A questão é se eles se mantiveram limitados a essa área ou se eles, diversamente, faziam uso das demais áreas segundo suas tradições, vale dizer, se nelas caçavam, pescavam, plantavam segundo suas tradições; circunstâncias que podem ter ocorrido ainda que as terras já tivessem sido objeto de título de propriedade segundo o Direito Civil.

O Ministério Público Federal, bem como a União e a FUNAI juntaram aos autos o Laudo Pericial Antropológico, Arqueológico e Histórico realizado nos autos da Ação Declaratória nº 2001.60.00.003866-3, que tem por objeto propriedades rurais abrangidas na área de 17.200 hectares pretendida pelos índios (fls. 432/766 e 835/1.172).

A análise do laudo pericial antropológico, arqueológico e histórico permite concluir que os índios Terena ocuparam a região reivindicada nos autos desde meados do século XIX. Com a venda das terras pelo Estado do Mato Grosso como se fossem devolutas (de duvidosa legalidade) e a partir da criação da Reserva Buriti, os indígenas sofreram pressão por parte dos proprietários e do próprio Serviço de Proteção ao Índio (SPI) para que se confinassem à área da reserva de 2.090 hectares.

Porém, em diversas passagens do laudo pericial, é possível concluir que os Terena desocuparam a região pleiteada entre as décadas de 1930 e 1950, conforme se verifica na seguinte tabela que descreve as áreas listadas no laudo e as respectivas datas apontadas como de desocupação (cfr. fls. 440/755):

ÁREA	DATA DE DESOCUPAÇÃO
Antiga tapera de Joaquim Teófilo	1920
Antigo cemitério da Aldeia Invernada	-
Cruzeiro, Santa Cruz ou <i>Peaxoti</i>	-
Antiga tapera de Antônio da Silva Justino	Final da década de 1930
Antiga tapera de Austrilho da Silva Justino	1930
Assentamentos diversos da antiga Aldeia Paratudal	Final da década de 1930
Antiga cancha para corrida de cavalos	Final da década de 1930

Antigo pontilhão de Aroeira sobre o córrego Estrela	Pontilhão construído pelos Terena na década de 1940 mediante contratação do proprietário da região
Antigo cemitério Terena na atual Fazenda São José	Final da década de 1930
Antiga estrada velha desativada e antigamente usada pelos Terena para chegar até a Aldeia Buriti	-
Antigo assentamento de Maria Alves Lopes	Fins da década de 1930 e meados da década de 1940
Lera encontrada na Fazenda São José	-
Antigo assentamento de Tereza Gonçalves da Silva e Valdomiro Gonçalves	1946
Antigo assentamento de Cecílio Alcântara	-
Antigo assentamento de Dorvalina Duarte Roberto	-
Antigo assentamento de Paulo Pereira, genro de Cecílio Alcântara	-
Antigo assentamento de Famílias da Aldeia Cedro	Fins da década de 1920 e meados da década de 1930
Antigo assentamento de Justiniano Jorge	Fins da década de 1930 e primeiros anos da década de 1940
Antiga roça de Sebastião Leme da Silva	Fins da década de 1930 e primeiros anos da década de 1940
Antigo assentamento de Antônio, genro de Sebastião Lemes da Silva	Fins da década de 1930 e primeiros anos da década de 1940
Assentamento de Belmiro Lemes da Silva e José Lemes da Silva, filhos de Sebastião Lemes da Silva	-
Antiga pinguela sobre o córrego do Meio	-
Antigo assentamento de Sebastião Lemes da Silva	-
Antigo cemitério do Paratudal	Fins da década de 1930
Antigo assentamento de Isidório Mamed	-
Antigo cemitério do Barreirinho/Arrozal	-
Antigo assentamento de Olinda Mendes	-
Antiga aldeia Barreirinho	*área situada quase nos limites dos atuais 2.090 ha da Aldeia Buriti. No laudo, consta que havia um campo de futebol no local, que teria sido retirado dos indígenas em virtude de uma perícia realizada em 1988 pela TERRASUL, antigo órgão do Estado do Mato Grosso do Sul.
Barreirinho	-

Antiga pinguela sobre o córrego Buriti	-
Antigos assentamentos na Furna da Estrela	Fins da década de 1930
Assentamento de Adelaide da Silva Jorge e Adão Ribeiro	Década de 1940
Antigo cemitério à margem do córrego do Américo	Meados da década de 1940
Assentamento de Corina Bernardo no Barro Preto	Meados da década de 1950
Assentamento de Corina Bernardo no Morro do Ponteiro	-

São relevantes as considerações constantes do laudo a propósito da conceituação da área como de tradicional ocupação indígena:

2.18. Pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena a área objeto desta perícia. Sim, a área objeto da perícia “pode ser conceituada como de tradicional ocupação indígena”, pelos seguintes motivos:

Existem documentos de servidores idôneos e bem conceituados do SPI, inclusive de sua direção, datados das primeiras décadas do século XX, afirmando que os índios já viviam no local há muitos anos. Isto permite *projetar* a ocupação indígena para período anterior ao início da cadeia dominial. Os documentos esclarecem também que os Terena só deixaram os locais que ocuparam porque foram obrigados a tal, sobretudo devido às pressões e violências que sofreram no confronto com os primeiros proprietários, no início da cadeia dominial.

O estudo do Grupo Técnico coordenado pelo antropólogo Gilberto Azanha, em trabalhos etnográficos de identificação realizada *in loco*, propõe a identificação e delimitação da área como terra de ocupação tradicional indígena.

Os peritos do Juízo aplicaram procedimentos científicos, pautados pelo rigor e isenção, conforme determina a lei, encontrando elementos suficientes para afirmar que a área é de ocupação tradicional indígena terena. *As décadas que viveram fora dos locais de suas antigas habitações, as pressões aculturativas ou de transfiguração cultural, a impotência ou o descaso do órgão indigenista oficial como agente capaz de assegurar os direitos indígenas sobre a terra, não apagou a consciência de que ela lhes pertence por direito. A ocupação agro-pastoril também não apagou por completo os vestígios da ocupação indígena na área em questão, conforme atesta o estudo arqueológico.*

2.19. Forneça o perito outros esclarecimentos que julgar necessários à solução do litígio?

O CONFLITO SOCIAL ENTRE ÍNDIOS E OS ATUAIS PROPRIETÁRIOS

A questão do conflito social entre os índios e proprietários é do âmbito do direito e, portanto, foge ao campo de especialidade dos peritos do Juízo. Mesmo assim, faz-se oportuno registrar algumas informações recolhidas entre os proprietários e índios que ajudam a entender melhor estes conflitos.

O conflito teve origem na expansão das frentes de ocupação agropecuária na região do Buriti, a partir da última década do século XIX, quando Diocleciano Mascarenhas requereu a posse Correntes, incidindo parcialmente sobre as terras já ocupadas pelos Terena. *Nas três primeiras décadas do século XX, outras terras foram sendo requeridas por particulares e os Terenas forçados a se recolherem nos 2.090 ha a eles reservados pelo SPI.*

As narrativas dos Terena enfatizam uma série de violências sofridas por suas famílias nesse período, pois, segundo dizem, muitos fazendeiros ou seus prepostos, chegavam portando armas de fogo e davam apenas o prazo de vinte e quatro horas para deixarem o local; caso contrário agiriam com violência física. Para trás eles tiveram de deixar roças, casas, animais e cemitérios, dentre outras coisas de valor material e simbólico. Estas narrativas são transmitidas de geração a geração como parte da memória histórica da acupação (*sic*) da região por este grupo étnico.

A atuação do SPI em Buriti em alguns momentos se pautou pela defesa do direito dos Terena de permanecerem nas terras que ocupavam. Esta posição é expressa de maneira mais clara nos relatórios dos funcionários que ocupavam altos cargos hierárquicos na instituição, até 1937. Entretanto, *uma vez demarcada a área de acomodação - a qual atualmente é de 2.090 ha - como terra indígena e consumado o processo de regularização das terras do entorno em nome de particulares, a ação do SPI se voltou exclusivamente para o esforço de recolher a população terena na área a eles reservada.*

Os Terena com mais de oitenta anos como Leonardo Reginaldo, Armando Gabriel e outros, afirmaram categoricamente que nunca se conformaram com a saída dos territórios que ocupavam, mas não tinham meios para encaminhar suas demandas. Reiteraram que diversas vezes expuseram o problema para os chefes de posto do SPI e depois FUNAI, mas eles sempre se recusaram a apoiá-los na demanda de tentarem reaver suas terras. *A situação mudou com a nova Constituição Federal, promulgada em 1988, quando algumas lideranças Terena de Buriti passam a participar mais ativamente dos debates sobre direitos indígenas e, conscientes dos direitos assegurados pela legislação atual, começaram a exigir de forma explícita seus direitos sobre terras ocupadas pelas famílias naquela região, em décadas passadas. A partir de 1999, começaram as iniciativas terena no sentido deles recuperarem as terras da área objeto da perícia.* Estas iniciativas também foram marcadas por atos de força e violência característicos dos conflitos fundiários. A memória das violências sofridas pelos Terena no passado parece funcionar como motor dessas ações contra muito dos atuais proprietários. A mudança de comportamento dos Terena causou e ainda causa grande estranhamento dos atuais proprietários: antes eles eram tidos como índios dóceis e subservientes, transfigurando-se agora em guerreiros como eles mesmos se autodenominam quando se deslocam para essas operações. A superpopulação da área gera muitas dificuldades de convivência entre as lideranças das aldeias e este é, sem dúvida, um dentre tantos motivos que impulsionam os terena de Buriti a reaverem suas antigas áreas para, dispondo de mais espaço, poderem construir uma disposição espacial que distencione as relações sociais então conflitivas.

A situação de alguns proprietários que tiveram suas terras reocupadas, retomadas ou invadidas, seja qual for o tempo que se adote, gerou graves problemas sociais para algumas famílias que viviam exclusivamente da produção nessas áreas, como por exemplo, Adão Ribeiro, 78, e sua esposa Justina Correia Ribeiro, 75, ambos proprietários, segundo informaram, de 300 ha dos quais foram alijados da posse. Os peritos estiveram no local da propriedade e constataram que aí mantinham uma existência tranqüila, mas humilde, vivendo da pecuária extensiva, com nível de vida muito próximo ao de alguns índios. Com o trauma da expulsão, eles passaram a apresentar problemas de saúde e dificuldades para suprir suas necessidades básicas, pois acabaram ficando sem a fonte de renda necessária a sua sobrevivência, embora tenham comprado a terra há várias décadas e não se envolveram na retirada dos índios, perpetrada por Reginaldo Lemes, proprietário anterior, no início da cadeia dominial. Segundo afirmam, só recentemente tomaram conhecimento da demanda indígena sobre a terra e, antes dos conflitos recentes, sempre se deram bem com vizinhos terena. Expressam grande surpresa e revolta pela violência utilizada pelos índios no ato da saída forçada do local em que viveram por décadas.

De um modo geral, muitos proprietários afirmam que os Terena de Buriti não seriam capazes, por si só, de tamanho feito. Ao dizerem isso, apontaram para a FUNAI e o CIMI (Conselho Indígena Missionário, subordinado a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil da Igreja Católica), por exemplo, como eventuais mentores intelectuais desse processo de retomada. Entretanto, os peritos do Juízo constataram que os Terena de Buriti possuem uma grande capacidade de articulação e organização interna para a tomada de decisões. Portanto, foram eles próprios - na condição de agentes sociais de sua própria história - que decidiram *reaver aquelas terras que tiveram de deixar no passado.* Isto não exclui, eventualmente, um ou outro apoio buscado em entidades indigenistas, sobretudo ao longo desses últimos anos de conflitos fundiários. Assim sendo, é muito provável e natural que eles tenham feito articula-

ções externas com vistas a obter apoio para sua causa, da mesma forma que os proprietários buscam apoio em suas entidades de classe, como a ASSOMASUL.

A proprietária Néri Istarroco Rosa afirmou que “tem um errado na história, o errado é o Governo; se ele errou, ele que pague!”. Ela questiona, como outros proprietários, o resgate da dívida social do Estado para com os índios, em prejuízo dos atuais proprietários de terras adquiridas de boa fé, onde exerciam uma posse pacífica, inclusive gerando renda e impostos para os cofres públicos. Néri Istarroco Rosa disse claramente que sua família foi expulsa com violência; seus três filhos ficaram traumatizados, com sérios prejuízos para o seu desenvolvimento. Disse ainda que possuíam financiamento no banco para intensificar a produção de laranja e tomate, mas que agora tiveram que arrendar outra área para produzir; mesmo assim, estão com dificuldades para pagar o financiamento.

Outro aspecto alegado pelos proprietários é que a história de suas vidas está ligada às suas propriedades; muitos nasceram e viveram nelas sua infância. Alegam ainda que a relação com os índios sempre foi amigável, empregando-os nos trabalhos em suas fazendas, da mesma forma que os outros fazendeiros da região, tendo dificuldades de entender o por quê (*sic*) da mudança de postura dos índios, quando nos últimos anos assumiram uma atitude hostil, segundo avaliou.

O proprietário Rachid Bacha, tio paterno de Ricardo Bacha, outro proprietário na área periciada, por vezes afirmou em relatos bastante emotivos que as benfeitorias de suas fazendas não foram devidamente avaliadas pelos órgãos responsáveis por esse serviço. Além de apontar o valor material das benfeitorias, disse que tudo aquilo que eles construíram em seus imóveis rurais possui grande valor simbólico (afetivo), o qual não foi levado em conta pelos funcionários dos órgãos do governo que lá estiveram avaliando as benfeitorias. Este é um exemplo de que a maioria dos proprietários possui grande sentimento de pertencimento àquela região, em especial aos imóveis rurais dos quais possuem título de posse e nele trabalham há anos, em certos casos há décadas.

Neste sentido, alguns aspectos merecem destaque:

Pelo que os peritos puderam levantar, *a grande maioria dos atuais proprietários - são 30 listados no levantamento fundiário do Grupo Técnico da FUNAI - não participou da expulsão dos Terena, forçando-os a se recolherem na área de acomodação (2.090 ha). Isto ocorreu praticamente até os primeiros anos da década de 1940, pelos então proprietários dessas áreas.* Dos atuais proprietários, apenas Geraldo Correa é mencionado em documento do SIPI e nos relatos dos terena como tendo participado do processo de expulsão dos índios das terras por eles ocupadas.

Os atuais processos exerciam a posse pacífica destas terras até 1999, tendo-as adquirido de boa fé e mantendo boa relação com os Terena.

A reocupação das terras pelos índios gerou grave problema social para muitos proprietários, principalmente para as famílias que dependem exclusivamente da produção nessas áreas para sobreviverem, como nos casos apontados.

A aplicação dos métodos de violência no ato da reocupação pelos índios, gerou problemas psicológicos e de saúde entre alguns proprietários, principalmente nos casos de velhos e crianças; muitos se emocionaram e choraram durante as conversas entre eles e os peritos. Jamais imaginavam passarem por esse revés em suas vidas. *Reclamação semelhante é feita pelos terena idosos que foram expulsos das terras por eles ocupadas até a década de 1949, conforme mencionada em diversas partes dessa perícia.*

A estratégia jurídica dos Autores, preocupada exclusivamente em contestar a legitimidade da ocupação tradicional indígena na área objeto da perícia, não deu a devida atenção ao problema social, ao conflito gerado, nem a responsabilidade do Estado em todo este processo. Isto se reflete na formulação dos Quesitos dos Autores, os quais foram respondidos em sua totalidade. O problema enfrentado por alguns dos atuais proprietários da área objeto da perícia lembra, paradoxalmente, os prejuízos sofridos pelos Terena até a década de 1940, *quando esses indígenas também foram expulsos dessas áreas, ficaram traumatizados pela violência, perderam*

roças, casas e animais. Naquela ocasião, os Terena relatam que perderam colheitas e sementes de diversas espécies de plantas cultivadas, em muitos casos sendo obrigados a viverem da coleta de castanhas de palmeiras e mel e outras atividades extrativas até a reorganização da vida econômica, sobretudo da atividade agrícola. Também há relatos de pessoas que teriam morrido após serem obrigados a deixar seus assentamentos, como que tivessem padecido de tristeza até vir a óbito. (fls. 662/666, grifei).

Embora a perícia tenha concluído no sentido de área se incluir no âmbito do conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, fica evidente pela respectiva fundamentação que, adotado o marco temporal de 1988, não é o que se verifica. Aos Terena ficou reservada a área de 2.090 ha, à qual restaram limitados. A consolidação da posse dos atuais proprietários ocorreu nos idos de 1940, o que exclui a aplicabilidade do art. 231 da Constituição da República.

O laudo demonstra que, após a desocupação da área, os indígenas se confinaram à área da reserva, não exercendo posse sobre a área objeto da perícia. A pesquisa antropológica aponta, inclusive, que uma das características dos Terena é a abertura à influência sociocultural de outras sociedades (fl. 445), o que leva a crer que os indígenas tenham suportado o convívio com os proprietários da região mediante a prestação de serviços:

Com a implantação das fazendas, os Terena que ocupavam a área objeto da perícia passaram paulatinamente a viver (*sic*) nos 2.090 ha, transformado em uma área de acomodação, onde radicaram seus troncos e recompuseram as redes de alianças. Essas redes de alianças, como demonstrado, são hoje denominadas de aldeias, em um total de nove, contando com a aldeia urbana de Tereré, hoje localizada na cidade de Sidrolândia. (fl. 647)

Embora a aldeia não seja capaz de suprir todas as necessidades sociais e econômicas, é nela que os Terena se relacionam enquanto grupo étnico distinto, fazendo incursões mais ou menos prolongadas no “mundo branco” para extrair os bens necessários à sua sobrevivência. (fl. 649) A saída dos Terena da área objeto da perícia acompanhou o processo de implantação das fazendas que teve início com a definição da linha da Corrente e durou até a década de 1960. Em muitos casos, conforme as fazendas iam formando as pastagens e soltando o gado, os índios iam deixando o local e se recolhendo dentro da área de 2.090 ha. O grau de tolerância à presença indígena também variou bastante; em certos casos, algumas famílias terena se mantiveram nas fazendas como empregados ou meeiros dos fazendeiros. Nas últimas quatro décadas, os índios deixaram todas as áreas ocupadas por fazendas e passaram a viver exclusivamente nos 2.090 ha, adentrando-se nas fazendas apenas na condição de peões, contratados para trabalhos pontuais ou em expedições clandestinas de caça, pesca e coleta de mel e vegetais. (fl. 650)

O laudo aponta também que “os atuais proprietários exerciam posse pacífica destas terras até 1999, tendo-as adquirido de boa-fé e mantendo boa relação com os Terena” (fl. 665). Assim, tudo leva a crer que na ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988 os Terena não tinham a posse da região e tampouco buscavam sua retomada, vindo a pleiteá-la somente mais de uma década depois, diante do crescimento populacional e dos estímulos recebidos pela suposição de um direito que lhes seria conferido pela Carta Magna:

Os Terena com mais de oitenta anos como Leonardo Reginaldo, Armando Gabriel e outros, afirmaram categoricamente que nunca se conformaram com a saída dos territórios que ocupavam, mas não tinham meios para encaminharem suas demandas. Relataram que diversas

vezes expuseram o problema para os chefes de posto do SPI e depois FUNAI, mas eles sempre se recusaram a apoiá-los na demanda de tentarem reaver suas terras. A situação mudou com a nova *Constituição Federal*, promulgada em 1988, quando algumas lideranças Terena de Buriti passam a participar mais ativamente dos debates sobre direitos indígenas e, conscientes dos direitos assegurados pela legislação atual, começam a exigir de forma explícita seus direitos sobre terras ocupadas pelas famílias naquela região, em décadas passadas. (fl. 2.491 dos Autos nº 2001.60.00.003866-3)

A partir dos elementos acima listados, não se verifica renitente esbulho contra os indígenas: no caso, os títulos referentes às fazendas da região foram concedidos há bastante tempo, de modo que a posse dos proprietários não se caracteriza, no âmbito do Direito Civil, como violenta, clandestina ou precária. Nesse sentido, não prevalece o argumento segundo o qual as terras seriam originariamente indígenas e, por essa razão, não seriam devolutas e, não sendo devolutas, não poderiam ser transmitidas pelo Estado para os particulares. Segundo esse argumento, as terras indígenas remanesceriam desde sempre como propriedade da União ou de todo modo não poderiam ser objeto de transação jurídica válida. Ocorre que esse argumento não decorre da norma constitucional que reconhece o direito dos indígenas, mas sim pretende um vício jurídico cuja declaração dependeria da desconstituição dos títulos de propriedade pelas vias ordinárias.

Uma vez que a área da Fazenda Furna Estrela não se caracteriza como terra indígena nos termos do art. 231 e seguintes da Constituição da República, cumpre analisar a pretensão possessórias dos autores, ora embargantes.

Estão presentes os requisitos dos arts. 926 e seguintes do Código Civil. A posse do embargante resta comprovada nos autos por meio do Contrato Particular de Permuta e Compromisso de Venda e Compra (fls. 13/15). O esbulho pelos indígenas, de igual modo, está retratado no Boletim de ocorrência, lavrado em 23.02.03 (fl. 16), bem como em notícias veiculadas na imprensa (fls. 17/29).

Frise-se que não há como negar as injustiças que foram cometidas contra os índios no processo histórico de ocupação das áreas que lhes pertenciam, conforme também resulta do estudo antropológico, segundo o qual desde os primórdios a área em conflito era por eles ocupada segundo suas tradições. Mas a reparação dessa injustiça deve ser feita segundo as regras jurídicas em vigor, a cargo do Poder Público, cujos órgãos desde há muito reconhecem a insuficiência da área reservada aos índios.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes a fim de que prevaleçam as conclusões do voto vencido lançado às fls. 1.559/1.619.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO: Quero inicialmente me congratular com os eminentes componentes desta sessão que já se pronunciaram em relação à questão ora trazida novamente à baila.

Honestamente assevero que toda argumentação até então apresentada foi por mim sope-

sada, com a exata compreensão de que as divergências ocorridas entre partidários do mesmo colegiado, dizem respeito apenas aos julgamentos que fazemos de situações concretas e chegar a princípios de justiça que acreditamos ser aplicáveis nessas situações, que muitas vezes ocorrem dentro de nós, como indivíduos, quando em conflito diante de uma difícil questão moral e jurídica.

Analisa-se uma história processual e assim como todas as histórias do gênero, apresentam um cenário desprovido de muitas das complexidades da vida real praticada em cada uma dessas histórias processuais.

É por isso que recuamos e avançamos em nossas opiniões sobre determinadas situações e os princípios que afirmamos ao refleti-las.

Mesmo se conseguíssemos, durante a nossa vida de julgador, alinhar as nossas instituições morais aos princípios que fundamentam as nossas decisões, ainda assim acredito, como poderíamos confiar no fato de que o resultado disso seria algo mais do que um amontoado de preconceitos com coerência interna?

Daí porque não podemos descobrir o significado da justiça ou a melhor maneira de vivenciá-la apenas por meio da introspecção.

Nesse sentido, apresento o meu voto, submetendo-o à douta consideração deste Colegiado.

O embargante pretende que prevaleçam as conclusões do Voto Divergente da I. Desembargadora Federal Suzana Camargo, proferido no julgamento das apelações cíveis interpostas pela FUNAI, MPF e UNIÃO, ocasião em que a 5ª Turma desta Corte deu provimento aos recursos e julgou improcedente a ação de reintegração de posse ajuizada pelo ora recorrente, nos termos do Voto Condutor do I. Desembargador Federal André Nabarrete.

Para tanto, sustenta, em resumo, que § 1º do art. 231 da Constituição Federal não pode ser aplicado às suas terras, pelo fato de que a Fazenda “Santa Helena” sempre foi ocupada por fazendeiro da região há mais de cem anos, ou seja, desde o século XIX.

Alega que, na interpretação do dispositivo constitucional citado acima, a doutrina majoritária endossa o entendimento jurisprudencial, no sentido de que as terras que “tradicionalmente ocupam” são aquelas que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 eram, e ainda são, ocupadas pelos índios em caráter permanente, e que “a posse e o domínio do embargante sobre a Fazenda ‘Santa Helena’, é mais do que centenária, ostensiva, pacífica, legítima e de boa-fé”, além do que a ameaça de esbulho restou demonstrada no processo.

O I. Relator, Desembargador Federal Nelton dos Santos, registrou em seu Voto: “Penso que a solução dos presentes embargos infringentes passe por uma questão de natureza jurídica e por duas de ordem fática: é preciso examinar a regra estampada no artigo 231 da Constituição Federal, verificar, à luz da prova, se o caso presente amolda-se ou não à previsão constitucional, e, finalmente, aferir a ocorrência de esbulho possessório alegado na petição inicial”. E quanto ao objeto da pretensão recursal, o I. Relator aderiu ao Voto Vencido da I. Desembargadora Federal Suzana Camargo, no sentido de que a posse do apelado restou comprovada nos autos, o mesmo ocorrendo com relação à ameaça de esbulho, através de cópia de Boletim de Ocorrência e de notícia de jornais.

Passo a decidir.

Consta da petição inicial que o autor/embargante é legítimo possuidor do imóvel rural “Fazenda Santa Helena”, outrora denominada “Fazenda Buriti”, localizada no município de

Dois Irmãos do Buriti, no Estado de Mato Grosso do Sul, com área de 403,5192 hectares, matriculado em nome de Célio Senedese, prometido ao ora embargante através de instrumento particular celebrado em 02/10/91, data em que lhe foi transmitida a posse do imóvel, que a detém ininterrupta e pacificamente desde então.

De outra parte a FUNAI e a UNIÃO, em sua contestação conjunta, sustentam que consta do resumo do relatório circunstanciado acostado às fls. 62/67, no quadro dos ocupantes não índios, o nome do autor, informando que sua área, denominada Fazenda Santa Helena, de 403,5192 ha, está incidente em 403,50 ha sobre os limites da Terra Indígena Buriti, tendo o Ministério Público Federal, em seu Parecer, acrescentado que tal constatação é “fator legal suficiente para aniquilar qualquer qualificação de esbulho.”

Os dispositivos constitucionais que regulam a questão indígena (art. 231 e seus parágrafos, e art. 232), bem como o alcance da expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, foram interpretados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ação popular que pretendia a desconstituição da demarcação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388), em sessão realizada em 19/03/2009, e, em razão de sua importância histórica, entendo que deve ser, ainda que parcialmente, trazido à colação, mesmo porque, conforme ressaltou em seu Voto o Ministro Marco Aurélio “Não restam dúvidas, porém, que a conclusão adotada na presente ação norteará a atuação da Corte nas demais.”

Nesse julgamento, o Min. Menezes Direito, cujo voto vista complementou o voto do Ministro Relator, Ayres Brito, consignou que:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

E prossegue:

(...)

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

(...)

Assim, não há dúvida de que a referência feita pelo *caput* do art. 231 a “terras que [os índios] tradicionalmente ocupam”, é a definição primária de terras indígenas.

Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio “tradicionalmente” e pelo verbo “ocupam”, é o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas. Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/88) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras. A mesma razão pode ser extraída do voto do Ministro *Victor Nunes Leal* no julgamento do RE nº 44.585 (DJ de 11/10/1961).

(...)

Em segundo lugar, as terras indígenas são terras *ocupadas tradicionalmente* pelos índios.
(...)

E esse modo de ocupação, por sua vez, foi definido na própria Constituição, no § 1º do art. 231.
(...)

“Terras que os índios tradicionalmente ocupam” são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro *fato* a ser verificado.

(...)

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do *fato indígena*.

A aferição do *fato indígena* em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. (grifos nossos)

(...)

Assim, é a ciência que oferece os meios de identificação do âmbito da presença indígena ou, em outras palavras, do *fato indígena*.

É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem seu âmbito. A identificação do *fato indígena*, que por um lado dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente.

(...)

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantar, como decidido pelo constituinte dos oitenta. (grifos espontâneos)

No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro Celso de Mello (RE nº 183.188/MS, DJ de 14/2/1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE nº 94.414, Relator o Ministro Moreira Alves (DJ de 19/4/1985). (destaque deste Relator)

De outra parte, a Ministra Cármen Lúcia traçou todo um histórico das terras indígenas, pesquisa essa pautada na obra de João Mendes Júnior (“Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”. São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912), conforme excertos que trago à colação:

(...)

Examina aquele autor, após incursionar pelo processo colonizador no Brasil e nos Estados Unidos e seus atos e efeitos sobre os indígenas, a legislação posterior à independência, mencionado desde a Lei de 27 de outubro de 1831, revogando as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios, e os considerando como órfãos, até a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que regulou as terras possuídas, as terras devolutas e as terras reservadas. Das terras devolutas, afirma aquele autor, a lei reservou as necessárias para a fundação de povoações e aberturas de estradas e mais fundações públicas e para a colonização dos indígenas.

O Regulamento nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, interpretando aquela Lei, declarou que as terras seriam reservadas para colonização “e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem hordas selvagens” (arts. 72 a 75).

O insigne autor paulista anota que “bem se entende que o legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto, que outra é a solução jurídica: - desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhe pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro” (p. 57).

Já então se reconheceu - o que apenas se reforçou a partir das Constituições brasileiras de 1934 até a de 1988 - o indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação. É ainda João Mendes Júnior que afirma que “Tanto o indigenato quanto o colonato, podem ser preliminares da municipalização. Os próprios Romanos, que se constituíram por conquista e que davam tanta importância ao *dominium ex jure quiritium*, tiveram de reconhecer estes efeitos ... As leis portuguesas dos tempos coloniais apreendiam perfeitamente estas distinções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se formar um aldeamento mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra. ... sem desconhecer as outras fontes, já os filósofos gregos afirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alvará de 1º de abril de 1680, ‘a primária, naturalmente e virtualmente reservada’, ou, na frase de Aristóteles (Polit., I nº 8), ‘um estado em que se acha cada ser a partir do seu nascimento’. Por conseguinte, o indigenato não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem. O indígena, primariamente estabelecido, tem a ‘sede positio’, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo ... a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desses *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - ‘quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit’” (op. cit., p. 58)

(...)

A Constituição brasileira de 1824 nada dispôs sobre os índios. O Ato Adicional de 1834 (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834) estabeleceu, em seu art. 11, § 5º, a competência das assembléias legislativas provinciais para “promover, cumulativamente com a assembléia e o governo geral, a organização da estatística da província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias”.

Entende-se que o indigenato, entretanto, tinha sido recepcionado pela Constituição imperial, pelo que os seus efeitos produziam-se independente de previsão constitucional expressa.

O mesmo se há de compreender, pois, com o advento da Constituição de 1891, que, não tendo cuidado, expressamente, da matéria, faz indiscutível que os índios detinham os direitos dos brasileiros aos quais se sobressaíam o que era sua condição exclusiva, qual seja, aqueles referentes ao indigenato.

Enfatiza José Afonso da Silva, em Parecer oferecido na presente ação, que a Constituição de 1891 “gerou alguma controvérsia e até alguma consequência não autorizada. Referimo-nos ao art. 64 que declarou pertencer aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Diante deste dispositivo, alguns Estados, tendo como devolutas as terras ocupadas pelos índios, começaram a estabelecer disposições sobre legitimação de posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras possuídas que as abrangiam. *Com certeza, não havia boa fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas*” (Parecer, p. 3).

A Constituição de 1934 conferiu à União competência privativa para legislar sobre “a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, e, ainda, definiu que “art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Estava reconhecido e garantido, assim, o indigenato, conquanto não de forma direta, mas, à evidência, de forma decisiva.

A Carta de 1937 manteve disposição com o mesmo conteúdo daquele contido na norma da Constituição anterior, com os limites da outorga que lhe deu origem e de sua inefetividade geral.

A Constituição de 1946 voltou ao tema, em seus arts. 5º, inc. XV, al. e 216.

Em comentários àquela norma enfatizava Temístocles Brandão Cavalcanti, que posteriormente viria a ser o redator do Projeto transformado em Estatuto do Índio (Lei nº 6001, de 19.12.1973): “A Constituição assegura aqui o *ius possidetis* (na verdade, o indigenato) das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que a não transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram e que, até hoje, ainda não se incorporaram aos hábitos e aos costumes da civilização colonizadora” (*A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, v. IV, p. 242).

A Carta de 1967 fez incluídas entre as terras da União as ocupadas “pelos silvícolas” (art. 4º, inc. IV), outorgou a este ente nacional competência para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, além de lhes manter a segurança de serem titulares da “posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (art. 186).

Vale aqui referência expressa aos dizeres de Pontes de Miranda, que comentando aquelas normas afirmava serem “ nenhuns quaisquer títulos, ainda que registrados, contra a posse de silvícolas, ainda que anterior à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (*Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, v. IV, p. 218).

A Emenda nº 1, de 1969, repetiu aquelas normas, mas acrescentou as consequências que erigem em regras com efeitos retro quanto a pretensões baseadas em títulos formais, que, como asseverara antes Pontes de Miranda, não podiam ser reconhecidos como válidos.

Naquele documento constitucional, consta em art. 198 e seus parágrafos:

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

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

§ 2º *A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”*

A Constituição de 1988 inovou o tema ao tratar em capítulo próprio dos princípios e das regras asseguradores dos direitos dos índios e do indigenato, dispondo, em seu art. 231:

CAPÍTULO VIII

DOS ÍNDIOS

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

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

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

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

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

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

Em comentários sobre estas normas, realça José Afonso da Silva que “a questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza - como lembra Manuela Carneira da Cunha - constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas” (*Comentários Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 869).

Já o Ministro Eros Grau manifestou-se no sentido de que:

(...)

As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União - resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeitos os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

Também o Ministro Cezar Peluso ressaltou a importância daquele julgamento:

(...) a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitados, mas é autêntico caso-padrão, ou *leading case*, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.

O Ministro Relator, Ayres Britto, destacou, na sessão realizada em 10/12/2008, que:

(...) a Constituição optou pela demarcação no âmbito exclusivo da União porque, historicamente, Estados e Municípios sempre se contrapuseram às pretensões indígenas da demarcação de área para as populações indígenas, daí porque titularam ilicitamente, expediram títulos não de propriedade, mas de uso, de ocupação. Há uma razão histórica para excluir desse processo os Estados e os Municípios.

De sua parte, o decano Ministro Celso de Mello, dentre outras colocações, pronunciou-se nestes termos:

(...)

A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte *pré-excluiu* do comércio jurídico as terras indígenas (*“res extra commercium”*), *proclamando* a nulidade e *declarando* a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, *considerando*, ainda, *ineficazes* as pactuações negociais *que visem* a exploração das riquezas naturais nelas existentes, *sem possibilidade* de quaisquer consequências de ordem jurídica, *inclusive* aquelas *que provocam*, *por efeito de expressa recusa constitucional*, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais *contra* a União Federal, *ressalvadas, unicamente, as benfeitorias* derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).

Cumprir ter presente, por isso mesmo, a *correta advertência* feita por DALMO DE ABREU DALLARI (*“O que são Direitos das Pessoas”*, p. 54/55, 1984, Brasiliense):

“(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas.

Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, *mediante compra, herança, doação ou algum outro título*, *uma terra ocupada por índios*, *na realidade não adquiriu coisa alguma*, pois estas terras *pertencem* à União e *não podem* ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, *dispondo* a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores *não terão direito*

a qualquer indenização.” (grifei)

É por tal razão que já se decidiu, no regime constitucional anterior - em que havia norma semelhante (CF/69, art. 198, § 1º) à que hoje se acha consubstanciada no art. 231, § 6º, da Constituição de 1988 - que a existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome de particular qualificava-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevaleceria - como ainda hoje prevalece - o comando da norma constitucional referida, “que declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas” (Revista do TFR, vol. 104/237 - grifei) (destaques do Min. Celso de Mello).

Perfilhando o mesmo entendimento, o Ministro Gilmar Mendes, na análise do caso, assim se expressou:

(...)

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores à demarcação, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

(...)

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios.

(...)

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que possam ser levantadas contra a posse indígena e a eventual imprecisão de seus contornos, não se deve perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, EC 1, art. 198).

Conforme se deflui da leitura dos votos dos Ministros, parcialmente transcritos por este julgador, a Suprema Corte interpretou, inequivocamente, os dispositivos constitucionais que cuidam das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. E através da perspectiva histórica traçada pela Ministra Cármen Lúcia, pode-se vislumbrar a linha do tempo em que as garantias constitucionais à ocupação das terras pelas comunidades indígenas se efetivaram.

Portanto, as Constituições Brasileiras, a partir daquela promulgada em 1934 (que em seu art. 129 dispôs: “Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”), estabeleceram que qualquer título de propriedade sobre as terras em questão é de nenhum valor, por se tratar de propriedade da União, cuja posse é destinada aos indígenas.

Nesse sentido, trago julgados do TRF da 1ª Região, proferidos antes mesmo do julgamento da noticiada ação popular pelo STF:

ÁREA TITULADA EM NOME DE PARTICULAR, PELO ESTADO DA BAHIA, CONTIDA NA RESERVA “CARAMURU-CATARINA PARAGUASSU”. OUTORGA DE TÍTULOS DOMINIAIS EM TERRAS INDÍGENAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1934. NULIDADE. POSSE IRREGULAR. AUSÊNCIA DE DIREITO A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

I – “As Constituições de 1934, 1946, 1967/69 e 1988 atribuíram à União o domínio das terras habitadas pelos silvícolas e a desocupação dessas áreas indígenas não acarreta o seu retorno ao Estado-federado.” “É nula a outorga de títulos dominiais em terras indígenas após a Constituição de 1934” (TRF 1ª Região, AC 1999.01.00.022890-o/MT. Rel Juíza Federal (convocada) Selene Maria de Almeida, Quarta Turma, Unânime, DJ 16.02.2001).

II - A doutrina e a jurisprudência reconhecem a nulidade de qualquer título que pretenda traduzir direito de propriedade privada “incidente” sobre terras indígenas. As terras habitadas pelos silvícolas, integrando o patrimônio da União, não podem figurar no registro imobiliário, em nome de particulares. Torna-se juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz a existência de título de domínio dessas terras registrado em nome de terceiros.

III - O direito dos índios à posse permanente de seus territórios independe da demarcação. “Não está em jogo, propriamente, o conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos: trata-se do *habitat* de um povo” (Voto do Ministro V. Nunes Leal, RE 44.585-MT, 1961).

IV - Não é razoável que ao caso seja aplicável a regra do direito privado, tanto mais quando a área pretensamente turbada pelos índios consta como reserva indígena criada em 1926 e demarcada em 1937.

V - Sem posse regular, não há turbação que justifique a proteção das ações possessórias.

VI - Agravo de instrumento provido.

(TRF 1ª Região, AI nº 2002.01.00.041807-2, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus, j. 28/11/2007, DJF1 11/04/2008, p. 110)

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRAS TRADICIONAL E PERMANENTEMENTE OCUPADAS POR POPULAÇÕES INDÍGENAS - APIAKA/BAYABI. DEMARCAÇÃO HOMOLOGADA EM 24.12.1991. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. IMISSÃO DA FUNAI E UNIÃO NA POSSE DO IMÓVEL TÍTULO DE PROPRIEDADE EXPEDIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1891, ARTIGO 129. ALIENAÇÃO VEDADA - CF/1934, ARTIGO 129. IMÓVEL ADQUIRIDO PELOS AGRAVANTES NO ANO DE 1984. AUSENTES OS REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO DA ORDEM JUDICIAL.

I - Tendo sido a área em discussão demarcada como terra indígena - Decreto nº 394, de 24.12.1991, incide inevitavelmente a norma do art. 231, § 2º, da Lei Maior, segundo a qual “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

II - O título dominial ostentado pelos agravantes, das terras por eles adquiridas no ano de 1984, tem origem em alienação feita pelo Estado do Mato Grosso, no ano de 1964, de terras tidas como devolutas (CF/1891, art. 64).

III - Não obstante ter o Estado do Mato Grosso recebido terras indígenas entre as devolutas que lhe foram atribuídas pela Constituição de 1891 (“art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”), não poderia ele aliená-las em razão da vedação prevista no artigo 129 da Constituição de 1934 (“Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”).

IV - As Constituições posteriores conferiram igual tratamento aos interesses indígenas: Constituição/1937: “Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” e a Constituição/1946: “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição que não a transferirem”.

V - Conforme disposto no art. 231, § 6º, da atual Lei Fundamental, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

VI - “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum”. (RE 183188/MS, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 14.02.1997, p. 1988).

VII - O cumprimento do regramento constitucional acima delineado, somada à ciência inequívoca da homologação da demarcação administrativa promovida pela FUNAI da área indígena Apiaká-Kayabi, desde o ano de 1991, elide a boa-fé da ocupação das terras em questão pelos agravantes.

VIII - Confirmada a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou a imissão das autoras na posse do imóvel, bem como a desocupação de todos os imóveis inseridos no perímetro da área indígena delimitada pelo Decreto Presidencial nº 394, de 24.12.1991.

IX - Agravo regimental improvido.

(TRF 1ª Região, AGA nº 2007.01.00.0026232-2, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, j. 18/06/2007, DJ 09/08/2007, p. 171) (destaquei)

Prosseguindo, entendo que o marco temporal de 05/10/88 não é o único critério definidor das terras indígenas, válido apenas para impedir a ocupação de outras propriedades ou a migração das comunidades indígenas, a partir dessa data.

Isso porque, limitar o direito às terras àqueles indígenas que já estavam na posse de determinada área importaria em excluir dessa proteção os que delas foram desapossados e, com isso, legitimar os atos nulos praticados pelo Estado do Mato Grosso, no caso, que transferiu aos particulares o que não lhe pertencia, já que de terras devolutas não se tratavam, situação que o Poder Judiciário não pode legitimar.

Assim, permitir a data de 05/10/88 como o único sinal de ocupação que se põe para o estabelecimento de limites territoriais indígenas, é aceitar o pressuposto utilitarista do Direito, consistente em pesar custos e benefícios de determinado fato e apenas esperar uma avaliação mais ampla das consequências sociais, tendentes a acomodação.

Mas o que se exige da Justiça é muito mais, dela se requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas, pois na moldura do caso em questão o afastamento dos índios, embora paulatino, não foi voluntário.

Nesse quadro, reitero a manifestação do Ministro Eros Grau, já transcrita acima:

Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (destaquei)

De igual forma, considero relevante a manifestação da I. Desembargadora Federal Ramza Tartuce, em sua Declaração de Voto, apresentada por ocasião do julgamento das Apelações Cíveis interpostas nestes autos pela União Federal, FUNAI e MPF (fls. 1.621/1.634 - volume 6):

(...)

No que diz respeito ao conceito de aldeamento indígena extinto, ao contrário do que entendeu a E. Desembargadora Federal Relatora e como registrei em meu voto declarado nos autos da ação declaratória nº 2001.60.00.003866-3, não consta que a área objeto desta ação seja área de extinto aldeamento indígena, porque a prova produzida não revela que os indígenas tenham deixado de ocupá-la algum dia ali retornando após o decurso de tempo suficiente para justificar o direito de posse defendido pelo autor nestes autos.

(...) (fl. 1.624)

Na hipótese dos autos, a prova pericial produzida no Proc. nº 2001.60.00.003866-3 (Perícia Antropológica, Arqueológica e Histórica da Área reivindicada pelos Terena para a ampliação dos limites da Terra Indígena Buriti), juntada aos presentes nas fls. 433/766 (3º volume), e realizada na região que inclui o imóvel do embargante, após exaustivo trabalho, parcialmente já transcrito no Voto Condutor do I. Desembargador Federal André Nabarrete (fls. 1.650/1.693 - 6º volume), a que me reporto, para evitar a desnecessária repetição das transcrições, concluiu no sentido de que, *“do ponto de vista da arqueologia, a área objeto da perícia apresenta elementos que possibilitam afirmar se tratar, pois, de uma área de ocupação tradicional indígena”*.

Também deve ser ressaltado o fato de que o Presidente da FUNAI, através de despacho publicado no Diário Oficial de 17/08/2001, aprovou o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Buriti, com superfície e perímetro aprovados de 17.200 hectares e 78 Km respectivamente, localizada nos municípios de Dois Irmãos do Buriti e Sidrolândia, Estado de Mato Grosso do Sul (cópia na fl. 62), *e mais recentemente a FUNAI juntou aos autos a cópia da Portaria nº 3.079, de 28 de setembro de 2010, do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos índios a Terra Indígena BURITI (cópia na fl. 2.100 - 8º volume)*.

Portanto, se foi reconhecida a posse da comunidade indígena Terena sobre área que inclui a Fazenda do embargante, desde meados do século XIX, não se pode dizer que os embargados tenham praticado esbulho sobre a posse do recorrente.

E considerando que em interditos possessórios discute-se a posse e não a propriedade, tenho como esclarecedor o julgado que segue:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. TERRA INDÍGENA. POSSE DE BOA FÉ. JUSTO TÍTULO MAS INEFICAZ.

I - A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, é clara e precisa, quando estabelece que são reconhecidos aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

II - Não importa como o não-índio adquiriu as terras indígenas, se de boa ou má-fé. A boa-fé só interessa para o fim de discutir indenização.

III - A posse de boa-fé não significa posse justa. O título pode ser até justo - justo título - mas não ter eficácia, por exemplo, porque o transmitente não tem o direito de propriedade, não é

dono (*a domino*). E, assim, na verdade, o domínio não se transmite.

(TRF 1ª Região, AC nº 1997.01.00.023916-8, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 18/05/1999, DJ 30/09/1999)

Por derradeiro, transcrevo acórdão da 5ª Turma, proferido no julgamento do AI nº 2003.03.00.017162-0, interposto em face da decisão que deferiu a liminar neste feito (fls. 111/115), realizado em 28/06/2004, publicado em 10/07/2007 e *transitado em julgado em 09/11/2007*, cuja cópia também consta das fls. 1.713/1.726, incluída a certidão de trânsito em julgado, que legitimou a presença dos Terena na Fazenda do embargante:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE PROPRIEDADES RURAIS. LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE INDÍGENAS. DIREITO À POSSE DOS INDÍGENAS É ORIGINÁRIO E NÃO ADQUIRIDO. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O INTERESSE DE GRUPOS INDÍGENAS E O PATRIMÔNIO PARTICULAR DE FAZENDEIROS. DEVE PREVALECER O PRIMEIRO, QUE ENVOLVE O COLETIVO. INVASÃO DESCARACTERIZADA. NÃO SÃO ABSOLUTAMENTE CAPAZES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em ação de reintegração de posse, deferiu liminar ao proprietário e determinou à FUNAI providenciar a imediata retirada dos indígenas que haviam ocupado a Fazenda Santa Helena, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

- Preliminar de reunião de processos suscitada pelo MPF rejeitada.

- A Constituição Federal garante proteção aos índios, à sua cultura, terras, recursos hídricos e minerais e de removibilidade condicionada à aprovação do Congresso Nacional, conforme determinam os arts. 231 e 232.

- O resumo do relatório circunstanciado de revisão de limites de terra indígena Buriti, elaborado por grupos técnicos da FUNAI e coordenados pelo antropólogo Gilberto Azanha, identifica o imóvel objeto do pedido de reintegração como localizado em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Terenas. O documento descreve todo o histórico de ocupação da tribo indígena na região e como seus membros acabaram sendo expulsos pelos fazendeiros e colonos. Conclui-se que a posse dos Terenas é originária e precedente à dos demandantes, o que descaracteriza a qualificação de esbulho e infirma eventuais títulos existentes. É o que se extrai do art. 231, § 6º, da CF. Ante a situação estabelecida no tocante à ocupação indígena da Fazenda Santa Helena e, em especial, às precárias condições de sobrevivência por que os índios estavam passando, não se deve buscar o uso da força, mas sempre a conciliação. Os indígenas não se furtaram a ela e aguardavam obedientes à solução dada pela Justiça.

- Na contraposição entre os valores envolvidos, como o interesse de grupos indígenas e o patrimônio particular de fazendeiros, deve prevalecer o primeiro, que envolve o coletivo. Não se pode olvidar que o direito à vida deve se sobrepor ao direito de propriedade. Cabe lembrar que o relacionamento dos índios com a terra não representa a mera exploração econômica. No caso, quase duas centenas de indígenas dependem do cultivo da terra que legitimamente lhe pertence para subsistência dos próprios membros e proteção aos seus costumes e tradições.

- A demarcação da região apenas confirmará a posse que incumbe aos indígenas há séculos e não se caracteriza como título aquisitivo de posse ou de constituição da ocupação. O direito à posse dos indígenas não é derivado, mas originário, porque a Constituição Federal assim o definiu. Não se aplicam os arts. 1201, § único, 1210, § 2º e 1211 do CC nem os arts. 926 e 927 do CPC. O processo demarcatório tem como objetivo a fixação dos limites do território pertencente à União, ao qual será dada destinação específica, e culmina com o registro em cartório imobiliário, ato que tem caráter de publicidade e não de legitimação.

- Não há que se falar que os indígenas agiram com propósitos deliberados de invadir a fazenda ou expulsar os moradores. Em razão de não serem afeitos à civilização e desconhecerem todo

o trâmite do processo de demarcação das terras, bem como as implicações jurídicas de seus atos, entendiam que a existência do estudo antropológico que concluiu serem as terras tradicionalmente de ocupação da tribo Terena era suficiente para retomarem a posse do imóvel e realizarem atividades típicas. Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o CC de 2002 estabelece no § único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios.

- Agravo de instrumento provido, a fim de reformar a decisão para que seja obstada a retirada dos indígenas Terenas da Fazenda Furna da Estrela e conseqüentemente, seja excluída eventual multa imposta à FUNAI.

(TRF 3ª Região, AI nº 2003.03.00.017162-0, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, Rel. p/acórdão Des. Fed. André Nabarrete, por maioria, j. 28/06/2004, DJU 10/07/2007)

Concluo no sentido de que a questão das terras indígenas ultrapassa os conceitos civilistas de posse e propriedade para alcançar foros de garantia constitucional, contexto no qual deve ser analisado e julgado o inconformismo recursal que ora se aprecia.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO aos Embargos Infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI: Pedi vista para melhor analisar a discussão das questões trazidas nestes autos.

Na espécie, trata-se de embargos infringentes opostos por Valdemar Marques Rosa contra o acórdão proferido pela 5ª Turma desta Corte que, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada em sessão pelo Ministério Público Federal de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual, bem como todas as demais preliminares suscitadas, nos termos do voto da Relatora e, no mérito, por maioria, deu provimento aos recursos do Ministério Público Federal, da União e da FUNAI, para julgar improcedente a ação e cassar quaisquer liminares que tenham sido concedidas aos autores, nos termos do voto do Eminente Desembargador Federal André Nabarrete, acompanhado pelo voto da Eminente Desembargadora Federal Ramza Tartuce, vencida a Eminente Desembargadora Federal Suzana Camargo, que negava provimento ao recurso ministerial e dava parcial provimento ao recurso da FUNAI e da União, para excluir a multa diária cominada na sentença, caso não houvesse desocupação dos indígenas, e fixar honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Relembro que os Desembargadores Federais Nelton dos Santos (Relator) e André Nekatchalov (Voto-vista) elaboraram minudentes Relatórios acerca das pretensões recursais veiculadas (fls. 2.149/2.151 e fls. 2.173/2.179), aos quais me reporto nesta manifestação.

Assim, adentro ao mérito do inconformismo da parte autora, ora embargante.

Por ocasião do julgamento da Petição nº 3388/RR-Roraima (caso que ficou conhecido como “Raposa Serra do Sol”), o Supremo Tribunal Federal conferiu parâmetros jurídicos mais precisos às demarcações de terras indígenas. Em linhas gerais, a E. Corte estabeleceu os seguintes requisitos à que uma determinada região possa ser considerada indígena, enquadrando-se no previsto no § 1º do art. 231 da Constituição Federal de 1988:

- a) marco temporal da ocupação; e
- b) marco da tradicionalidade da ocupação.

Por oportuno, reproduzo trecho do item 11 da ementa do referido acórdão:

(...)

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

11.1. O marco temporal de ocupação. *A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.*

11.2. *O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica.* A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. (...). (Relator: Min. Carlos Britto, Julgamento: 19/03/2009, Public. 25-09-2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Grifei)

Por essa linha de raciocínio, a data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) é o referencial para se reconhecer aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de modo a que apenas sejam consideradas indígenas as terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da CF/88. Além disso, a ocupação deve ser tradicional, revestida do caráter da perdurabilidade, ou seja, exige-se a presença constante e a persistência nas terras (habitação permanente).

Seguindo o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Menezes Direito no caso “Raposa Serra do Sol”, esses requisitos devem ser observados e demonstrados nos casos concretos, seguindo o que denominou de “Teoria do Fato Indígena”, nos seguintes termos:

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, do *fato indígena*.

(...)

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o *fato indígena* por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O *fato indígena* a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.

(...)

Por outro lado, *se a teoria do fato indígena dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização.* (...)

Se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no *fato indígena*, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir para demonstrá-lo. Todo fato está sujeito a observação. O que pode variar são os instrumentos e métodos a serem utilizados para essa finalidade. (Voto Min. Menezes Direito, fls. 381, 384, 385, 388. Grifei)

Estabelecidas essas premissas e adotada a “Teoria do Fato Indígena”, necessário verificar se no caso dos autos é constatado o *fato presença dos índios nas terras em questão na data da promulgação da CF/88, uma presença constante e persistente*.

Consta dos autos que nos Municípios de Sidrolândia e Dois Irmãos do Buriti há uma área de 2.090 hectares atribuída aos indígenas Terena em 1928 pelo Governo do Mato Grosso do Sul, denominada “Reserva Buriti” (Decreto estadual nº 834; fls. 63).

Com a criação dessa Reserva e a venda de terras na área de seu entorno, os indígenas acabaram se limitando à área da reserva de 2.090 hectares. Como a Reserva hoje não é suficiente para a sobrevivência física e cultural da comunidade Terena localizada na região (perícia judicial, fls. 1.107 - vol. 5) e existe vínculo entre os Terena, originou-se o atual problema fundiário, envolvendo índios, chefes de posto do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e proprietários rurais.

Da análise dos autos, conclui-se que *essa área de tensão do entorno da Reserva foi desocupada pelos indígenas Terena entre as décadas de 1930 e 1950*, conforme diversas passagens do laudo pericial (fls. 836/1.172 - volumes 4 e 5), avaliação que se presume equidistante dos interesses das partes e que apresenta-se consistente e bem fundamentada, respaldando-se em critérios técnicos e nas características da área.

Confirmam-se os seguintes trechos, extraídos do laudo pericial:

1.8.5. ANTIGA TAPERA DE AUSTRILHO DA SILVA JUSTINO. (...) Em fins da década de 1930, todos os parentes de Vicente Jorge da Silva foram expulsos da área pela captura. Eles tiveram apenas 24 horas para deixar o lugar, segundo foi possível apurar por meio de entrevistas e através de documentos da época do SPI, mencionados na resposta aos quesitos apresentados pela Justiça Federal. *É possível que após eles terem sido expulsos de suas residências, o local foi esporadicamente ou não ocupado por não-índios que trabalhavam naquele imóvel rural, a partir de meados da década de 1940.* Toda essa área aparece na fotografia aérea de número 51478, tirada em 05 de agosto de 1965 pelo Exército Brasileiro. (Fls. 876 - vol. 4. Grifei)

1.8.6. ASSENTAMENTOS DIVERSOS DA ANTIGA ALDEIA PARATUDAL. (...). Os Terena não mais encontraram *in loco* as grandes árvores que usavam como marcos para a localização de suas antigas taperas, pois há décadas que não mais visitavam o lugar. *Na verdade, muitos deles não visitavam aquela área desde ao redor da década de 1940, ou só o realizavam em rápidas expedições de caça e coleta.* (Fls. 887 - vol. 4. Grifei)

1.8.7. ANTIGA CANCHA PARA CORRIDA DE CAVALOS. (...) A cancha tinha cerca de 200 m de comprimento e uns 20 m de largura, com apenas duas raia, ao que tudo indica apenas com balizas feitas de pequenas estacas de madeira. *Quando em fins da década de 1930 os Terena foram expulsos daquela área, a cancha logo em seguida ficou em desuso.* (Fls. 889 - vol. 4. Grifei)

1.8.9. ANTIGO CEMITÉRIO TERENA NA ATUAL FAZENDA SÃO JOSÉ. (...) Segundo os Terena participantes da comissão que acompanhou os trabalhos de campo, o cemitério foi quase que totalmente destruído há poucos meses por parte de um tratorista não-índio a serviço do proprietário Ricardo Bacha, um dos Autores. (...). *Ali teriam sido sepultados vários de seus patrícios até fins da década de 1930, quando as famílias residentes no local tiveram de deixar a área.* (Fls. 892 - vol. 4. Grifei)

1.8.11. ANTIGO ASSENTAMENTO DE MARIA ALVES LOPES. (...) Trata-se do antigo lugar de moradia da Terena Maria Alves Lopes, avó paterna de Agenor Honorato. Depois dela, seu

pai, Teodomiro Alves Lopes, provavelmente um tronco daquela região, teria se mudado para sua casa até ter de sair dali e permanecer na atual Terra Indígena Buriti. *Isso teria ocorrido entre os fins da década de 1930 e meados da década de 1940.* (Fls. 899 - vol. 4. Grifei)

1.8.13. *ANTIGO ASSENTAMENTO DE TEREZA GONÇALVES DA SILVA E VALDOMIRO GONÇALVES.* (...) Segundo os informantes da comissão, *eles viveram ali nos primeiros anos da década de 1940, mais ou menos de 1942 a 1946.* (Fls. 2.310 - vol. 4. Grifei)

1.8.14. *ANTIGO ASSENTAMENTO DE CECÍLIO ALCÂNTARA.* (...) O Terena Benício Jorge, de 62 anos de idade, disse ter nascido nas redondezas, chegando a conhecer aquele estabelecimento de seus parentes, *porém ainda quando era criança, talvez com uns 7 anos, portanto, ainda na década de 1940.* (Fls. 909 - vol. 4. Grifei)

1.8.17. *ANTIGOS ASSENTAMENTOS DE FAMÍLIAS DA ALDEIA CEDRO.* (...) Trata-se de uma região que fazia parte da antiga aldeia Cedro, *a qual provavelmente existiu até fins da década de 1920 e meados da de 1930.* (Fls. 917 - vol. 4. Grifei)

1.8.18. *ANTIGO ASSENTAMENTO DE JUSTINIANO JORGE.* (...) A área indicada pelos Terena está situada à margem direita do córrego Cedro. Nas imediações morava Justiniano Jorge, nascido em 1904, pai dos irmãos Basílio, Venício, Demêncio e Benício Jorge que acompanharam boa parte dos trabalhos de campo. *A família de Justiniano Jorge saiu daquela região entre fins da década de 1930 e primeiros anos da de 1940, estabelecendo-se na atual Terra Indígena Buriti.* (Fls. 918/919 - vol. 4. Grifei)

1.8.19. *ANTIGA ROÇA DE SEBASTIÃO LEMES DA SILVA.* (...) Trata-se da antiga roça de Sebastião Lemes da Silva, conhecido entre seus patrícios como Cabeludo, *morador daquele lugar que teve de abandonar entre fins da década de 1930 e primeiros anos da de 1940.* Ele é pai de Manoel Lemes da Silva, o Fedegoso, nascido em 1934 e residente da aldeia Buriti. (Fls. 920 - vol. 4. Grifei)

1.8.20. *ANTIGO ASSENTAMENTO DE ANTÔNIO, GENRO DE SEBASTIÃO LEMES DA SILVA.* (...) Toda essa área era ocupada pelo tronco de Sebastião Lemes da Silva, apelidado por seus patrícios de Cabeludo. Daí a designaçãoêmica de aldeia dos Cabeludos ou ainda fuma dos Cabeludos, *a qual existiu até fins da década de 1930 ou primeiros anos da década de 1940.* As origens dessa ocupação terena, porém, pode remontar à segunda metade do século XIX. (Fls. 922 - vol. 4. Grifei)

1.8.32. *ASSENTAMENTO DE ADELAIDE DA SILVA JORGE E ADÃO RIBEIRO.* (...) Adão Ribeiro, por seu turno, e seus pais teriam nascido naquela localidade situada no alto da Serra de Maracuja, onde residiu com Adelaide da Silva Justino *até a década de 1940, quando tiveram de deixar aquele estabelecimento rumo à atual Terra Indígena Buriti.* (Fls. 951 - vol. 4. Grifei)

1.8.33. *ANTIGO CEMITÉRIO À MARGEM DO CÓRREGO DO AMÉRICO.* (...) Segundo os Terena, eles sepultaram vários de seus parentes no referido cemitério até meados da década de 1940. Depois eles foram proibidos de continuar enterrando seus mortos no local, como aliás aconteceu em praticamente toda a área objeto da perícia. (...) De um modo geral, todos cemitérios levantados foram fundados pelos Terena entre a segunda metade do século XIX e início do século XX. *No entanto, foi a partir da década de 1930, para muitos casos, quando se concretizou o processo de esbulho em grande parte da área objeto da perícia, que esses locais sagrados destinados ao sepultamento dos mortos foram gradual ou radicalmente desativados para o enterramento de indígenas.* (Fls. 954 e 956 - vol. 4. Grifei)

Diagrama de Justino Pereira. Justino Pereira nasceu na região denominada Cafezal, nome derivado do córrego com o mesmo nome, afluente da margem esquerda do córrego Buriti. *Abandonou o local na década de 1930 devido às pressões dos fazendeiros para que deixassem o lugar.* Foi morar na área de 2.090 ha reservada pelo SPI como Terra Indígena Buriti. (...). A superpopulação da reserva Buriti potencializa as dificuldades de convivência que ocorrem em qualquer sociedade. (...) *Mostra também que o deslocamento para os 2.090 ha definidos*

como Terra Indígena, ocorre desde a década de 1930, data de início de implantação da maior parte dos estabelecimentos agropecuários. (Fls. 993 - vol. 4. Grifei)

CÓRREGO DO CEDRO. Uma parte das famílias que moravam no córrego do Cedro é formada por remanescentes do subgrupo Kinikinau que vivia na região de Palmeira (vilarejo onde foi construída uma estação ferroviária), expulsos do local no período anterior a 1930, provavelmente na virada do século XIX. (...) Outra parte destes Kinikinau saiu da aldeia Palmeira e foi para o Arrozal (também fica no interior da área objeto da perícia), onde também viviam troncos Terena com os quais já mantinham relações. Anos depois também foram expulsos do local, passando a viver na Terra Indígena Buriti (2.090 ha). (...) *A região do córrego do Cedro, que fica no interior da área objeto da perícia, foi ocupada pelos Terena desde pelo menos a metade do século XIX até o período que as últimas famílias foram expulsas, na década de 1950* (...). (Fls. 996 - vol. 4. Grifei)

Diagrama de Basílio Jorge. A família Jorge se ramifica em vários troncos, um deles ocupava a margem direita do córrego do Cedro. (...) *Foram expulsos do local na década de 1940, com a chegada dos ocupantes não-índios.* (Fls. 1.000 - vol. 4. Grifei)

Diagrama de Antônio da Silva Justino, o Farinheiro. (...) Ambrósio da Silva Justino é filho de Antônio da Silva Justino. Nasceu e viveu nas margens do córrego da Veada, próximo ao local onde este se encontra com o córrego Buriti. *Sofreu despejo do local quando tinha cerca de 65 anos, ou seja, por volta de 1940. Recolheu-se com a família na área dos 2.090 ha, reconhecida como Terra Indígena Buriti, aonde veio a falecer, deixando grande número de descendentes* (...). (Fls. 1.006 - vol. 4. Grifei)

FURNA DA ESTRELA. (...) Nesse local nasceu e viveu por vários anos Francisca Pereira, com cerca de 98 anos (...). *A interrupção da ocupação indígena teria ocorrido por volta de 1940, época em que os proprietários da terra iniciaram a implantação de pastagens para a criação de gado. Naquela data as famílias da Furna da Estrela migram para a área do Posto do SPI (2.090 ha).* (Fls. 1.014 - vol. 4. Grifei)

SOALHO. (...) No local havia os festeiros responsáveis por repetir a festa todo ano e ela se manteve *até o período em que ocorreu a expulsão das famílias daquele lugar, por volta de 1940*, quando então resolveram construir a igreja próxima ao Posto do SPI e transferir para lá a festa. Nesse lugar, onde não foram encontrados vestígios arqueológicos e está dentro dos atuais 2.090 ha da Terra Indígena Buriti, a festa se mantém até hoje, sob responsabilidade dos descendentes dos antigos festeiros. (Fls. 1.036 - vol. 4. Grifei)

BARRO PRETO OU HAHÁÍTI MOTÊ. (...) *Os Terena apontam a data de 1946 como o ano da expulsão da região próxima ao Barro Preto, denominada pelos antigos como Hahaít Mote.* (Fls. 1.041 - vol. 4. Grifei)

CÓRREGO DO AMÉRICO OU CORTADO. (...) Segundo essa informação, os Terena já estariam no local antes 1864 (...). Com a epidemia de febre amarela os índios deixaram o local e foram morar nas proximidades do Posto do SPI, *em busca de recursos e tratamento, na época, por volta da década de 1930*, eles já sofriam pressões para deixarem o local. (Fls. 1.042 - vol. 4. Grifei)

A consolidação da posse dos atuais proprietários nos idos de 1940 comprova que referidas terras não eram ocupadas pelos índios quando da promulgação da CF/88. *Falta à comprovação da posse indígena, assim, o marco temporal da ocupação.*

Quanto à tradicionalidade da ocupação, de fato pelos documentos acostados aos autos, os indígenas habitaram a referida área de modo permanente e constante, anteriormente aos idos de 1940. Ou seja, no momento da promulgação da CF/88, não há que se falar em posse permanente e constante. *Falta também, pois, o marco da tradicionalidade da ocupação.*

Ausentes, assim, os requisitos jurídicos necessários a fim de que sejam declarados direitos originários dos índios, de posse permanente e usufruto, sobre a região em análise.

Importa salientar que atualmente a área está ocupada apenas pelos proprietários rurais, inexistindo ocupação simultânea com os indígenas. A perícia demonstra que a ocupação das fazendas existia como tal antes de 1940, e as terras eventualmente abandonadas não se prestam a qualificação de terras indígenas.

Necessário frisar ainda que não existe nos autos comprovação segura de que essa saída dos Terena da área deu-se com abuso de força, ou seja, que os índios foram expulsos mediante grave violência ou ameaça física. Em alguns momentos o laudo pericial relata a retirada dos indígenas da área através do procedimento denominado “captura”. Em outros momentos, retrata uma situação de “pressão” dos novos ocupantes, respaldados pelos títulos das terras.

As seguintes passagens do laudo pericial bem ilustram a falta de uniformidade em relação a essa questão:

1.8.5. ANTIGA TAPERA DE AUSTRILHO DA SILVA JUSTINO. (...) Em fins da década de 1930, todos os parentes de Vicente Jorge da Silva foram expulsos da área pela captura. Eles tiveram apenas 24 horas para deixar o lugar, segundo foi possível apurar por meio de entrevistas e através de documentos da época do SPI, mencionados na resposta aos quesitos apresentados pela Justiça Federal. É possível que após eles terem sido expulsos de suas residências, o local foi esporadicamente ou não ocupado por não-índios que trabalhavam naquele imóvel rural, a partir de meados da década de 1940. Toda essa área aparece na fotografia aérea de número 51478, tirada em 05 de agosto de 1965 pelo Exército Brasileiro. (Fls. 876 - vol. 4. Grifei)

O relato demonstra que a ocupação da terra pelos indígenas foi gradual. Após conseguir, junto ao departamento de terras do Estado de Mato Grosso, o requerimento de regularização da terra como propriedade privada, ele próprio passou a pressionar os índios para deixarem o local. (...) O proprietário traçou, então, estratégias para desocupar o local, tentando persuadir os terena a se recolherem na área de acomodação (2.090 ha), neste caso, sem abuso da força. (Fls. 1.032 - vol. 4. Grifei)

Embora os Terena enfatizem o uso de forças policiais (captura), não encontramos documentos oficiais que comprovem estas ações, embora os relatos dos indígenas sejam contundentes a esse respeito. (Fls. 1.061 - vol. 4. Grifei)

De todo modo, qualquer que tenha sido a forma pela qual os Terena deixaram as áreas do entorno da Reserva, concentrando-se nesta região, *após serem acomodados na Reserva Buriti, passaram a conviver pacificamente com os proprietários*. Isso reforça a tese de que não houve efetivamente atos de violência física ou moral contra os índios e afasta a possibilidade de se falar no caso dos autos na configuração de renitente esbulho. Nesse sentido, não se tem notícia de nenhum conflito fundiário até recentemente, quando se iniciaram as tensões envolvendo a posse das terras.

Diversas são as passagens do laudo pericial que ilustram esse convívio pacífico:

A saída dos Terena da área objeto da perícia acompanhou o processo de implantação das fazendas que teve início com a definição da linha da Corrente e durou até a década de 1960. Em muitos casos, conforme as fazendas iam formando as pastagens e soltando o gado, os índios iam deixando o local e se recolhendo dentro da área de 2.090 ha. *O grau de tolerância à presença indígena também variou bastante; em certos casos, algumas famílias terena se mantiveram nas fazendas e passaram a viver exclusivamente nos 2.090 ha, adentrando-se*

nas fazendas apenas na condição de peões, contratados para trabalhos pontuais ou em expedições clandestinas de caça, pesca e coleta de mel e vegetais. Alguns dados sobre a história da constituição da população terena de Buriti e da presença de índios e brancos na área em litígio ajudam a entender o processo de constituição da atual população de Buriti e introduz elementos importantes para os Quesitos seguintes. (Fls. 1.056 - vol. 4. Grifei)

Ainda segundo Armando Gabriel, o pecuarista denominado Zéca (José) Ananias ocupou a Furna e Porfírio de Brito a região próxima ao Barro Preto. *Os índios que viviam em todas as localidades aos poucos se recolheram nos 2.090 ha, cedendo as pressões dos novos ocupantes, respaldados pelos títulos das terras.* (Fls. 1.059 - vol. 4. Grifei)

Ora, essas terras fora do limite das Correntes, destinadas aos Terena, serão *objeto de requerimento e titulação por outros particulares nas três primeiras décadas do século XX e o próprio SPI acabou cedendo às pressões dos requerentes de terras na região, sendo capaz apenas de assegurar a demarcação dos 2.090 ha, delimitados como terra indígena.* Entre as décadas de 1910 a 1960, a área objeto da perícia foi requerida e ocupada por particulares, com exceção dos 2.090 ha reservada aos Terena. Paralelamente a esse processo ocorreu uma série de pressões para que os Terena se concentrem nos 2.090 ha. (Fls. 1.062 - vol. 4. Grifei)

A análise do conjunto de informações disponíveis sobre a história da população terena na área objeto da perícia, *permite concluir que algumas famílias foram expulsas, outras foram transferidas pelo próprio SPI (caso do Barreirinho) e outras saíram devido as recomendações ou pressões dos proprietários, antes de sofrerem algum tipo de violência física.* A busca de maior acesso à proteção e a bens fornecidos pelo Posto do SPI foi um importante motivo para o deslocamento em direção a área de acomodação. (Fls. 1.064 - vol. 4. Grifei)

A ocupação da área objeto da perícia por proprietários particulares já dura várias décadas. Nesse período, muitos Terena de Buriti trabalharam para os fazendeiros ou realizavam expedições clandestinas de caça, pesca e coleta. (Fls. 1.066 - vol. 4. Grifei)

Faz-se necessário ainda esclarecer que a maioria dos atuais proprietários da área em estudo não esteve diretamente envolvida no processo de esbulho dos indígenas e seus antigos assentamentos. Os peritos puderam constatar, com efeito, que são pessoas diretamente envolvidas no processo de transformação da região em uma área produtiva à luz de parâmetros modernos de avaliação da produção agropecuária em propriedades rurais no Brasil. *Trata-se de cidadãos e cidadãs que produzem alimentos, pagam impostos, geram empregos, enfim, que contribuem para o desenvolvimento do país, os quais durante muito tempo mantiveram uma relação de amizade com os Terena da atual Terra Indígena Buriti.* Por isso, o conflito de interesses ora estabelecido tem como um dos principais responsáveis o próprio Estado de Mato Grosso, sobretudo quando este colocou à venda terras indígenas como sendo terras devolutas. Por outro lado, constatou-se que funcionários do antigo SPI (Serviço de Proteção aos Índios) também participaram diretamente do processo de esbulho dos Terena de seus antigos assentamentos e seu posterior confinamento na atual Terra Indígena Buriti, o que ocorreu na primeira metade do século XX. (Considerações finais, fls. 1.161/1.162 - vol. 4. Grifei)

Esse convívio pacífico também pode ser aferido dos depoimentos colhidos nos autos dos Embargos Infringentes nº 0003866-05.2001.4.03.6000/MS (nº 2001.60.00.003866-3/MS), como exemplificam as seguintes passagens:

depois desse desapossamento, os índios, para sobrevivência própria, passaram a prestar serviços a fazendeiros, situação que perdura até hoje; os mais novos continuam trabalhando para fazendeiros. (...) após perderem a posse das terras adquiridas por fazendeiros, os índios não mais voltaram a perambular, caçar, pescar ou colher mel nas mesmas; os índios recebiam apenas salários dos fazendeiros, sem formalização de vínculo, sem pagamento de outros di-

reitos; os índios trabalhavam como empregados. (...). O depoente começou a trabalhar para fazendeiros, na região, em 1942, e depois que se aposentou nunca mais trabalhou; o depoente realizava serviços de roça e também de roçadas; o depoente realizava plantações de arroz e milho para fazendeiros (...) o depoente trabalhou apenas para Geraldo Corrêa, mas outros indígenas trabalharam para diversos fazendeiros. (Depoimento do índio Leonardo Reginaldo, nascido em 1919, fls. 1.468/1.469 - vol. 7. Grifei)

por volta de 1955, o depoente trabalhou para fazendeiros, mas muito pouco; roçava invernadas, tirava madeira, fazia cercas, mas não realizava plantações. (...) Porfírio de Brito, a exemplo de outros fazendeiros, foram chegando na região e demarcando áreas, à explicação de que se tratava de terras devolutas; com a chegada de Porfírio de Brito, os índios tiveram que desocupar a área objeto da posse de Porfírio; os índios não procuraram enfrentar ou resistir, mesmo porque não desejavam conflitos com fazendeiros. (Depoimento do índio Manoel L. da Silva, nascido em 1934, fls. 1.471- vol. 7. Grifei)

O depoente é proprietário da Chácara Nova, situada perto da propriedade de Acelino Roberto; nasceu em Campo Grande em 1921 e mudou-se para aquela região em 1940; de lá pra cá, o depoente vem atuando na agricultura; quando o depoente se mudou para a localidade, os índios terenas já se encontravam residindo na área para eles demarcada, e prestavam serviços a proprietários da região. (...) o depoente informa que a convivência entre índios e proprietários se dava pacificamente a partir de 1940, época de sua mudança para a região; os índios foram grandes prestadores de serviços aos proprietários da região; o depoente não tem conhecimento da existência de qualquer conflito entre brancos e índios, principalmente envolvendo disputas de terras na região. (Depoimento do proprietário David Diniz Leite, fls. 3.974 - vol. 18. Grifei)

Diante disso, pelas provas acostadas aos autos, não há que se falar em *efetiva* disputa e reivindicação das terras pelos indígenas próximo à data da CF/88. Após a desocupação da área nos anos de 1940 a convivência pacífica entre índios e proprietários reforça a ideia de que os índios se conformaram com a perda da área ou ao menos não intencionaram de maneira efetiva fazer-se presente constante e persistentemente na área em comento.

Assim, na hipótese dos autos, não constatado o fato - presença dos índios nas terras em questão na data da promulgação da CF/88, uma presença constante e persistente - os direitos de cunho privado podem prevalecer sobre os direitos dos índios. Desse modo, do ponto de vista jurídico a área objeto da perícia não pode ser considerada área de ocupação tradicional indígena para os fins do art. 231 da Constituição Federal de 1988.

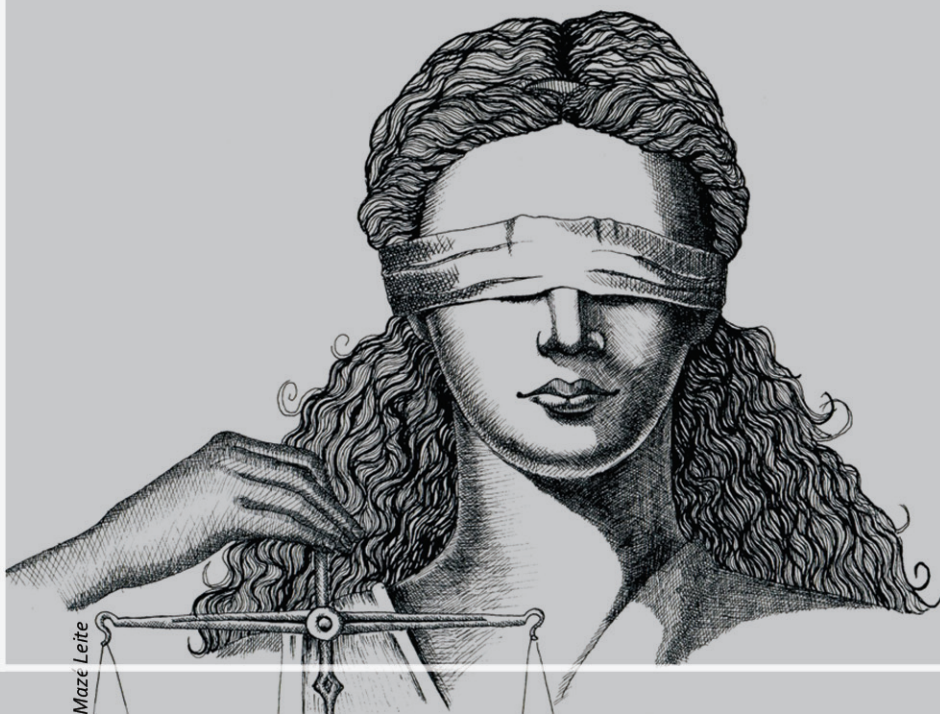
Ante o exposto, DOU PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

- Veja também o acórdão proferido na AC 2003.60.005222-0/MS, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 90/387.

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000304-14.1999.4.03.6111
(1999.61.11.000304-1)

Apelante: ODAIR SENO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS
Classe do Processo: ACr 26218
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2012

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL REGISTRADA EM CARTÓRIO. DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. DOLO DEMONSTRADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - Materialidade delitiva e autoria comprovadas pela prova documental, pelas declarações do acusado e pelo depoimento da testemunha de acusação.

2 - A escritura de compra e venda de imóvel, lavrada em cartório, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena (artigo 215, do Código Civil). Da sua simples leitura, depreende-se que é inverossímil a alegação de que a venda não foi realizada, não tendo ocorrido o efetivo pagamento do preço ajustado.

3 - Em que pese a existência de indícios da efetiva prestação de serviços ao vendedor do imóvel por parte da empresa “Seno e Quoos LTDA.”, não está comprovado nos autos que a compra foi realizada como mera garantia de pagamento dos respectivos honorários, tampouco como forma de seu pagamento.

4 - Ainda que fosse verdadeira a versão do acusado, a lavratura da escritura de compra e venda como forma de pagamento de honorários profissionais não isenta o apelante do cumprimento da obrigação de declarar a aquisição do imóvel à Receita Federal, pois decorrente de rendimentos do trabalho no respectivo ano-calendário, sobre os quais incide o Imposto de Renda.

5 - Depreende-se das provas dos autos que a compra e venda foi realizada e, posteriormente, o antigo vendedor foi nomeado procurador para dispor do referido bem, em nome do réu e de sua esposa, que eram os proprietários e, conforme declaração própria, legítimos possuidores do imóvel rural.

6 - Não há como se considerar revogada a compra e venda celebrada entre as partes.

7 - Mesmo que se considerasse que a versão apresentada pela defesa é verdadeira, então o acusado teria participado de negócio jurídico simulado (artigo 167, § 1º, inciso II, do Código Civil) ao declarar falsamente, no momento da lavratura da escritura pública, que realizou compra e venda, com pagamento integral do preço. Não poderia, portanto, alegar a simulação em seu proveito, pois deve prevalecer o princípio geral de direito de que ninguém pode valer-se da própria torpeza. De qualquer modo, a ocorrência de simulação não invalida o crédito tributário, que já está definitivamente

constituído no âmbito administrativo, e somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos no Código Tributário Nacional, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias (art. 141, CTN).

8 - O lançamento do crédito tributário, no presente caso, foi efetuado com base na presunção de renda auferida pelo contribuinte, em razão da ocorrência de desembolso superior à disponibilidade financeira, e que não foi declarada à Receita Federal no momento oportuno. Desta forma, não há dúvida do acréscimo patrimonial sofrido pelo réu no ano de 1.995, sujeito, portanto, à incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, que foi reduzido mediante omissão às autoridades fazendárias, configurando o delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

9 - É irrelevante, para a configuração do crime contra a ordem tributária, que a escritura de compra e venda não tenha sido levada a registro perante o Cartório de Registro de Imóveis, pois o Imposto de Renda não tem a aquisição da propriedade como fato gerador.

10 - Estando patente que houve o pagamento à vista de R\$ 236.000,00 (duzentos e trinta e seis mil reais) para a aquisição de imóvel rural não declarado ao Fisco no respectivo ano-calendário, não há como negar a vontade livre e consciente do réu de reduzir Imposto de Renda.

11 - As penas aplicadas não merecem reparo.

12 - Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Odair Seno, em face da sentença (fls. 364/373) que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Consta da denúncia que Odair Seno reduziu Imposto de Renda Pessoa Física, ao omitir receita referente à compra, realizada em 21.12.1995, do imóvel rural situado no município de Santo Antônio de Leverger/MT, no valor de R\$ 236.000,00 (duzentos e trinta e seis mil reais), e adquirido de Reinaldo Alves Agulhão. O fato resultou na constituição do crédito tributário, pela Delegacia da Receita Federal no município de Marília/SP, no montante de R\$ 119.619,27 (cento e dezenove mil, seiscentos e dezenove reais e vinte e sete centavos).

A denúncia foi recebida em 25/07/2001 (fl. 144).

A sentença julgou procedente a ação penal, condenando o réu pela prática do delito

previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, a cumprir as penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos. Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, e multa, no valor de 05 (cinco) salários mínimos, em benefício de instituição a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais.

Em apelação (fls. 379 e 388/395), sustenta o réu a falta de provas para a sua condenação. Alega a ausência de omissão de receita, pois não houve o pagamento do preço ao vendedor, e que não se tornou proprietário do imóvel, pois a escritura de compra e venda não foi levada a registro perante o Cartório de Registro de Imóveis, bem como nunca teve a posse do bem, motivo pelo qual não haveria a obrigatoriedade de declarar a sua aquisição à Receita Federal. Por fim, aduz que a escritura foi posteriormente revogada e que a compra e venda foi celebrada como mera garantia de negócio de natureza comercial (prestação de serviços) existente entre o apelante e o vendedor do imóvel, Reinaldo Alves Agulhão.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 397/402).

A Procuradoria Regional da República opina seja negado provimento ao recurso, aplicando-se, contudo, o artigo 383, do Código de Processo Penal, para condenar o apelante pela prática do crime previsto no artigo 299, do Código Penal (fls. 404/409).

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Diversos documentos comprovam a materialidade: representação fiscal para fins penais, auto de infração, termo de inscrição em dívida ativa, escritura pública de compra e venda de imóvel, e declaração de rendimentos pessoa física dos anos-calendário 1994 e 1995 (fls. 01/11 e 18/23, dos autos em apenso, e fl. 107, dos autos principais).

A autoria está igualmente demonstrada.

O réu, *pessoalmente*, registrou escritura de compra e venda no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Assis/SP, em 21/12/95, de imóvel rural no valor de R\$ 236.000,00 (duzentos e trinta e seis mil reais).

A declaração de rendimentos do acusado do ano-calendário 1994 não registra renda suficiente para o pagamento integral do preço do imóvel no ano seguinte. E o réu não registrou, em sua declaração de rendimentos do ano-calendário 1995, a aquisição do referido bem.

O apelante, em seu interrogatório (fls. 191/194), confirmou que registrou a escritura de compra e venda e que, de fato, não declarou a aquisição do imóvel em sua declaração de rendimentos do ano-calendário 1995.

Ainda, a testemunha de acusação Geraldo Gonçalves Pinto, auditor fiscal da Receita Federal, disse, em Juízo, que (fl. 254):

(...) o réu foi identificado na malha da Receita Federal, pois não teria declarado a aquisição de uma gleba rural em dezembro de 1995, no município de Santo Antônio de Leverger, no Estado do Mato Grosso. Essa declaração deveria ter sido feita para o imposto de renda de 96 ano-base 95. (...) A Receita identificou o réu em razão de informação do cartório de registro de imóveis, que indicou a transação imobiliária. (...) A declaração de imposto de renda de 96/95 consta como rendimentos do réu a quantia de aproximadamente R\$ 11.000,00, insuficiente para a aquisição de um imóvel de R\$ 236.000,00.

Passo à análise das demais questões alegadas pela defesa.

Em seu interrogatório (fls. 191/194), o réu afirmou que:

(...) o interrogando não adquiriu a propriedade mencionada, também dela não tomou posse, razão pela qual não havia justificativa para declará-la como bem em sua declaração de Imposto de Renda; na verdade, a escritura de compra e venda mencionada na denúncia foi lavrada e o ato realizado como forma de pagamento pelos serviços que o denunciado prestou ao sr. Reinaldo Agulhão, proprietário do imóvel fazenda Santa Lurdes; na época, este pleiteava um financiamento internacional em Genebra, Suíça, para conseguir benefícios para a própria propriedade rural; que o interrogando era o responsável pela avaliação e pela intermediação do financiamento, razão pela qual seus honorários incluíam a avaliação e a comissão em Genebra, os quais seriam deduzidos quando da liberação do financiamento; que os honorários do interrogando eram no importe do valor constante da escritura, não sendo levado o valor do imóvel e sim, dos serviços prestados; (...) que o interrogando procurou sr. Reinaldo novamente, propondo-lhe que o interrogando lhe concedesse um novo prazo para pagamento, mediante uma garantia que consistia numa procuração por ele outorgada como poderes de alienação sobre a propriedade fazenda Santa Lurdes, pois segundo o próprio sr. Reinaldo, não tinha dinheiro para pagar o interrogando; passado um período o sr. Reinaldo disse ao interrogando que poderia passar a propriedade em seu nome, utilizando-se da procuração porque não tinha como lhe pagar; lavrada a escritura, o interrogando tentou o registro mas não conseguiu (...); passado algum tempo, o interrogando foi procurado pelo sr. Reinaldo, que, ao argumento de que esta propriedade estava lhe dando muitos problemas, propôs-lhe um distrato, com o qual o interrogado concordou, porque não podia mais gastar dinheiro; o interrogado passou uma procuração para o sr. Reinaldo mediante a realização de um distrato e de uma confissão de dívida, que também não foi cumprida (...). (grifei)

De fato, consta da matrícula do imóvel, registrada no 5º Serviço Notarial de Registro de Imóveis de Cuiabá/MT (fls. 115/117) que o mesmo foi adquirido por Reinaldo Alves Agulhão em 29/11/95, pelo preço de R\$ 142.555,00 (cento e quarenta e dois mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais).

Em menos de um mês (21/12/95) foi lavrada a escritura pública de compra e venda realizada entre o acusado e Reinaldo Alves Agulhão, naquele ato representado pela empresa “Seno e Quoos LTDA.”, (tendo como sócios o apelante e sua esposa Ana Cristina Quoos Seno), registrando a venda do referido bem pelo valor de R\$ 236.000,00 (duzentos e trinta e seis mil reais).

Contudo, a versão dos fatos apresentada pelo réu não está em consonância com as provas dos autos.

A escritura de compra e venda de imóvel, lavrada em cartório, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena (artigo 215, do Código Civil).

Na escritura pública de compra e venda do imóvel registrada no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Assis/SP, em 21/12/95 (fls. 10/11, dos autos em apenso), consta: “(...) que assim possuindo o imóvel acima descrito, acha-se justo e contratado com o outorgado comprador, por bem desta escritura e na melhor forma de direito para lhe vender, como de fato vendido tem, dito imóvel pelo *preço certo e ajustado de Cr\$ (sic) 236.000,00 (DUZENTOS E TRINTA E SEIS MIL REAIS)*, *importância essa que o outorgado comprador confessa e declara já haver recebido em moeda corrente deste País, pelo que dá por pago e satisfeito, dando ao comprador irrevogável quitação*, prometendo por si e seus sucessores fazer boa, firme e valiosa essa mesma venda, obrigando-se em todo o tempo, como se obriga, a responder pela evicção de direito, pondo o outorgado comprador a par e a salvo de quaisquer dúvidas futuras e *transmitindo na pessoa do outorgado comprador todo o seu domínio, jus, posse, direitos e ação na coisa vendida*, desde já, por bem desta escritura e na melhor forma de direito (...)” (grifei)

Da sua simples leitura, depreende-se que é inverossímil a alegação de que a venda não foi realizada, não tendo ocorrido o efetivo pagamento do preço ajustado.

A alegação de que a compra e venda foi celebrada como *mera garantia* de negócio de natureza comercial (prestação de serviços) existente entre o apelante e o vendedor do imóvel, Reinaldo Alves Agulhão, deve ser afastada.

Em que pese a existência de indícios da efetiva prestação de serviços a Reinaldo Alves Agulhão *por parte da empresa “Seno e Quoos LTDA.”* (documentos de fls. 305/320 e depoimento das testemunhas de defesa Ari Barreiros e João Patrício da Costa - fls. 271/273), não está comprovado nos autos que a compra foi realizada como mera garantia de pagamento dos respectivos honorários.

O próprio réu afirma que, em razão da falta de pagamento dos honorários, foi lavrada a escritura de compra e venda como *forma de pagamento*.

De qualquer forma, as declarações do acusado são contraditórias com o depoimento judicial de Reinaldo, conforme se verá adiante, e com o próprio teor do “Instrumento de Confissão de Dívida e Composição de Pagamento” celebrado com Reinaldo Alves Agulhão em 19/08/98 para pagamento de seus honorários e *juntado aos autos pelo apelante* (fls. 123/124).

De acordo com o réu Odair, os seus honorários corresponderiam exatamente ao montante declarado na escritura como sendo o valor do imóvel, qual seja, de *R\$ 236.000,00* (duzentos e trinta e seis mil reais).

Porém, consta do referido “Instrumento de Confissão de Dívida e Composição de Pagamento”, apenas o montante de *R\$ 24.711,14* (vinte e quatro mil, setecentos e onze reais e quatorze centavos), muito inferior ao preço registrado na escritura pública, bem como àquele constante da matrícula do imóvel (*R\$ 142.555,00*) - preço pago por Reinaldo Alves Agulhão um mês antes, como já dito.

Ademais, os serviços foram prestados pela *pessoa jurídica* administrada pelo réu e a compra foi efetuada pelo acusado, como *pessoa física*.

Como se sabe, a figura do sócio não se confunde com a da pessoa jurídica. E a confusão patrimonial dificulta a fiscalização tributária, evidenciando o intuito fraudulento do réu.

Por fim, ainda que fosse verdadeira tal versão, observo que a lavratura da escritura de compra e venda como *forma de pagamento* de honorários profissionais não isenta o apelante do

cumprimento da obrigação de declarar a aquisição do imóvel à Receita Federal, pois decorrente de rendimentos do trabalho no respectivo ano-calendário, sobre os quais incide o Imposto de Renda. Nesse sentido, é o depoimento judicial da testemunha de acusação Geraldo Gonçalves Pinto, auditor fiscal da Receita Federal (fl. 254).

Quanto à revogação da escritura pública (fl. 121/122), em primeiro lugar verifico que o contrato somente foi celebrado em 20.08.1998, *posteriormente ao encerramento da ação fiscal* (em 08.06.1998 - fl. 33, dos autos em apenso).

Ainda, trata-se de instrumento particular, embora a lei civil exija a *escritura pública* relativamente a direitos reais sobre imóveis (artigos 108 e 472, do Código Civil, e artigo 366, do Código de Processo Civil).

De qualquer forma, o contrato de revogação registra que os contratantes ficariam obrigados a “OUTORGAR uma procuração com amplos, gerais, totais e IRREVOGÁVEL (sic) PODERES, ou OUTORGAR a ESCRITURA DEFINITIVA, DESFAZER A ESCRITURA OUTORGADA AO CONTRATANTE e reverte-la ao CONTRATADO, no momento e dia em que o mesmo solicitar (...)”.

Às fls. 125 consta somente uma procuração, *igualmente juntada pelo próprio acusado*, outorgada por ele e sua esposa, em 03/09/1998, a Reinaldo Alves Agulhão, conferindo-lhe “os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para o fim de vender, ceder, permutar, ou por qualquer outra forma, transferir e alienar a quem quiser, pelo preço e condições que convencionar, inclusive de assinar escritura definitiva de compra e venda ou mesmo de re-ratificação (...)”, referente ao imóvel em questão.

Por fim, consta do referido contrato, *também juntado aos autos pelo próprio apelante*, que os contratantes Odair Seno e sua esposa Ana Cristina Quoos Seno *são legítimos possuidores* do referido imóvel rural (cláusula 1 - fl. 121).

Assim, depreende-se que a compra e venda foi realizada e, posteriormente, o antigo vendedor, Reinaldo Alves Agulhão, foi nomeado procurador *para dispor* do referido bem, *em nome do réu e de sua esposa*, que eram os proprietários e, conforme declaração própria, legítimos possuidores do imóvel rural.

Portanto, não há como se considerar revogada a compra e venda celebrada entre as partes.

O depoimento judicial da testemunha de defesa Reinaldo Alves Agulhão é contraditório com as declarações prestadas por ele próprio perante a autoridade policial, com as declarações do acusado, com a prova documental e com o depoimento da testemunha de defesa João Patrício da Costa.

Em Juízo (fls. 274/277), afirmou:

Que a fazenda Santa Lourdes, localizada no município de Santo Antonio de Leverger não lhe pertencia, mas *pertencia ao Sr. Helvio Pinheiro*, de Cuiabá; que Helvio passou as terras para o seu nome para que a testemunha pudesse oferecer o imóvel em garantia de um financiamento; que Helvio transferiu essa fazenda para o nome da testemunha em 1995 ou 1996; que o financiamento que a testemunha buscava era no valor de R\$ 1.000.000,00, sendo que quando o dinheiro saísse R\$ 500.000,00 ia para a testemunha e R\$ 500.000,00 para Helvio; que a testemunha antes disso tinha emprestado dinheiro de Helvio em 1994, no valor de R\$ 3.000,00, que então Helvio ofereceu para a testemunha passar a fazenda dele (fazenda Santa Lourdes) para o nome da testemunha que assim poderia obter empréstimo; (...) que devolveu a terra para o Sr. Helvio através de uma procuração; (...) que devolveu a fazenda para o Sr.

Helvio em 1998 ou 2000; que não assinou nenhum contrato com o Sr. Helvio quando ele lhe passou a fazenda Santa Lourdes para usar como garantia no contrato de financiamento; que só foram ao cartório e fizeram a procuração, pois o imóvel foi passado por ela; que também devolveu a fazenda para o Sr. Helvio através de procuração outorgada para um funcionário do Sr. Helvio, salvo engano Joel José ou José Joel; (...) que não conhece João de Oliveira Lima e nem manteve nenhum negócio com ele; que não manteve contato com Frigocarne Frigorífico Ltda. (...). (grifei)

Porém, não foram juntadas aos autos as mencionadas procurações. Ademais, consta da matrícula do imóvel (fls. 115/117) que o mesmo foi adquirido em 29/11/95 por Reinaldo Alves Agulhão, *que compareceu pessoalmente ao ato*, de João de Oliveira Lima, representado por seu procurador Maurício Marques. Ainda, consta que em 05/08/97 Reinaldo, *que também compareceu pessoalmente ao ato*, alienou a Fazenda Santa Lourdes a “FRIGOCARNE - FRIGORÍFICO LTDA.” representada pelos seus sócios Rodolfo Messias de Araújo e Carlos Eduardo Queiroz.

No Inquérito Policial (fls. 49/50), Reinaldo Alves Agulhão disse que:

(...) conheceu ODAIR SENO apresentado pelo vereador MAURO ALVES DIAS quando o declarante o procurou para a solução de um financiamento, que tinha junto ao PROAGRO; ODAIR SENO já apresentado ao declarante propôs um financiamento em uma Instituição financeira suíça; o Sr. ODAIR SENO orientou o declarante no sentido da obtenção do referido financiamento a necessidade de dar um bem em garantia, no caso, a Fazenda Santa Lourdes, localizada no município de Santo Antônio de Leverger/MT; em função da orientação do Sr. ODAIR o declarante passou uma procuração, onde dava amplos poderes, inclusive, de alienação da referida Fazenda ao Sr. ODAIR; (...) posteriormente, na Cidade de Assis/SP, quando encontrou o tabelião EVILÉZIO FINOTELLO, o mesmo perguntou ao declarante se havia vendido a sua fazenda (Santa Lourdes) ao Sr. ODAIR SENO, momento em que o declarante ficou surpreso e respondeu negativamente; (...) diante dos fatos narrados o declarante tornou sem efeito a procuração que havia dado como outorgada ao Sr. ODAIR SENO no mesmo cartório onde foi feito o referido documento; em contato mantido com o Sr. ODAIR, com relação a liberação do financiamento esclareceu que não havia sido liberado, pois o declarante não tinha apresentado a documentação devida e também não havia pago os seus honorários; em relação a transferência e registro no nome do Sr. ODAIR, o mesmo esclarece que era a sua garantia do pagamento dos honorários; o declarante em função dos fatos pediu os documentos referentes a propriedade da sua fazenda (Santa Lourdes); o Sr. ODAIR se negou a entrega dos referidos documentos, condicionando a sua entrega ao pagamento dos seus honorários; o declarante na intenção de reaver os documentos supracitados foi pressionado e sujeitou-se a assinatura do Instrumento de Confissão de Dívida e Composição de Pagamento, onde figura como devedor (...). (grifei)

Já em Juízo (fls. 274/277), afirmou:

(...) que ouviu falar pelo vereador Mauro Alves Dias de Cruzália que tinha uma pessoa em Assis que mexia com financiamento no exterior; que Maurinho não sabia quem era mas disse que conhecia o pessoal de um estacionamento de veículos que conhecia essa pessoa; que quem conhecia o Sr. Odair era o Ari do estacionamento que acompanhou a testemunha e Maurinho à casa de Odair; que Odair não lhe falou sobre a instituição financeira, mas lhe disse que o financiamento sairia; que na época o que interessou a testemunha era que o financiamento era baratinho; que Odair lhe falou quais eram os documentos necessários para o financiamento; (...) que depois disso nunca mais encontrou com o Sr. Odair, até porque a

testemunha ficava em Nova Alvorada do Sul/MS, onde a testemunha tinha a lavoura de soja, onde arrendava terra; que a última lavoura que plantou lá foi em 1997; que na verdade tinha terras em São Gabriel do Oeste/MS, Fazenda Agulhão, mas não plantava lá porque era terra só para pasto; que tinha mais ou menos 248 alqueires e 650 hectares; que não tem mais essa fazenda pois em 1997 a vendeu para pagar contas; que não se recorda o valor pelo qual vendeu mas deu para pagar as contas; (...) que tinha uma pequena herança em Cruzália, um sítio de 2 alqueires; que a garantia pedida pelo Sr. Odair foi as terras da fazenda Santa Lourdes; que não ofereceu as terras de São Gabriel do Oeste porque elas estavam em negociação; que passou uma procuração para o Sr. Odair dando-lhe todos os poderes de representação; *que entregou todos os documentos necessários para o Sr. Odair mas não sabe porque que o financiamento do exterior não saiu;* (...) *que depois não voltou mais atrás do Sr. Odair;* que não tinha o dinheiro para fazer o depósito; que assinou um monte de papéis para o Sr. Odair, entre eles um contrato de honorários; *que pode até estar falando bobagem, mas acha que o valor dos honorários era de R\$ 180.000,00 que só seria pago se saísse o financiamento;* que conversando com o Evilézio do Cartório de Notas de Assis ficou sabendo por ele que Odair havia feito uma escritura transferindo a fazenda Santa Lourdes para o nome dele; que então a testemunha falou que não era possível ele ter transferido a fazenda porque o financiamento ainda não havia saído; (...) que então a testemunha fez uma revogação da escritura e encaminhou para Cuiabá; que por isto o registro da escritura não foi concretizado; *que tudo isto aconteceu sem que a testemunha falasse com o Sr. Odair;* (...) *que o Sr. João Patrício do estacionamento chegou a dar uma importância ao Sr. Odair não se lembrando agora se R\$ 5.000,00 ou R\$ 3.000,00 por conta deste negócio do financiamento;* que Odair foi pedir o dinheiro sem falar com a testemunha e o Sr. João Patrício entregou sem falar com a testemunha; que no dia seguinte ou no mesmo dia depois que o Sr. João Patrício tinha entregue o dinheiro para o Sr. Odair, ele (João Patrício) comentou com a testemunha que havia entregue o dinheiro; (...) *que muito tempo depois voltou a procurar Sr. Odair para pegar os documentos que havia deixado com ele; que deve ter sido no ano de 1999 ou 2000; que para poder retirar os documentos com o Sr. Odair teve que assinar um contrato de milho (...) referindo-se a parte dos honorários; (...) que ao que se recorda não recebeu nenhuma procuração do Sr. Odair e nem fez uso de nenhuma procuração assinada pelo Odair em seu favor; (...) que não vendeu a terra da fazenda Santa Lourdes para o Sr. Odair Seno; que limitou-se a passar a procuração como garantia do negócio e que quando soube que o Sr. Odair havia transferido a terra para o nome dele providenciou a revogação; que o Sr. Odair não lhe emprestou nenhum dinheiro; que a terra não foi dada como garantia de pagamento de honorários, mas sim como garantia do financiamento; que não propôs nenhuma medida judicial contra o Sr. Odair e nem procurou a polícia quando ele passou para o nome próprio uma fazenda dada em garantia de um financiamento; (...) que mostrada a procuração de fls. 125 esclarece que agora está se lembrando vagamente de que parece que quando assinou o contrato do milho recebeu a procuração de fls. 125, pois na época recebeu um monte de documentos; que não fez uso da procuração de fls. 125; que o Sr. Odair nunca tomou posse da fazenda Santa Lourdes; (...) que até hoje não pagou nenhuma importância ao Sr. Odair a título de honorários em decorrência do financiamento a não ser a importância paga ao Sr. João Patrício. (grifei)*

Embora Reinaldo alegue ter conhecido o apelante naquela ocasião, a testemunha de defesa João Patrício da Costa disse, em Juízo (fls. 272/273), que “Reinaldo e Odair eram pessoa do conhecimento da testemunha, sendo que Reinaldo e Odair já se conheciam anteriormente”.

De qualquer forma, não é crível que Reinaldo tenha passado procuração à empresa “Seno e Quoos LTDA.”, com poderes para *alienar* a sua propriedade (inclusive para o próprio Odair), quando supostamente o bem deveria apenas ser *dado em garantia* dos honorários (conforme

depoimento perante a autoridade policial) ou do financiamento (nos termos do depoimento judicial).

Quanto aos honorários, afirma que achava que o valor seria de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) e que somente seriam pagos se o financiamento fosse concedido. Tanto o réu quanto Reinaldo disseram que o financiamento não foi concedido. No entanto, a testemunha assinou “Instrumento de Confissão de Dívida e Composição de Pagamento” (fls. 123/124) no qual figura como devedor do réu, na qualidade de Diretor Presidente da empresa “Seno e Quoos LTDA.”, no montante de R\$ 24.711,14 (vinte e quatro mil, setecentos e onze reais e quatorze centavos), como já dito.

O seu depoimento também não está em consonância com o contrato de revogação da escritura pública (fl. 121/122) e com a procuração de fls. 125, nos termos acima expostos.

Assim, o depoimento da testemunha de defesa Reinaldo Alves Agulhão carece de credibilidade.

Mesmo que se considerasse que a versão apresentada pela defesa é verdadeira, então o acusado teria participado de negócio jurídico simulado (artigo 167, § 1º, inciso II, do Código Civil) ao declarar falsamente, no momento da lavratura da escritura pública, que realizou compra e venda, com pagamento integral do preço. Não poderia, portanto, alegar a simulação em seu proveito, pois deve prevalecer o princípio geral de direito de que ninguém pode valer-se da própria torpeza.

De qualquer modo, a ocorrência de simulação não invalida o crédito tributário, que já está definitivamente constituído no âmbito administrativo, e somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos no Código Tributário Nacional, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias (art. 141, CTN).

Desta forma, apenas uma decisão judicial transitada em julgado poderia extinguir o crédito tributário. Porém, não há notícia nos autos de que tenha sido ajuizada demanda judicial, seja pelo réu, seja por Reinaldo Alves Agulhão, com o fim de anular, pela ocorrência de simulação, o negócio jurídico celebrado entre ambos e, como consequência, desconstituir o crédito tributário.

Transcrevo, por oportuno, trecho da decisão administrativa proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP (fls. 89/93):

(...) Por ocasião do lançamento tributário, baseou-se a autoridade fiscal em acréscimo patrimonial a descoberto para a respectiva imposição. Referida apuração, assentada em demonstrativo acostado ao processo (fl. 39) respaldou-se na declaração de ajuste elaborada pelo autuado, que não registrou a aquisição do imóvel, em confronto com a correspondente escritura de compra e venda.

Estabelece a Lei 8.021/1999 em seu art. 6º que o lançamento de ofício, além de outras modalidades, far-se-á arbitrando os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza. O próprio texto legal define sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

(...)

A verificação da escritura de compra e venda acostada ao processo permite concluir ter havido desembolso de recursos, caracterizado no seu próprio texto.

Sendo documento lavrado por serviço notarial dotado de fé pública, conforme prescreve o

Código Civil, art. 134, § 1º, caem por terra as alegações do interessado que pretendem descharacterizar a operação ocorrida.

(...)

Relativamente às ponderações do impugnante no sentido de que a posse é duvidosa, existindo impedimento para registro da transação e de que já contactou o antigo proprietário no sentido de anular o negócio, seus argumentos não encontram respaldo, haja vista ter a operação já se concretizado, conforme atesta o instrumento público trazido ao processo, o que permite presumir ter havido alocação de recursos, subtraídos de seu patrimônio para o do vendedor. Ademais, vale observar o mandamento preconizado no Código Tributário Nacional (CTN), art. 118, inciso I, de que para definição legal do fato gerador abstrai-se, dentre outras hipóteses, a natureza do objeto.

Subsistindo o crédito tributário no âmbito administrativo e judicial, é de rigor a manutenção da condenação do apelante pela prática do crime contra a ordem tributária, não havendo razão para a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 299, do Código Penal, como pretende a Procuradoria Regional da República em seu parecer.

A venda do imóvel à empresa “FRIGOCARNE - FRIGORÍFICO LTDA” em 05/08/97 por Reinaldo Alves Agulhão, como se ainda fosse proprietário do imóvel rural (conforme matrícula registrada no 5º Serviço Notarial de Registro de Imóveis de Cuiabá/MT - fls. 115/117), é irrelevante para a configuração do crime contra a ordem tributária *praticado pelo réu*, que deve buscar a eventual anulação do negócio jurídico no Juízo competente, *com a respectiva devolução do preço pago*. E, como já dito, não há notícia nos autos de que tenha sido ajuizada qualquer demanda judicial.

Ademais, o lançamento do crédito tributário, no presente caso, foi efetuado com base na presunção de renda auferida pelo contribuinte, em razão da ocorrência de desembolso superior à disponibilidade financeira, e que não foi declarada à Receita Federal *no momento oportuno*.

Desta forma, *não há dúvida do acréscimo patrimonial sofrido pelo réu no ano de 1.995*, sujeito, portanto, à incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, que foi reduzido mediante omissão às autoridades fazendárias, configurando o delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

É igualmente irrelevante, para a configuração do crime contra a ordem tributária, que a escritura de compra e venda não tenha sido levada a registro perante o Cartório de Registro de Imóveis, pois o Imposto de Renda não tem a aquisição da propriedade como fato gerador.

Dispõe o artigo 43, do Código Tributário Nacional, que:

O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador *a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*:

- I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
- II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (grifei)

Sobre a transmissão da propriedade incide o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos, de competência estadual. Mas não é esse o caso dos autos, que trata de redução de Imposto de Renda.

Estando patente que houve o pagamento à vista de R\$ 236.000,00 (duzentos e trinta

e seis mil reais) para a aquisição de imóvel rural não declarado ao Fisco no respectivo ano-calendário, não há como negar a vontade livre e consciente do réu de reduzir Imposto de Renda.

Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Pena, são parcialmente desfavoráveis ao réu, que possui *maus antecedentes*, registrando em sua folha criminal três condenações transitadas em julgado em 10/07/84 (crime de tráfico de drogas - fls. 150 e 346/347), em 27/10/00 (contravenção penal de porte de arma de fogo - fl. 359) e em 08/04/05 (crime de uso de documento falso - fl. 338), que não configuram a reincidência (arts. 63 e 64, I, CP).

Assim, a pena-base mínima é insuficiente para a repressão e a prevenção do crime, razão pela qual deve ser mantida aquela fixada na sentença de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, tornadas definitivas ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou de diminuição da pena.

Mantido o regime inicial aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa, e o valor unitário de cada dia-multa, nos termos da sentença.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000631-24.2001.4.03.6002
(2001.60.02.000631-0)

Apelante: JOSÉ FERREIRA FILHO
 Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
 Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
 Classe do Processo: ACr 47304
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2012

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARMA DE FOGO. USO RESTRITO. POLICIAL MILITAR. ART. 10, “CAPUT”, §§ 2º E 4º DA LEI 9.437/97. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS PRESTADOS POR POLICIAIS FEDERAIS. VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO. CRIME DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO. NÃO CARACTERIZADAS AS EXCLUDENTES DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO APENAS QUANTO AO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

I. Os fatos datam de 08/04/2001, a denúncia foi recebida em 20/08/2004 e a sentença foi publicada em 15/10/2009. Declara-se extinta a punibilidade pela prescrição somente em relação ao crime de desobediência, cuja pena-base foi fixada em 02 (dois) meses, com fundamento no artigo 107, IV, c. c. o artigo 109, VI, e 110, todos do Código Penal, pelo decurso do lapso prescricional. Já no que concerne ao porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, que teve como pena-base em 03 (três) anos, não se verificou o transcurso do lapso prescricional de 08 (oito) anos, a teor do inciso IV do artigo 109 do Código Penal.

II. A materialidade do delito está comprovada através de Auto de Apresentação e Apreensão, que revela terem sido encontrados com o acusado 1 (uma) pistola semi-automática, calibre 9 mm, Parabellum, marca Beretta, de fabricação italiana, 01 (um) carregador e 13 (treze) projéteis calibre 9 mm, de uso restrito, o que foi confirmado pelo Exame em Arma de Fogo e Munição que atestou sua potencialidade lesiva.

III. A autoria foi demonstrada através da prisão em flagrante, interrogatório e confissão do réu e depoimentos testemunhais.

IV. Válido o testemunho prestado por policiais federais que procederam à abordagem, eis que reiterado em Juízo, com observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não se demonstrou, ademais, qualquer vício nos relatos das testemunhas, tampouco interesse em prejudicar o réu, sendo corroborados perante os demais elementos probatórios constantes dos autos.

V. Inaplicáveis as excludentes do artigo 22 (obediência hierárquica) e 23 (estrito cumprimento do dever legal), pois demonstrado que o porte da arma colhida não foi

autorizado pela companhia militar.

VI. Presente a violação ao bem jurídico tutelado, já que a potencialidade lesiva da arma constitui ameaça tanto à paz social quanto à incolumidade física individual, por se tratar de crime de mera conduta ou de perigo abstrato, o qual não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico, consumando-se com a mera subsunção da conduta delitiva ao tipo penal o que, por si só, já vulnera o bem jurídico tutelado.

VII. Não se verifica o alegado *bis in idem* por ser o porte de arma de uso restrito previsto como infração na legislação própria, que regulamenta a atividade dos policiais militares do Estado do Mato Grosso do Sul, pois esta se trata de norma *interna corporis*, atinente ao processo administrativo a que se sujeitam os policiais militares do estado, sendo independentes as esferas criminal e administrativa.

VIII. Aplicada a perda do cargo público como efeito da condenação, sendo irrelevante fundar-se a sentença no artigo 92, I “b” do Código Penal, enquanto que a acusação baseou o pedido com base na alínea “a”, não estando o julgador adstrito à capitulação legal formulada pela acusação.

IX. Apelação parcialmente provida apenas para se declarar extinta a punibilidade quanto ao crime de desobediência em decorrência de prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação para declarar extinta a punibilidade do réu quanto ao crime de desobediência em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por JOSÉ FERREIRA FILHO contra sentença que o condenou pela prática dos crimes descritos no artigo 10, “caput” e §§ 2º e 4º da Lei nº 9.437/97 c. c. o artigo 16, III do Regulamento 105, em concurso material com o crime previsto no artigo 330 do Código Penal.

Consta na denúncia que no dia 08 de abril de 2001, por volta das 15:30 horas, em uma barreira de fiscalização próxima a Caarapó - MS, uma equipe de Policiais Federais abordou o veículo GM/Pick Up Corsa, cor preta, placas MRI-2740, ocupado por JOSÉ FERREIRA FILHO (motorista) e José Alamir Rocha, tendo o denunciado desobedecido à ordem legal de funcionário público, agente da Polícia Federal, para que entregasse sua Pistola calibre 9 mm.

Relata a exordial que o réu possuía, portava, detinha, trazia consigo e transportava 01 (uma) pistola semi-automática, calibre 9 mm, Parabellum, marca Pietro Beretta, de fabricação italiana, de uso restrito, e 01 (um) carregador e 13 (treze) projéteis calibre 9 mm.

A inicial salienta que JOSÉ FERREIRA FILHO transportava em proveito próprio, para uso e

segurança, referida pistola, que sabia ser produto de crime, pois sua entrada em território nacional ocorreu com ilusão de tributo sem autorização da Receita Federal e do Ministério do Exército.

Por fim, o réu também é denunciado por ter desobedecido a ordem legal de funcionário público, agente federal, para que entregasse a arma.

A denúncia foi recebida em 20 de agosto de 2004 (fl. 69).

Regulamente processado o feito, sobreveio sentença (fls. 330/338) que julgou parcialmente procedente a ação penal para:

1. absolver o acusado, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, do crime do artigo 180, *caput* do Código Penal;

2. condená-lo a 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa no mínimo legal pela prática do crime previsto no artigo 10, “caput”, e §§ 2º e 4º da Lei nº 9.437/97 c. c. o artigo 16, III do Regulamento 105, e a 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo, pelo crime de desobediência, em concurso material.

Inconformado, apela o acusado (fls. 370/381) postulando:

- a) preliminarmente, o reconhecimento da prescrição;
- b) no mérito, a absolvição diante da atipicidade da conduta, por ausência de lesividade à segurança pública, bem jurídico tutelado;
- c) atipicidade dos fatos tidos como crime de desobediência;
- d) absolvição pela inexistência de prova da materialidade;
- d) ausência de culpabilidade diante das excludente de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal e obediência hierárquica;
- e) absolvição por insuficiência probatória, sendo carecedores de credibilidade os depoimentos dos policiais federais;
- f) inaplicabilidade do artigo 92, I, “b” do Código Penal, por possuir o réu regulamento próprio na condição de policial militar e não constar do requerimento da acusação;
- g) inaplicabilidade do artigo 92, I, “b” do Código Penal e do aumento de pena previsto no artigo 10, § 4º da lei 9.437/97, consistindo em *bis in idem*;
- h) aplicação dos artigos 77 e 44 do Código Penal e regime aberto.

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 383/387) em prol de ser mantida a sentença condenatória, exceto quanto à prescrição do crime de desobediência, que deve ser reconhecida.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 389/395) opinou pelo parcial provimento do apelo defensivo para que se reconheça a prescrição do delito de desobediência.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

1. Da prescrição.

O réu foi condenado à pena-base de 03 (três) anos de reclusão pela prática do crime previsto no artigo 10, “caput” e §§ 2º e 4º da Lei nº 9.437/97, e 02 (dois) meses de detenção pela prática do delito do artigo 330 do Código Penal.

Houve o trânsito em julgado para a acusação (fl. 339-verso).

Os fatos datam de 08/04/2001.

A denúncia foi recebida em 20/08/2004.

A sentença foi publicada em cartório em 15/10/2009.

Em relação ao crime de desobediência, acolho manifestação do Ministério Público Federal, tanto em contrarrazões quanto em parecer, e declaro extinta a punibilidade pela prescrição, com fundamento no artigo 107, IV, c. c. o artigo 109, VI, e 110, todos do Código Penal, pelo decurso do lapso prescricional.

No que concerne ao porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, a pena-base a ser considerada para fins de prescrição é aquela fixada na sentença, em 03 (três) anos, cujo prazo prescricional é de 08 (oito) anos, a teor do inciso IV do artigo 109 do Código Penal.

Entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia, bem como entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, ou entre esta última e o presente aresto não se vislumbra o decurso da pretensão punitiva do Estado.

De tal forma, acolho a preliminar arguida para declarar extinta a punibilidade do réu pela ocorrência da prescrição apenas em relação ao crime de desobediência.

2. Da materialidade.

Foi amplamente comprovada a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no artigo 10, §§ 2º e 4º da Lei nº 9.437/97, conforme decorre do Auto de Apresentação e Apreensão, que revela terem sido encontrados com o acusado 01 (uma) pistola semi-automática, calibre 9 mm, Parabellum, marca Beretta, de fabricação italiana, 01 (um) carregador e 13 (treze) projéteis calibre 9 mm, de uso restrito (fl. 16), o que foi confirmado pelo Exame em Arma de Fogo e Munição (fls. 42/44), que atestou sua potencialidade lesiva.

Insta salientar que o artigo 16, I e III, do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), aprovado pelo Decreto nº 2.998/99, classifica alguns dos projéteis e a arma encontrados com o acusado como “de uso restrito”.

Assim, restou amplamente demonstrada a materialidade delitiva.

3. Da autoria.

Encontra-se satisfatoriamente comprovada a autoria da conduta criminosa.

O acusado foi preso em flagrante delito, oportunidade em que confessou o porte ilegal da arma de fogo, assim explanando (fl. 11):

(...) a pistola que portava no momento de sua prisão não está registrada e não pertence ao acervo da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul; que a pistola apreendida ganhou de presente

de um fazendeiro da região de Maracaju, chamado Mário Márcio, na época em que ainda integrava o Departamento de Operações de Fronteira - DOF;

Em suas declarações em Juízo o réu reiterou as assertivas apresentadas na denúncia, relatando que realmente portava a pistola descrita, que havia ganho de um fazendeiro (fl. 150/151).

Restou comprovada a autoria do acusado, pois admitiu que portava a arma descrita, de uso restrito, sem autorização, o que foi corroborado pelas declarações das testemunhas de acusação.

A testemunha de acusação Paulo César Martins, agente da Polícia Federal que conduziu o flagrante, declarou em Juízo que (fls. 202):

(...) Como seguia viagem em companhia do acusado a pessoa de José Alamir Rocha, que já havia se envolvido em ocorrências criminais, como tráfico ou mesmo uso de documento falsos, a Polícia entendeu por bem fiscalizar o veículo. Nada foi encontrado. Entretanto, como o acusado portava uma pistola calibre 9 milímetros, a Polícia Federal solicitou a ele que entregasse a arma.

Corroborou seus dizeres a outra testemunha ouvida na fase inquisitorial, que também participou da abordagem (fl. 09).

Insurge-se a defesa contra tais depoimentos, imputando-lhes falta de valor probatório, por serem carecedores de credibilidade os depoimentos dos policiais federais.

Todavia, perfeitamente válida a prova testemunhal, eis que reiterada em Juízo, com observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não se demonstrou, ademais, qualquer vício nos relatos das testemunhas, tampouco interesse em prejudicar o réu, sendo corroborados perante os demais elementos probatórios constantes dos autos.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROVA COLHIDA NA FASE INQUISITORIAL. RATIFICAÇÃO EM JUÍZO. REGULARIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) 3. O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de prova. (...) 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 200801539534, ARNALDO ESTEVES LIMA - QUINTA TURMA, DJE DATA: 14/12/2009)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EMPREGO DE CHAVE FALSA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO COM BASE NA PROVA TESTEMUNHAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. ÉDITO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO COM

BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Ademais, conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. 3. Ordem denegada. (HC 200702974881, JORGE MUSSI - QUINTA TURMA, DJE DATA: 13/10/2009)

Aduz a defesa ter agido o réu sob o manto das excludentes do estrito cumprimento do dever legal e obediência hierárquica, previstas nos artigos 22 e 23, III do Código Penal, tendo sido a própria corporação que o autorizara a portar a arma.

A tese defensiva não prospera, pois não encontra qualquer respaldo no conjunto probatório.

As testemunhas de defesa, policiais militares, relataram:

(...) os policiais que atuam no DOF comumente utilizam armas de calibre superior ao previsto nas normas internas. Que sabia que o réu possuía uma pistola calibre 9 milímetros; que no ano de 2001, a Corporação da Polícia Militar cedia aos policiais armas de vários calibres, dentre eles, as de 9 milímetros; que não sabe dizer qual arma foi fornecida ao acusado, na época dos fatos - fl. 290

E também:

(...) que o réu trabalhou no DOF, sendo que lá eram fornecidas armas de vários calibres pela instituição, inclusive as de calibre 9 milímetros. - fl. 291

No entanto, suas declarações não se prestam a comprovar a origem lícita da arma e da munição apreendidas, pois verifica-se que tais testemunhas não afirmaram, em nenhum momento, que a arma objeto dos autos tenha sido fornecida ao réu pela companhia. Apenas relataram, de forma genérica, que armas de grosso calibre poderiam ser fornecidas pela instituição aos policiais.

O próprio réu, tanto na fase inquisitorial, quanto em Juízo, declarou expressamente que a pistola que portava no momento de sua prisão não está registrada e não pertence ao acervo da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul (fls. 11 e 150).

A testemunha de acusação Joel Martins dos Santos, major da Polícia Militar e comandante da companhia em que o réu estava lotado, esclareceu (fl. 220):

(...) na época a 8ª Cia. da ON de Naviraí/MS não tinha em seu acervo pistolas 9 mm. Que pelo fato do acusado na época ser soldado da PM, ele não tinha autorização do seu comando para portar pistola 9 mm.

Por ocasião da lavratura do flagrante, a mesma testemunha detalhou (fl. 11):

(...) esclarece que armas de uso restrito são utilizadas legalmente pela Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, entretanto seus integrantes somente estão autorizados a portar armas desta espécie, pertencentes ao acervo da corporação; que a Polícia Militar do Mato Grosso do Sul não possui pistolas 9 mm.

Dessa forma, as provas dos autos infirmam a tese de que o réu agiu sob o manto das excludentes propaladas.

Também é pleiteada a absolvição diante da atipicidade da conduta, por ausência de lesividade à segurança pública.

A potencialidade lesiva do porte ilegal da arma de fogo de uso restrito constitui ameaça tanto a paz social como a incolumidade física individual. Trata-se, na verdade, de crime de mera conduta ou de perigo abstrato, o qual não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico, consumando-se com a mera subsunção da conduta delitiva ao tipo penal o que, por si só, já vulnera o bem jurídico tutelado.

Tal é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. FATO JÁ DESCRITO NA DENÚNCIA, MAS NÃO IMPUTADO AO RÉU. ADITAMENTO. OCORRÊNCIA DA *EMENDATIO LIBELLI*. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. AMPLA DEFESA. INTIMAÇÃO. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. CRIMES DOS ARTS. 12 E 16 DA LEI 10.826/03. POTENCIALIDADE LESIVA. CRIMES DE MERA CONDUTA. PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PAZ PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. (...). 2. A caracterização dos crimes previstos nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03 não está condicionada a perícia sobre a potencialidade lesiva das munições apreendidas, pois se trata de crimes de mera conduta, de perigo abstrato, que se perfazem com a simples posse ou guarda da munição, sem a devida autorização pela autoridade administrativa competente. 3. A adoção do princípio da insignificância há de se cercar de algum rigor técnico, tendente à demonstração da efetiva irrelevância da conduta do agente, precavendo-se, assim, das valorações subjetivas por parte do aplicador da lei. 4. É inviável a aplicação do princípio da insignificância na posse irregular de munição de arma de fogo, e de uso restrito, tendo em vista que o projétil reúne todas as condições para se caracterizar como munição hábil para utilização em arma de fogo, ainda que em somente um disparo. 5. A munição de uso restrito contém potencialidade de perigo abstrato e genérico, vulnerando o bem juridicamente protegido - a paz pública - e, consequentemente, tem significância penal. 6. Ordem denegada. (HC 200702903303, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 21/06/2010)

4. Dosimetria.

A sentença adequadamente fixou a pena-base em 03 (anos) anos de reclusão. Embora não se possa considerar como maus antecedentes as absolvições alcançadas pelo réu nos processos que respondeu por tráfico de entorpecente e homicídio, como vez o magistrado de primeiro grau, visto que tal juízo choca-se com o princípio da presunção de inocência, certo é que outros critérios previstos no artigo 59 do Código Penal também foram utilizados, como a culpabilidade, a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias objetivas do delito (fls. 335).

Reconhecida a atenuante da confissão, reduziu-se a pena em 02 (dois) meses. Presente a causa de aumento do artigo 10, § 4º da lei 9.437/97, a pena foi tornada definitiva em 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no piso legal.

Mantido o regime semi-aberto, conforme prevê o artigo 33, § 2º, “b” do Código Penal.

Ausentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Não prospera o alegado *bis in idem* por estar previsto como infração na legislação própria, que regulamenta a atividade dos policiais militares do Estado do Mato Grosso do Sul, a utilização de arma de fogo de uso restrito por servidor público integrante da corporação, com a conseqüente perda do cargo.

Igualmente é rechaçada a pretensa inaplicabilidade do aumento de pena previsto no artigo 10, § 4º da lei 9.437/97, em conjunto com a agravante genérica estatuída no artigo 92, I, “b” do Código Penal e as sanções administrativas previstas nas normas próprias referentes aos policiais militares do estado.

Cabe ressaltar que se trata de norma *interna corporis*, atinente ao processo administrativo a que se sujeitam os policiais militares do estado, sendo independentes as esferas criminal e administrativa.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DENOMINADO DE APELAÇÃO. FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL - INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS. POLICIAL MILITAR. ENVOLVIMENTO EM FATOS CRIMINOSOS. EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (...) II - “Em conformidade com o princípio da incomunicabilidade das instâncias, a sentença penal só afasta a sanção administrativa, quando absolver o réu por negativa de fato ou por negativa de autoria.” (Precedentes). III - A decisão final em processo administrativo disciplinar não está vinculada à conclusão da Comissão que conduziu esse processo, desde que devidamente fundamentada, como, de fato, ocorreu na espécie. IV - Recurso desprovido.

(ROMS 200501490194, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 20/03/2006 PG: 00311)

Não há que se falar, por conseqüência, em duplicidade de punição.

Não obstante a acusação ter formulado, em alegações finais, o pedido de perda do cargo público para o réu com fulcro no artigo 92, I “a” do Código Penal (violação de dever para com a Administração Pública), a sentença condenatória aplicou tal efeito da condenação baseando-se no inciso II do mesmo dispositivo (quando aplicada pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos).

O julgador não está adstrito à capitulação legal formulada pela acusação, não havendo qualquer mácula em tal cominação. A perda do cargo público é prevista como efeito específico da condenação, sendo possível em ambas as hipóteses, já que preenchidos todos os seus requisitos.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para declarar extinta a punibilidade do réu quanto ao crime de desobediência em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. No mais resta mantida a sentença condenatória.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0004018-58.2002.4.03.6181
(2002.61.81.004018-7)

Apelante: JOSE ADRIANO GASPAR

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Classe do Processo: ACr 34757

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2012

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RÁDIO TRANSCÉPTOR FAIXA DO CIDADÃO. CONDUTA PREVISTA NO ART. 183, DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: DESCABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DE R\$ 10.000,00” CONTIDA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97.

1. Apelação da defesa contra sentença que condenou o réu como incurso no artigo 183 da Lei 9.472/1997, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2. A conduta descrita na denúncia amolda-se ao artigo 183 da Lei 9.472/1997, pois o réu utilizou-se de rádio transmissor e receptor (transceptor), instalado no veículo, sem a devida licença, a configurar a atividade clandestina de telecomunicação. O réu operava aparelho transceptor na faixa de frequência conhecida como faixa do cidadão.

3. A conduta imputada ao réu é de operação clandestina de estação transmissora de radiocomunicação, a que se refere o artigo 162 da Lei nº 9.472/1997. No serviço de radiocomunicação, a transmissão e recepção dos sons se dá em âmbito restrito, em um espectro de frequência diverso dos serviços de radiodifusão, ao alcance dos aparelhos de rádio destinados ao público em geral, conforme se verifica do art. 6º da Lei nº 4.117/1962.

4. Não se trata de estação de radiodifusão clandestina, mas sim de operação clandestina de radiocomunicação através de aparelho transmissor e receptor e assim, a conduta enquadra-se no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Precedentes.

5. Materialidade delitiva comprovada. O Auto de Apresentação e Apreensão descreve a apreensão do rádio transmissor encontrado em poder do apelante.

6. Não é cabível a aplicação do princípio da insignificância. A norma do artigo 183 da referida Lei 9.472/1997 protege não só a regularidade dos serviços de telecomunicações, mas também o monopólio, constitucionalmente atribuído à União, na exploração desses serviços.

7. A se admitir a aplicação do princípio da insignificância, ao argumento da falta de potencialidade de interferência em outras faixas de frequência, estar-se-ia, na verdade, descriminalizando a conduta em qualquer caso. Contudo, foi opção política do legislador proteger o monopólio constitucional da União mediante norma penal incriminadora. Precedentes.

8. Autoria comprovada. O apelante não possuía autorização para operar o rádio e

em interrogatório o réu admitiu ter adquirido o rádio, instalando-o no veículo, com a finalidade de se comunicar com outros motoristas. As testemunhas ouvidas em juízo, passageiros do veículo conduzido pelo réu, confirmaram a existência do rádio instalado no automóvel.

9. O órgão especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0005455-18.2000.403.6113, declarou a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00” contida no preceito secundário do artigo 183 da Lei 9.472/97. Afastada a pena de multa imposta na sentença, procedendo a novo cálculo, segundo os parâmetros do Código Penal.

10. A pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, deve ser destinada à entidade lesada com a ação criminosa, a União, nos termos do artigo 45, § 1º do Código Penal.

11. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e, de ofício, fixar a pena de multa em 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, ressalvada a posição pessoal do Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e alterar a destinação da pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, em favor da União, nos termos do voto do Relator, que foi acompanhado pelo voto do Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, vencida a Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI, que dava provimento à apelação e absolvía o réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de julho de 2012.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O Ministério Público Federal, em 29/04/2004, denunciou JOSE ADRIANO GASPAR, qualificado nos autos, nascido aos 27/06/1968, como incurso no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Consta da denúncia:

O denunciado JOSÉ foi surpreendido realizando transporte irregular de passageiros, ou seja, prestando serviços de “lotação”, em 10 de julho de 2002, por volta das 18h20min, na altura do nº 2654 da Avenida Engenheiro Armando Arruda Pereira, no Jabaquara, nesta Capital. Tal atividade era exercida com a utilização do veículo KIA BESTA, placa DBE 6054. Nesse veículo, estava instalado rádio transmissor móvel (descrito, no laudo de fls. 44/45, da seguinte forma: “1 (um) transceptor móvel de radiofrequência, tipo PX, marca COBRA, modelo 148 GTL, com número de série 055349, código FCC ID: BBo3K2 148GTL, de fabricação malaia (*Made in Malaysia*), usado, em bom estado de conservação, acompanhado de microfone, e 01 (uma) antena, marca ALAN, modelo Titanium 3000, com aproximadamente 1,60 m, com cabo coaxial marca MILENO, modelo RG-58, 50), em pleno funcionamento e apto para a realização de atividades de telecomunicação, sem a necessária autorização do órgão admi-

nistrativo competente”.

Esse aparelho de telecomunicações era utilizado clandestinamente por JOSÉ no exercício da atividade de “lotação”, com o propósito de se comunicar com colaboradores da prática de transporte clandestino de passageiros e assim evitar ser flagrado pela fiscalização. Em outras palavras, JOSÉ desenvolvia, com tal aparelho, atividade clandestina de telecomunicações.

Constata-se, portanto, que o denunciado desenvolvia clandestinamente atividades de telecomunicação, estando, pois, incurso nas penas do art. 183 da Lei nº 9.472/97.

A denúncia foi recebida em 03/11/2004 (fls. 127).

Após regular instrução, sobreveio sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Ali Mazloun e publicada em 12.08.2008 (fls. 331/338), condenando o réu como incurso no artigo 183 da Lei 9.472/1997, à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, prestação pecuniária de um salário-mínimo e prestação de serviços a entidade de assistência a idosos.

Recorre o réu pleiteando absolvição. Alega que a prova é frágil para a condenação. Sustenta que agiu de boa-fé, sem saber da necessidade de autorização para a instalação do rádio transmissor. Afirmar que a prova pericial constatou a ausência de interferência nas comunicações, “pois o aparelho apreendido era de baixa potência e não era apto para tal fim, ou seja, não causou qualquer prejuízo ou interferência ao Sistema Brasileiro de Telecomunicações ou a quem quer que seja”, autorizando a aplicação do princípio da insignificância.

Contrarrazões da acusação pelo desprovimento da apelação (fls. 367/370).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, opinou pelo provimento da apelação do réu, ante a falta de pontencialidade lesiva do aparelho ou, sucessivamente, pela condenação no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 (fls. 376/383).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O recurso não comporta acolhimento.

Quanto à tipificação legal, observo que a conduta descrita na denúncia amolda-se ao artigo 183 da Lei 9.472/1997, pois o réu utilizou-se de rádio transmissor e receptor (transceptor), instalado no veículo, sem a devida licença, a configurar a atividade clandestina de telecomunicação.

Anoto que não se trata, aqui, de atividade de radiodifusão clandestina, a justificar a discussão sobre o enquadramento da conduta no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, pois a conduta fática imputada ao réu configura atividade de radiocomunicação clandestina, e não de radiodifusão.

Consta dos autos que o réu operava aparelho transceptor na faixa de frequência conhecida como *faixa do cidadão*.

Tal atividade enquadra-se como serviço de telecomunicação, e não de radiodifusão, sendo certo que apenas para este último poder-se-ia cogitar da aplicação da norma constante do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, na redação do Decreto-lei nº 236/1967.

Como se percebe do artigo 158, a Lei nº 9.472/1997 faz nítida distinção entre o que se chama de “serviços de telecomunicações” e o que é chamado de “serviços de radiodifusão”. Assim, o crime tipificado no artigo 183 da Lei 9.472/97 compreende a operação clandestina de serviços de telecomunicação que não se enquadrem como sendo de radiodifusão. A mencionada Lei nº 9.472/1997 não revogou os preceitos relativos à radiodifusão, conforme ressalva constante do seu artigo 215:

Art. 215 - Ficam revogados:

I - A Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

A conduta imputada ao réu é de operação clandestina de estação transmissora de radiocomunicação, a que se refere o artigo 162 da Lei nº 9.472/1997:

Art. 162. A operação de estação transmissora de radiocomunicação está sujeita à licença de funcionamento prévia e à fiscalização permanente, nos termos da regulamentação.

§ 1º Radiocomunicação é a telecomunicação que utiliza frequências radioelétricas não confiadas a fios, cabos ou outros meios físicos.

No serviço de radiocomunicação, a transmissão e recepção dos sons se dá em âmbito restrito, em um espectro de frequência diverso dos serviços de radiodifusão, ao alcance dos aparelhos de rádio destinados ao público em geral, conforme se verifica do art. 6º da Lei nº 4.117/1962:

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

...

d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;

No caso dos autos, não se trata portanto de estação de radiodifusão clandestina, mas sim de operação clandestina de radiocomunicação através de aparelho transmissor e receptor e assim, a conduta enquadra-se no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Nesse sentido, aponto precedente deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. TRANSMISSOR E RECEPTOR DE RÁDIO PORTÁTIL SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. LEI Nº 9.472/1997, ART. 183. DENÚNCIA. FATO TÍPICO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O uso, sem autorização do poder público, de aparelho de rádio transmissor e receptor configura o delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Precedentes deste Tribunal. 2. Imputada a prática de fato penal mente típico e havendo prova da materialidade e indícios de autoria, é de rigor

o recebimento da denúncia. 3. Recurso ministerial provido.

TRF 3ª Região, 2ª Turma, RSE 0008081-37.2010.403.6120, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 20/03/2012, DJe 29/03/2012.

A materialidade delitiva restou comprovada nos autos.

O Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 15/16 descreve a apreensão do rádio transmissor encontrado em poder do apelante: “um aparelho de comunicação (rádio ‘amador’) da marca COBRA, modelo 148 GTL, uma antena CTE international com a inscrição Alan Titanium 3000, um microfone COBRA com fio, um cabo com a inscrição antenas aquario”.

O Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Transceptor) de fls. 48/49 atesta que:

1. Qual a natureza e característica do material submetido a exame?

Resposta: Trata-se de um transceptor móvel de radiofrequência, tipo PX, marca COBRA, modelo 148 GTL, usado, de fabricação estrangeira, e uma antena, devidamente descritos no item I - DO MATERIAL QUESTIONADO.

2. O equipamento apreendido é apto a operar?

Resposta: O transceptor se encontra em condições de funcionamento, prestando-se a telecomunicação.

3. Qual(is) a(s) frequência(s) e potência(s) de operação:

Resposta: A faixa de operação do transceptor abrange de 26,965 MHz a 27,405 MHz, correspondente aos 40 canais da “Faixa do Cidadão”, com potência aproximada de 12 (doze) Watts.

4. O material examinado é capaz de provocar interferência nas radiocomunicações?

Resposta: Este equipamento não interfere em frequências privativas de redes oficiais, estando o rastreamento restrito aos canais previamente estabelecidos na fabricação do aparelho.

5. Outros dados julgados úteis.

Resposta: Para utilização de equipamento de radiofrequência é necessário ato de outorga concedido pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Não é cabível a aplicação do princípio da insignificância. A Constituição Federal de 1.988 dispõe, em seu artigo 21, inciso XI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, que “competem à União: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Por outro lado, a Lei nº 9.472/1997 estabelece em seus artigos 157 e 163:

Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação.

Bem se vê, portanto, que a norma do artigo 183 da referida Lei 9.472/1997 protege não só a regularidade dos serviços de telecomunicações, mas também o monopólio, constitucionalmente atribuído à União, na exploração desses serviços.

Dessa forma, é irrelevante que o aparelho apreendido não tenha potencial de interferência em “frequências privativas de redes oficiais”.

Ademais, é decorrência da própria construção de tais equipamentos transceptores, como informado no laudo, a operação somente na faixa de frequência a que se destinam (faixa do cidadão).

Assim, a se admitir a aplicação do princípio da insignificância, ao argumento da falta de potencialidade de interferência em outras faixas de frequência, estar-se-ia, na verdade, descriminalizando a conduta em qualquer caso. Contudo, foi opção política do legislador proteger o monopólio constitucional da União mediante norma penal incriminadora.

No sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de telecomunicação clandestina aponto precedentes dos Tribunais Regionais Federais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO - OPERAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RADIOFREQUÊNCIA - ART. 183 DA LEI 9.472/97 - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO - EXIGÊNCIA PREVISTA NOS ARTS. 21, XI, E 223 DA CF/88 E NOS ARTS. 19, IX, 157 E 163 DA LEI 9.472/97 - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - DESCABIMENTO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. I - A utilização clandestina de serviços de telecomunicação amolda-se ao tipo penal do art. 183 da Lei 9.472/97, consoante a jurisprudência do egrégio STJ: “1. Aquele que instala ou utiliza de serviços de telecomunicações sem prévia autorização do órgão regulador está sujeito às penas cominadas no art. 183 da Lei 9.472/97. 2. Ordem denegada.” (STJ, HC 77.887/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJU de 07/02/2008, p. 1). II - A operação de estação de radiofrequência constitui atividade de telecomunicação, sujeita a outorga pela ANATEL, na forma do art. 21, XI, da CF/88 e dos arts. 19, IX, 157 e 163, §§ 1º e 2º, da Lei 9.472/97. III - O princípio da insignificância não se aplica ao crime do art. 183 do Código Penal, que é formal, de perigo abstrato, e tem, como bem jurídico tutelado, a segurança dos meios de comunicação. IV - Demonstrados, na denúncia, suficientes indícios de autoria e a materialidade do delito, com preenchimento dos requisitos constantes do art. 41 do Código de Processo Penal, impõe-se o seu recebimento, mormente em face da prevalência, nessa fase processual, do princípio *in dubio pro societate*. V - Recurso provido. TRF 1ª Região, 3ª Turma, RSE 0000176-95.2011.4.01.3308, Rel. Juiz Fed. Conv. Murilo Fernandes de Almeida, j. 14/05/2012, DJe 25/05/2011.

PENAL. DELITO DO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97. TIPICIDADE. PROVA. PENA. MULTA. - Preliminares rejeitadas. - É dispensável, para um juízo positivo de criminalidade do fato, a ocorrência de danos a terceiros, circunstância esta que é prevista como causa de aumento de pena e não se configura como pressuposto da modalidade simples do delito. - O tipo penal e a liberdade de expressão e comunicação são institutos com campos próprios e distintos de atuação, não havendo incompatibilidade entre a proibição e o regime de liberdades insculpido no Texto Maior. - Baixa potência do equipamento que é irrelevante, sendo suficiente à caracterização do delito o exercício da atividade de telecomunicações desprovida de autorização não importa em que grau uma vez que o bem jurídico tutelado é insuscetível de mensuração. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em delitos da espécie. - Pedido de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência quanto à aplicabilidade ou não do princípio da insignificância em delitos da espécie que se rejeita. Referidos precedentes no sentido da aplicabilidade do princípio de direito penal que se revelam isolados. - Fatos imputados que se amoldam à definição do delito contida no artigo 183 da Lei 9.472/97. Precedentes. - Materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual. - Pena privativa de liberdade aplicada que é superior a um ano. Impossibilidade de aplicação de uma só pena substitutiva. - Pena de multa no valor de dez mil reais cominada no artigo 183 da Lei 9.472/97 declarada inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte no julgamento da Arguição de Inconstitu-

cionalidade Criminal nº 2000.61.13.005455-1. Redução para dez dias-multa, fixado o valor unitário em 1/3 do salário mínimo. Inteligência do artigo 60 do Código Penal. - Determinação de perda dos equipamentos utilizados na consecução do delito mantida. Inteligência do artigo 184, inciso II, da Lei 9.742/97. - Recurso parcialmente provido para fins de redução da pena de multa.

TRF 3ª Região, 2ª Turma, ACR 00022401120074036106, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 07/02/2012, DJe 16/02/2012.

PENAL. ARTIGO 183 DA LEI 9472/97. RÁDIO DIFUSORA CLANDESTINA. MATERIALIDADE. AUTORIA. PROVA. TESTEMUNHAS. CONDUTA TÍPICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. APELAÇÃO IMPROVIDA. O apelante foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 70 da Lei nº 4.117/62, por desenvolver atividade de telecomunicação, por meio da instalação da emissora de radiodifusão denominada “Rádio Ativa FM”, sem a devida autorização do poder concedente, operando na faixa de frequência modulada 92,7 Mhz. MM. Juiz “a quo” aplicou o disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal para alterar a capitulação legal do tipo descrito na denúncia e condenar o ora apelante pela prática do delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta típica. A política legislativa favoreceu o estabelecimento de rádios comunitárias, todavia, para o funcionamento destas rádios, é imprescindível a concessão, permissão ou autorização, do poder público concedente, consoante o art. 223 da Constituição Federal. O tipo penal em exame independe de resultado danoso, uma vez que é de natureza formal, configurando-se com a simples instalação e utilização de equipamentos de telecomunicações, sem a devida autorização do órgão competente. O eventual caráter comunitário não justifica utilização clandestina de radiodifusão ante a necessidade de expressa autorização estatal. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. O delito ora em comento é formal, de perigo abstrato, e tem como bem jurídico tutelado a segurança dos meios de comunicação. Não há que se falar em mera irregularidade administrativa. A conduta se subsume ao tipo penal definido no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. Mantida a r. sentença condenatória. Dosimetria da pena. Pena privativa de liberdade e multa fixadas no mínimo legal. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Impossibilidade de redução das penas aquém do limite legal. Prestação pecuniária, de ofício revertida para a União Federal. Apelação a que se nega provimento.

TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00046403520054036181, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 13/12/2011, DJe 10/01/2012.

A autoria restou comprovada nos autos. O apelante não possuía autorização para operar o rádio e em interrogatório o réu admitiu ter adquirido o rádio, instalando-o no veículo, com a finalidade de se comunicar com outros motoristas (fls. 221/223):

Que o depoente é motorista autônomo (...). Que na época dos fatos narrados na denúncia, possuía lotação, legalizada na área de Peruíbe como Táxi-Van. (...) Que em São Paulo parava no Jabaquara, onde conheceu outros motoristas de lotação. Que foi convidado pelos motoristas a participar de uma cooperativa, o que lhe permitia retornar a Peruíbe com passageiros. Que foi informado que um dos requisitos para participar da cooperativa era possuir um rádio PX no carro. Que não sabe dizer se os outros motoristas de lotação possuíam tal rádio. (...) Que pegou o rádio no Jabaquara, não se recordando quanto pagou por ele. Que o próprio depoente instalou o rádio em sua lotação. (...) Que utilizaria o rádio para falar com os outros motoristas sobre passageiros, carros quebrados, etc. Que não chegou a utilizar o rádio, já que não conseguiu se comunicar com ele. Que ligava o rádio porém não sabia operá-lo. Que não sabia da necessidade de autorização da ANATEL para utilização do rádio.

As testemunhas ouvidas em juízo, passageiros do veículo conduzido pelo réu, confirmaram a existência do rádio instalado no automóvel:

O réu era Perueiro aqui em Peruíbe, mas não realizava o transporte intermunicipal. (...) Na perua havia um rádio PX instalado. - Flávio Nunes de Melo (fls. 289)

Estava acompanhando o réu no dia dos fatos em sua Van. (...) Havia um rádio PX na Van, mas não foi utilizado em nenhum momento. - Felipe Nunes de Melo (fls. 290)

Portanto, a condenação é de rigor e resta mantida.

Quanto à pena de multa, observo que na sentença condenatória houve a estipulação da pena de multa no valor de dez mil reais.

O órgão especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0005455-18.2000.403.6113, de Relatoria da E. Des. Federal Ramza Tartuce, declarou a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00” contida no preceito secundário do artigo 183 da Lei 9.472/97.

Assim, de ofício, afasto a pena de multa imposta na sentença, procedendo a novo cálculo, segundo os parâmetros do Código Penal.

Considerando-se que a pena detentiva foi fixada no mínimo legal, sem qualquer acréscimo, fixo a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, que torno definitiva.

O valor do dia-multa é de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, tendo-se em vista a condição econômica do apelante, o qual declarou em interrogatório perceber em torno de setecentos a oitocentos reais mensais.

Por fim, observo *quanto à pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade*, que deve ser destinada à entidade lesada com a ação criminosa, a União, nos termos do artigo 45, § 1º do Código Penal.

Da conclusão: por estas razões, *nego provimento* à apelação e, de ofício: a) fixo a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, e b) altero a destinação da pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa da liberdade, em favor da União.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

- obre os delitos de radiodifusão e de radiocomunicação clandestina, veja também os seguintes artigos doutrinários: “Revogação do artigo 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações pelo artigo 183 da Lei Geral das Telecomunicações”, de autoria do Juiz Federal Roberto da Silva Oliveira, publicado na RTRF3R 68/131; “O crime de radiodifusão clandestina em face da Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, e da Lei nº 9.472, de 16.07.1997”, de autoria do Juiz Federal Toru Yamamoto, publicado na RTRF3R 78/103 e os seguintes julgados: APN 2001.61.02.001698-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 98/95 e ArgInc 0005455-18.2000.4.03.6113/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 108/139.

APELAÇÃO CRIMINAL
0004566-35.2007.4.03.6108
(2007.61.08.004566-9)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
 Apelados: VALDECIR BENEDITO SARACINI E GRACIA MARIA HOSKEN SOARES PINTO
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
 Classe do Processo: ACr 44548
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2012

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ARTIGO 1º, INCISOS II E IV, DA LEI Nº 8.137/90 C.C. ART. 29 E 69 DO CÓDIGO PENAL - INSERÇÃO DE ELEMENTOS INEXATOS E EMISSÃO/UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS QUE SE SABIA FALSOS PARA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - MATERIALIDADE COMPROVADA - SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA - DOLO GENÉRICO - CRIME COMISSIVO E OMISSIVO - NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APELO DA ACUSAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO - SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA REFORMADA.

1. A materialidade delitiva restou amplamente demonstrada por intermédio da Notificação Fiscal de Lançamento de Representação Fiscal para Fins Penais acostada em apenso.
2. Indícios de autoria delitiva suficientes, tendo em vista que réu praticamente confessou o débito, em seu interrogatório na fase inquisitorial às fls. 08/09.
3. Dolo genérico, suficiente para o cometimento do delito, comprovado nos autos.
4. Não se pode considerar insignificante o dano causado pelas condutas dos acusados contra o bem jurídico tutelado pela norma penal.
5. Quanto à aplicação do princípio da insignificância em se tratando de crimes tributários, somente em situações excepcionais tal princípio deve ser aplicado.
6. A apuração da prática de um crime merece tratamento diferenciado, não podendo o Judiciário violar a intenção do legislador, expressa na lei, que teve como substrato uma realidade social e econômica, que não pode ser, simplesmente, afastada para justificar o seu descumprimento.
7. Recurso da acusação a que se dá provimento. Decisão de absolvição sumária reformada, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por maioria, em

dar provimento ao recurso da acusação, reformando a sentença absolutória para determinar o prosseguimento da ação penal, com a conseqüente instrução, nos moldes expostos no voto, vencido o Desembargador Federal Antonio Cedenho, que negava provimento ao recurso.

São Paulo, 16 de julho de 2012.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara de Bauru - SP, que absolveu sumariamente os apelados VALDECIR BENEDITO SARACINI e GRACIA MARIA HOSKEN SOARES PINTO, nos termos do artigo 397, inciso III do Código de Processo Penal, determinando ainda o pagamento das custas na forma da lei.

Consta da denúncia que:

(...) o primeiro denunciado inseriu em sua declaração de rendimentos do ano-exercício de 2005 (Apenso I, fls. 02, 03, 21 e 22) valores fictícios de despesas médico-odontológicas, utilizando documentos considerados falsos/inidôneos pelo Fisco Federal (Apenso I, fls. 08/11). *In casu*, o primeiro denunciado se valeu de recibos sobre despesas com tratamento médico odontológico, emitidos e subscritos pela co-denunciada no ano-calendário de 2004, com o fim de suprimir e/ou reduzir tributo federal (Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF), o que redundou na lavratura de auto de infração no montante de R\$ 3.722,53 (três mil setecentos e vinte e dois reais e cinquenta e três centavos - fls. 06/07). Tal conduta, em tese, enquadra-se na figura típica descrita no artigo 1º, incisos II e IV, da Lei nº 8.137/90, *in verbis*: “Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) II - fraudar a fiscalização tributária, *inserindo elementos inexatos*, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; (...) IV - elaborar, distribuir, *fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato*; (...) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa” A constatação da inautenticidade dos pagamentos de serviços médico-odontológicos efetuados à GRACIA MARIA HOSKEN SOARES PINTO decorre do resultado de várias diligências realizadas por auditores fiscais, detalhadamente narradas às fls. 24/28 do Apenso I, que culminou com a publicação de súmula administrativa de documentação tributariamente ineficaz, no caso os recibos emitidos pela co-denunciada. O lançamento fiscal, consubstanciado no auto de infração das fls. 06/07 (no valor de R\$ 3.722,53), tornou-se definitivo com o trânsito em julgado na esfera administrativa, o que se deu em 19.05.2006 (Apenso I, fl. 33). Houve o parcelamento do débito tributário (fl. 17), o qual, no entanto, restou descumprido e enviado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança, em 23.04.2008 (fl. 36). Outrossim, evidente que, para a implementação da fraude fiscal, contribuiu decisivamente a co-denunciada, responsável pelo preenchimento e fornecimento dos recibos falsos, que nada mais são do que documentos particulares ideologicamente falsos. Posto isso, presentes indícios suficientes de autoria e comprovada a materialidade delitiva, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia a Vossa Excelência VALDECIR BENEDITO SARACINI e GRACIA MARIA HOSKEN SOARES PINTO, como incurso na conduta típica descrita no art. 1º, incisos II e IV, da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 29 e 69 do Código Penal, requerendo seja instaurada a necessária ação penal, com citação e intimação para interrogatório e demais atos processuais, até final julgamento. (fls. 85/87) (os destaques são no original).

O recebimento da denúncia se deu em 29 de setembro de 2008 (fl. 88), sendo, no mesmo ato processual, nomeado defensor dativo para o réu Valdecir Benedito Saracini e determinando ao Ministério Público Federal que fornecesse o endereço atualizado da co-ré Gracia Maria Hosken Soares Pinto.

À fl. 120, o Ministério Público Federal requereu a citação da co-ré pela via editalícia, já que não lograra encontrar endereço atualizado da acusada.

Os denunciados foram absolvidos sumariamente, com base no art. 397, inc. III, do CPP, sob a fundamentação de atipicidade material da conduta descrita na denúncia, em razão das recentes decisões proferidas pelos tribunais pátrios que consideram insignificante o valor dos tributos devidos que não ultrapassem o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02. Citou julgados das Cortes Superiores (STF e STJ) (fls. 152/155).

Em razões de apelação, propugna o Ministério Público Federal pela reforma da sentença absolutória, alegando, basicamente, não ser aplicável ao presente caso o princípio da insignificância, posto que os limites financeiros utilizados como parâmetro pela sentença dizem respeito apenas e tão somente aos limites utilizados pela Fazenda Pública para não propositura das ações de execução fiscal, não sendo causa extintiva do crédito tributário, não havendo, assim, como falar-se em aplicação de dito princípio ao caso em tela (fls. 159/170).

Manifestação do apelante às fls. 174/175, requerendo ao Juízo *a quo* a pesquisa, no sistema BACENJUD, do endereço da acusada Gracia Maria Hosken Soares Pinto, ainda não citada. Solicitou, também, fossem oficiados o Tribunal Regional Eleitoral, o SERASA e o SPC para que fornecessem referido endereço.

À fl. 183, o MM. Juiz de Primeira Instância determinou a expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral e a pesquisa no BACENJUD, esclarecendo ser possível ao apelante requerer diretamente ao SERASA e ao SPC o quanto solicitado.

Decisão à fl. 193 dos autos, abrindo vista ao MPF para manifestação acerca do endereço do co-réu Valdecir Benedito Saracini e determinando à serventia que, após disponibilização das informações do Sistema Bacenjud, que fossem juntadas aos autos, dando-se nova vista ao Ministério Público Federal.

À fl. 213, o MM. Juiz determinou a intimação por edital da co-ré, já nomeando defensor dativo caso esta não se manifestasse.

Novo requerimento do Ministério Público Federal para citação por edital da co-ré Gracia Maria Hosken Soares Pinto (fl. 221).

O defensor dativo apresentou contra razões de apelação ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 225/230).

Foi determinada a citação por edital da co-ré Gracia Maria Hosken Soares Pinto (fl. 231).

Logo após, subiram os autos a esta Egrégia Corte, onde o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso ministerial (fls. 239/243).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Inicialmente, destaco que a materialidade delitiva encontra-se demonstrada pelos documentos que instruíram a denúncia, constantes da Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 02/07 e 44/46 do Apenso I), em especial, o Termo de Verificação Fiscal (fl. 08/10 do Apenso I), os Demonstrativos de Apuração e de Multas e Juros de Mora (fls. 17/19 do Apenso I), a Súmula Administrativa de Documentação Tributariamente Ineficaz (fls. 24/27 do Apenso I) e o Termo de Constatação (fls. 47/48 do Apenso I), que indicam de forma inequívoca a inserção de elementos inexatos na declaração de Imposto de Renda, bem como a emissão e utilização de documento que se sabia ou devia saber falso ou inexato.

Corroborando o quanto já declinado na representação acima citada, o co-réu confessou o delito em seu interrogatório levado a efeito durante o procedimento inquisitorial, *in verbis*:

(...) em relação aos fatos ora apurados, alega que sua esposa VALÉRIA DE MORAES CARVALHO SARACINI efetivamente realizou tratamentos dentários através da profissional GRACIA MARIA HOSKEN SOARES PINTO no ano de 2004; QUE alega que tratamento custou aproximadamente R\$ 5.000,00, sendo pago de forma parcelada e correspondendo a tratamento de gengiva; QUE sua esposa VALÉRIA é dependente do declarante, motivo pelo qual as despesas médicas/odontológicas foram declaradas para dedução do Imposto de Renda do declarante, no ano calendário 2004; QUE tão logo foi notificado pela Receita Federal acerca do débito existente preferiu parcelar em 60 parcelas, estando o débito em conta e já pagas 6 parcelas, todas em dia; QUE nesta data inclusive apresenta cópia dos documentos referentes ao parcelamento do débito realizado junto a Receita Federal, sendo o valor total da dívida de R\$ 3.725,26; QUE alega que a dentista GRACIA possuía consultório em Bauru/SP, não se recordando quem indicou seus serviços profissionais, mesmo porque foi sua esposa que realizou o tratamento; QUE alega que o declarante não conhece a profissional GRACIA e que sua esposa perdeu o contato com a dentista; QUE logo que foi notificado pela Receita apresentou os 10 (dez) recibos conforme constam às folhas 40/43 do apenso 1, emitidos por GRACIA MARIA HOSKEN SOARES no nome do próprio declarante, tendo em vista que foi o mesmo que pagou o tratamento; QUE acredita que recebeu alguma restituição referente ao IR ano calendário de 2004, não se recordando do valor; QUE chegaram a procurar a profissional GRACIA a fim de esclarecer os fatos, todavia não conseguiram encontrá-la; QUE possui intenção de realizar o pagamento integral do débito junto a Receita Federal; QUE nunca foi preso nem processado. (fls. 08/09) (...)

Há indícios suficientes da autoria delitiva, haja vista que o apelado praticamente admitiu que procedeu à inserção de elementos inexatos na declaração de Imposto de Renda, consistentes em recibos odontológicos emitidos pela co-ré que sabia ou devia saber falsos ou inexatos, em detrimento da Receita Federal.

Desse modo, os indícios de autoria delitiva são suficientes, visto que não há qualquer dúvida pelo quanto até aqui já exposto.

Da Aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes tributários. Quanto à aplicação do princípio da insignificância, entendo que, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, somente em situações excepcionais tal princípio deve ser aplicado.

Não se pode considerar insignificante o prejuízo causado pelos apelados, pela prática

do delito cometido em detrimento do bem jurídico tutelado pelo artigo 1º, incisos II e IV, da Lei nº 8.137/90. O valor não recolhido aos cofres da Receita Federal (R\$ 3.722,53, em 2004) é bem superior ao do salário mínimo, quer se considere aquele vigente à data dos fatos, ou mesmo o atual.

É certo que mais da metade da população brasileira vive de um salário mínimo ou menos. Como então aceitarmos, nesta hipótese, o raciocínio de que não houve lesão significativa ao bem jurídico em comento?

Como bem se sabe, é no seio da sociedade que o aplicador do direito deve buscar os parâmetros para, então, reconhecer a insignificância penal de um determinado comportamento. Só se afirma como tal aquilo que, de acordo com o sentimento médio de uma sociedade em determinado momento histórico, não justifica a imposição de uma resposta penal.

Os países que têm acolhido com entusiasmo o princípio da insignificância, dentre os quais cito a Alemanha e a Holanda, se destacam por apresentarem reduzidos índices de desigualdade social. São sociedades homogêneas que claramente revelam um padrão daquilo que entendem como irrelevante do ponto de vista penal.

Todavia, como apurar o que é insignificante em uma sociedade tão heterogênea e desigual como a brasileira? No meu entender, essa é a maior dificuldade para a aplicação do aludido princípio em nosso sistema jurídico.

Por certo, poderíamos dizer que um “ladrão de galinhas” não merece sofrer as consequências penais de sua conduta, caso venha a ser surpreendido furtando uma única ave do seu patrão, que é proprietário de uma enorme granja. Nesse contexto, diríamos que a lesão ao patrimônio da vítima foi algo diminuto, irrelevante.

E também poderíamos considerar insignificante essa mesma conduta, caso deslocássemos o ponto de referência para aquilo que se concebe como irrelevante, em termos de valor para a média da sociedade, o que normalmente se fixa em um salário-mínimo.

Entretanto, se a vítima desse mesmo ladrão fosse o seu vizinho, homem detentor de poucos recursos, morador de um acanhado barraco em uma favela qualquer, que tem nessa mesma galinha, a representação de parte significativa do seu patrimônio, por acaso alguém arriscaria dizer que essa conduta continuaria sendo irrelevante, como na hipótese acima?

E, mesmo que considerarmos o famigerado valor de um salário-mínimo como referência da suposta insignificância, creio que também essa não seria a solução adequada.

A adoção dessa linha de raciocínio geraria o mais profundo descrédito nos Poderes constituídos.

Como explicar para alguém que detém reduzidas posses que foi vítima de furto da importância de R\$ 3.722,53 (três mil setecentos e vinte e dois reais e cinquenta e três centavos), por exemplo, que tal fato representa algo insignificante? Não seria isso um incentivo para que a vítima inconformada se valesse de *manus militari*, provocando quiçá um crime mais grave, na busca de impor ao criminoso uma medida que entenda proporcional ao prejuízo experimentado?

O Estado, quando retirou das mãos dos seus administrados o direito a autotutela, reservando para si o monopólio da violência, conferiu-lhes, em contrapartida, o direito de ação, garantindo-lhes que, uma vez invocado esse direito, interviria prontamente, fazendo-se substituir às partes em dissídio, e declarando o direito aplicável ao caso concreto.

É da própria natureza do Estado, principalmente daquele de direito, que se garanta aos

cidadãos não só o acesso, mas também a tutela efetiva dos seus direitos.

A partir do momento em que o jurisdicionado não vê mais no Poder Judiciário o meio hábil para a preservação e para a eventual reparação dos seus direitos, é instintivo - e exatamente por isso compreensível - que busque então garanti-los por seus próprios meios, como que retomando para si algo que um dia já lhe pertenceu por natureza, por força do descumprimento do pacto firmado entre os seus antepassados e o Estado, desde tempos imemoriais.

É escudada em tais pensamentos que concluo que decisões proferidas com arrimo em um suposto “critério médio de insignificância”, podem representar um agravamento na crise de confiança já prenunciada entre o povo brasileiro e os Poderes constituídos.

Ademais, o risco de surgirem decisões antagônicas também não recomenda a aplicação celerada dessa causa supralegal de exclusão do crime. Sob o ponto de vista do destinatário da tutela jurisdicional - o homem comum do povo - como explicar que duas pessoas poderiam desenvolver condutas iguais ou semelhantes, sendo uma considerada insignificante, enquanto a outra não?

Evidente o acentuado risco de insegurança jurídica que o quadro acima desenhado geraria.

E, também, não cabe a argumentação de que o valor não repassado à Receita Federal seria insignificante, diante do permissivo legal que autoriza a Fazenda Pública a deixar de ajuizar demanda com vistas a cobrar ou executar débitos daquele montante.

Nesses casos, o motivo que leva o legislador a permitir a dispensa da demanda por parte da administração, é que o pagamento do tributo devido não compensa os custos advindos do movimento da “máquina jurisdicional”. Essa previsão legal, em verdade, visa permitir às autoridades fazendárias avaliar a relação “custo-benefício” na hora de ingressar com uma ação de execução.

Com efeito, não se pode tratar de forma igual situações diferentes. Nos casos acima referidos, não se está diante de um delito, mas sim de pura e simples inadimplência do contribuinte frente ao Fisco. Aqui se apura a prática de crimes.

São situações distintas, que merecem tratamento diferenciado, não podendo o Judiciário violar a intenção do legislador, expressa na lei, que teve como substrato uma realidade social e econômica, que não pode ser, simplesmente, afastada para justificar o seu descumprimento.

Ademais, como ensina o ilustre professor Julio Fabbrini Mirabete:

(...) Não há como confundir, por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante ou ínfimo; no primeiro caso há somente um abrandamento da pena, no segundo há exclusão da tipicidade.

(*Manual de Direito Penal*, Vol. 1, 19ª ed., Ed. Atlas, 2003, pág. 118)

E lembro ainda que a doutrina e a jurisprudência são tranqüilas em afirmar que não é admissível a invocação do princípio da insignificância, quando se trata de delito que traz como objetividade jurídica a tutela de interesses diretos da Administração Pública.

Nesse sentido é a jurisprudência dominante desta Corte, como se vê do seguinte julgado, cuja ementa transcrevo:

RECURSO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. DENÚNCIA RECEBIDA.

I - Recorrido denunciado pela prática do delito previsto no artigo 168-A do Código Penal vez que, na qualidade de responsável pela administração da empresa Transportadora Luzazul Ltda., deixou de repassar, no prazo legal, as contribuições devidas à Previdência Social, descontadas dos pagamentos efetuados aos empregados, referentes ao período de maio de 1999 a janeiro de 2000, cujo débito consolidado foi contabilizado no valor de R\$ 1.782,24.

II - O MM. Juiz *a quo* rejeitou a denúncia sob o fundamento de que houve ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, aplicando ao caso o princípio da insignificância.

III - Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso, sustentando a inaplicabilidade do princípio da insignificância e a presença de elementos autorizadores do recebimento da denúncia.

IV - O princípio da insignificância representa causa supralegal de exclusão de tipicidade, motivada por proposição de política criminal. Quando a conduta delitiva atinge de forma irrelevante o bem jurídico protegido pela norma penal, e havendo desproporcionalidade entre o tipo penal, a pena cominada e a ação do agente, deixa de existir fundamento para a caracterização de crime.

V - No caso dos autos, verifica-se que, em tese, houve um prejuízo material, por conduta delitiva da parte do acusado. Todavia, como já salientando, o bem jurídico protegido do delito tanto é o patrimônio quanto o interesse público. Note-se que o interesse público é sempre violado quando é praticado um ato delitivo (ainda que em detrimento de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado), mas no caso em tela há uma proteção especial ao interesse público.

VI - Tanto é verdade que, ainda que se trate de agente primário e de bons antecedentes, o legislador estabeleceu, no § 3º, inciso II, do artigo 168-A do Código Penal, a faculdade de o juiz deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou aplicar somente a pena de multa, caso o valor das contribuições devidas (inclusive acessórios), seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

VII - Em que pese o tratamento recebido no âmbito administrativo, tem-se que o legislador deu tratamento diverso no tocante ao aspecto penal da conduta, possibilitando, apenas, a eventual aplicação somente da pena de multa ou a concessão de perdão judicial.

VIII - Justa causa comprovada pela existência de prova da materialidade e indícios de autoria.

IX - Recurso provido, desconstituindo-se o decreto de extinção da punibilidade e recebendo a denúncia, determinando o regular prosseguimento do feito.

(TRF3, RCCR nº 2002.61.05.007187-5, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 07/12/2004, v. u., DJU 06/05/2005, pág. 294)

O Eminentíssimo Desembargador Federal André Nabarrete também já se pronunciou sobre o tema, como segue:

Descabida a invocação do princípio da insignificância. A tipicidade penal exige uma ofensa de certa gravidade aos bens jurídicos protegidos. Não cumpre ao juiz tampouco ao Ministério Público deixar de aplicar a lei ante o menor potencial lesivo da conduta incriminada. A seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal é função privativa do Poder legislativo. Ademais, a jurisprudência está consolidada no sentido de que o pequeno valor é aquele igual ou inferior a um salário mínimo (STF - HC 69592-2, Relator Ministro Paulo Brossard - DJU 02.04.93, p. 5620).

Impende salientar, outrossim, que é discutível, para que se afira a insignificância ou não

da conduta criminosa, a adoção, como parâmetro, do valor permitido para o arquivamento de execuções fiscais que não atinjam certo patamar: o fato de a Fazenda Nacional não promover a execução fiscal quando o débito tributário não atingir dado montante, não denota que o Estado não tenha interesse em receber tais valores, apenas significando que a cobrança, com a movimentação da máquina judiciária, é mais custosa para o Estado do que o próprio crédito que tem para receber do contribuinte inadimplente.

Como bem colocado pelo I. Representante do Ministério Público Federal, às fl. 241/242:

(...) Ademais, conforme bem ressaltou o órgão acusatório, em suas razões recursais, sobre a aplicação do art. 20 da Lei nº 10.522/02: “o aludido artigo 20 apenas prevê o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito. Isto é, tal dispositivo apenas assevera que fica postergada a execução com vistas à cobrança da dívida ativa enquanto o montante não alcançar os valores ali previstos, o que não se confunde com a extinção do crédito tributário”, uma vez que “só o efetivo cancelamento - o que realmente equivaleria à extinção do crédito fiscal - teria o condão de caracterizar-se como matéria penalmente irrelevante, possibilitando a aplicação do princípio da insignificância”. (fl. 164).

Como se sabe, o princípio da insignificância, corolário da moderna doutrina do Direito Penal Mínimo, objetiva afastar da apreciação do Poder Judiciário lesões que, embora antijurídicas, não causam danos relevantes ao bem jurídico tutelado, de modo a perturbar a ordem e a paz social.

Constitui, assim, a pedra de toque para que o intérprete da lei, sobretudo o julgador, a aplique corretamente, reservando a persecução penal apenas aos delitos que realmente necessitem de reprovação. (...)

A Colenda 5ª Turma desta Corte, sobre o tema, assim já se pronunciou:

Também não serve de parâmetro o valor permitido para arquivamento de execuções fiscais em montante igual ou inferior a 1.000 UFIRs, pois não se pode tratar de forma igual, situações diferentes. Nesse caso não se está diante de um delito, mas sim da inadimplência do contribuinte frente ao fisco. Aqui se apura a realização de uma conduta que o legislador houve por bem tratar como crime. São situações peculiares, que merecem tratamento diferenciado, não podendo o judiciário violar a intenção do legislador, expressa na lei, que teve como substrato uma realidade social e econômica, que não pode ser, simplesmente, afastada para justificar o seu descumprimento (TRF-3 - RCCR 3446 - 5ª Turma - Rel. Desemb. Federal Ramza Tarte - DJU 11.05.04, p. 333).

Na hipótese dos autos, como visto, o valor do débito tributário supera em muito o valor do salário mínimo nacional vigente, que é de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), o que afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Desta forma, entendo que os apelados não estão acobertados pela exclusão da tipicidade material, pela insignificância das condutas delituosas que praticaram.

Assim sendo, havendo indícios de materialidade e autoria delitivas está presente a justa causa para a ação penal, sendo imperioso o recebimento da inicial acusatória, permitindo-se que o *parquet*, durante a instrução penal, possa produzir as provas visando demonstrar a materialidade e a autoria do delito.

Neste passo, é de se concluir pela reforma da absolvição sumária dos apelantes.

Diante do exposto, afasto a tese de incidência do princípio da insignificância, adotada pelo magistrado de primeiro grau e *dou provimento* ao recurso interposto pela acusação, para determinar o retorno dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento da ação penal em seus ulteriores termos.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO:

Em sessão de julgamento realizada em 11 de junho de 2012, a Excelentíssima Desembargadora Federal Relatora Ramza Tartuce proferiu voto no sentido de afastar a tese de incidência do princípio da insignificância, adotada pelo magistrado de primeiro grau e dar provimento ao recurso interposto pela acusação, para determinar o retorno dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento da ação penal em seus ulteriores termos, acompanhada pelo voto do Excelentíssimo Desembargador Federal André Nekatschalow.

Pedi vista dos presentes autos para uma análise mais acurada e detida sobre os fatos apurados.

Com a devida vênia, voto no sentido de divergir da Eminente Desembargadora Relatora.

O princípio da insignificância estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado insignificante.

Na questão em foco, cumpre trazer à reflexão o argumento de Claus Roxin - teórico responsável pela sistematização jurídica do funcionalismo e pela ruptura da clássica definição de crime e da incumbência do direito penal -, segundo o qual é missão deste ramo do Direito a proteção de bens jurídicos relevantes, de forma subsidiária e fragmentária.

Ou seja, o direito penal só se presta à tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a coexistência humana quando os demais ramos do Direito se mostram incapazes de tutelar eficazmente esses bens.

Visto assim, pode-se consignar que o direito penal é a *ultima ratio* do mecanismo de controle social das condutas humanas, que interferem na esfera jurídica estatal ou de particulares.

Nessa linha, Claus Roxin assevera que é desiderato do direito penal o arrimo subsidiário de bens jurídicos. Para o jurista alemão, este fato tem como consectário lógico a exclusão de imoralidades e das contravenções penais da esfera jurídica de proteção penal, o que reflete a fragmentariedade desse ramo do Direito.

O bem jurídico alvo de tutela pelo direito penal, dessa forma, é a “expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso”, consoante Jorge de Figueiredo Dias.

Não podemos nos afastar, por outro lado, da análise constitucional da proteção penal aos bens jurídicos relevantes, concluindo que devem ser estes vistos sempre em face à pacificação de conflitos e à autopreservação da coletividade e do Estado.

Visto está, portanto, que existem limites à consideração de um bem jurídico como capaz de receber a proteção do direito penal. Para que haja uma correta compreensão do bem jurídico no âmbito de um sistema, necessário é verificar se a este são conferidos “contornos mais públicos”, aptos a se enquadrarem no “padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a observância da função e, conseqüentemente, a legitimação do direito penal em cada caso concreto”, de acordo com Ana Elisa Bechara.

Essa simples constatação, de validade bastante crível e pouco questionável, é o que justifica a (re)leitura da (de)limitação da área de tutela penal à luz do Direito Constitucional como fonte negativa à autoridade punitiva do Estado, mas, ao mesmo tempo, autoriza maior proteção do Estado, para garantir a preservação do próprio Estado Democrático de Direito; e em outros termos, é a preservação dos valores mais caros à comunidade humana que reclama a ampliação do sistema penal como expressão da proteção desses direitos, conforme aduz Eduardo Viana Portela Neves (em artigo denominado “A Atualidade” de EDWIN H. SUTHERLAND, publicado no compendio chamado de “INOVAÇÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO - Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas”, tendo como organizador Artur de Brito Gueiros Souza e editado pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília - DF, 2011, pág. 61).

Objetiva-se com isso um direito penal mínimo que atenda às indigências concretas da atuação do Estado.

Assim, a aplicação do castigo ao infrator é importante, mas só se justifica, de acordo com a leitura correta da teoria durkheimiana, quando assentada no fato de que o comportamento possa realmente ser considerado criminoso caso debilite o valor universal das normas que regem o convívio social - ÉMILE DURKHEIM, “Da divisão do trabalho social”, tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura *et. al.* São Paulo: Abril Cultural, 1978, *apud* Eduardo Viana Portela Neves, *op. cit.*, pág. 49).

Em função, portanto, da fragmentariedade e subsidiariedade presentes no direito penal que, inclusive, subsidiam a interpretação restritiva do tipo penal, a liberdade do acusado deve ser resguardada, porquanto a bem ver, não se verificaram motivos plausíveis, proporcionais e razoáveis a ensejarem a privação desse bem jurídico, mediante o exercício do *jus puniendi* estatal.

As referências bibliográficas havidas nesta digressão a respeito da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal encontram-se presentes no artigo de Tátilla Gomes Versiani, em “O Princípio da Insignificância como Expressão da Ética no Processo Penal”, publicado na Revista Jurídica CONSULEX, ano XV - nº 347, 1º.07.2011, págs. 64/65.

Esse, aliás, é o pensamento do Supremo Tribunal Federal, prevalecente no sentido que, em sendo moderada a infração penal que tenha o condão de descaracterizar materialmente o tipo, impõe o trancamento da ação penal por falta de justa causa, inclusive em casos de crimes contra a Administração Pública (cf. HC nº 87.478-PA, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 23.02.07; HC nº 92.634-PE, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármem Lúcia, DJe 15.02.08; e HC nº 104.286-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 20.05.11). E, mais, HC nº 96.661/PR, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármem Lúcia, j. 23.06.09; AI nº 559.904-QO/

RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.06.05; HC nº 98.152/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.09, e ainda do mesmo Ministro, HC nº 84.412/SP, Segunda Turma, j. 19.10.04.

Outrossim, de igual modo, entende o jusfilósofo russo E. B. Pasukanis que não se pode restringir o Direito à norma:

O Direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não. A norma, como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente de relações preexistentes, ou, então, representa, quando promulgada como lei estatal, um sistema que permite prever, com certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito, não é suficiente conhecer o seu conteúdo normativo, mas é necessário saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas relações sociais.

É preciso consequentemente “levar em consideração realidades de fato. Se certas relações constituíram-se em concreto, isso significa que um direito correspondente nasceu; mas se uma lei ou decreto foram editados sem que nenhuma relação correspondente tenha aparecido, na prática, isto significa que foi feito um ensaio de criação de direito, mas sem nenhum sucesso.” (*Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, págs. 57/58)

De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.

Desta feita, se não há interesse para a Administração Pública em promover a execução fiscal do débito, muito menos haverá justificativa para se prosseguir com a persecução criminal e a imposição de pena, de modo que o Direito Penal deve ser considerado como recurso último para a manutenção da ordem jurídica.

Assim, temos que aplicável aos crimes de elisão fiscal, quais sejam os previstos no artigo 1º da Lei 8.137/90 e nos artigos 168-A, 334 - descaminho - e 337-A do Código Penal, o princípio da insignificância quando o montante dos tributos suprimidos seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/02, por apresentar ínfima lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Nesse sentido assevera Hugo de Brito Machado:

(...) nos crimes contra a ordem tributária, o objeto jurídico protegido não é propriamente a arrecadação, vale dizer, não é o patrimônio do Estado, e sim a ordem tributária. Assim, pode-se argumentar que o diminuto valor econômico do tributo suprimido, ou da diferença daquele indevidamente reduzido, não deveria ser considerado.

Não se pode, todavia, deixar de lado o aspecto prático das questões jurídicas. É certo que o objeto jurídico protegido nos crimes contra a ordem tributária não é o patrimônio do Estado, mas a ordem jurídica tributária. A realização do tipo penal destrói de algum modo a eficácia do sistema normativo e degrada a ordem tributária. Mas daí não se pode concluir que o valor econômico do resultado obtido com o cometimento ilícito seja irrelevante. Muito pelo contrário, especialmente quando no sistema jurídico são introduzidas normas dispensando até o agente público de promover a cobrança de tributo até certo montante, à consideração

de que o dispêndio de recursos financeiros com a cobrança supera o valor que a Fazenda Pública pretende receber.

(in, *Crimes contra a ordem tributária* - São Paulo, Ed. Atlas, 2008, pág. 82)

Consolidando tal entendimento, é de se colacionar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. APLICABILIDADE.

1. Com o julgamento pela Terceira Seção do Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748/TO (Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 5/10/2009), restou pacificado nesta Corte o entendimento de que o princípio da insignificância no crime de descaminho incide quando o débito tributário não ultrapasse o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002.

2. A Lei nº 11.457/2007 que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil considerou como dívida ativa da União os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias. Diante disso, *entende-se viável, sempre que o valor do débito não for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a aplicação do princípio da insignificância também no crime de apropriação indébita previdenciária.*

3. *In casu*, verifica-se que o valor da contribuição previdenciária não recolhida é de R\$ 1.799,87 (um mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e sete centavos), razão pela qual está caracterizado na esfera penal a irrelevância da conduta.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(RESP 200900970925, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/12/2010.) - grifei

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PERSECUÇÃO PENAL. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. HIGIDEZ DA DENÚNCIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E LC 105/2001. INSIGNIFICÂNCIA PENAL. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOSAGEM DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO.

1. Ao julgar o HC 81.611-6/DF, o Egrégio STF definiu que o delito insculpido no art. 1º da Lei 8.137/90 submete a ação penal à condição objetiva de punibilidade, qual seja, o lançamento definitivo do crédito tributário, restando assente que “o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária”. Hipótese em que a ação penal foi intentada após a constituição definitiva do crédito tributário, inexistindo nulidade a sanar.

2. Alegação de inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 41 do CPP.

3. Possível a aplicação, inclusive retroativa, da quebra de sigilo bancário prevista na LC nº 105/01 e na Lei nº 10.174/01 (no tocante a fatos geradores ocorridos antes da sua entrada em vigor), porquanto, em se tratando de norma tributária procedimental (CTN, Art. 144, § 1º), tem aplicação imediata, não se submetendo ao princípio da irretroatividade das leis.

4. A Lei Complementar nº 105/2001 autoriza o acesso da autoridade fiscal aos documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive aos relativos a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

5. *Aplica-se o princípio da insignificância aos crimes relacionados à elisão tributária (artigo*

1º da Lei nº 8.137/90 e artigos 168-A, 334 - descaminho - e 337-A do Código Penal), caso a supressão dos impostos seja igual ou inferior ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor estabelecido pelo art. 20, caput, da Lei 10.522/2002, alterado pela Lei 11.033/2004.

6. A materialidade delitiva está demonstra pela supressão tributária decorrente da não contabilização e não declaração de expressivos valores financeiros que circularam na conta corrente do acusado, sem que o mesmo tenha comprovado a origem destes recursos.

7. Inexiste ilegitimidade no arbitramento do imposto de renda com base em movimentação bancária sem comprovação de origem, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

8. As cópias de documentos presentes em procedimento administrativo e trazidas a juízo constituem elementos aptos a embasar o convencimento do magistrado, em especial quando não verificada uma impugnação específica da defesa capaz de comprometer a presunção de veracidade inerente à atuação da Administração Pública.

9. O sujeito ativo do delito é a pessoa que pratica o comportamento descrito na lei penal (tipo), ou possui o domínio do fato, ou seja, sem executar diretamente a conduta típica, controla a atividade de outro que a realiza. Em se tratando de sonegação fiscal envolvendo imposto de renda da pessoa física, a autoria é certa e recai sobre o denunciado, contribuinte do referido tributo.

10. O dolo do tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é genérico, bastando, para a perfectibilização do delito, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito. O vocábulo tributo constitui-se em elemento normativo do aludido delito.

11. O denunciado não demonstrou, através de documentação lúdima e idônea, sua tese defensiva, nos moldes do dever que lhe era imposto pelo artigo 156 do Código de Processo Penal.

12. Se a sonegação de tributos resultar em prejuízo grave ao Erário Público, se consideram negativas as consequências do crime, a fim de justificar o aumento na pena-base.

13. O montante de dias-multa deve guardar simetria com o montante de pena privativa de liberdade aplicada. Na fixação do valor de cada unidade diária há que ser observada a capacidade econômica do acusado.

14. A pena privativa de liberdade, observados os requisitos do art. 44 do CP, pode ser substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, quando a condenação for superior a um ano de reclusão. Precedente da Quarta Seção do TRF/4.

(ACR 200671070025636, PAULO AFONSO BRUM VAZ, TRF4 - OITAVA TURMA, D.E. 21/10/2009.) - grifei

DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90, ART. 1º, I). PRESTADORES DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS. OMISSÃO NA FOLHA DE PAGAMENTOS. SUPRESSÃO DE VALORES DEVIDOS AO INSS. BAGATELA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. - *Com base no princípio da insignificância jurídica, a infração formalmente típica pode ser considerada irrelevante, quando não causa impacto no objeto material do tipo.* Na hipótese em debate (R\$ 4.141,00 sonegados por um dos réus, R\$ 906,65 por outro e R\$ 161,82 pelo terceiro) o ilícito perpetrado produziu ínfima lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo caso de reconhecimento do denominado delito de bagatela. Afora isso, o débito foi posteriormente quitado.

(ACR 200071070046935, ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, TRF4 - OITAVA TURMA, DJ 27/09/2006 PÁGINA: 966.) - grifei

No presente caso, segundo consta da denúncia, Valdecir Benedito Saracini “se valeu de recibos sobre despesas com tratamento médico odontológico, emitidos e subscritos pela co-denunciada (Gracia Maria Hosken Soares Pinto) no ano-calendário de 2004, com o fim de suprimir e/ou reduzir tributo federal (Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF), o que

redundou na lavratura de auto de infração no montante de R\$ 3.722,53 (três mil setecentos e vinte e dois reais e cinquenta e três centavos - fls. 06/07),” e sendo o montante de impostos devidos pelos apelados inferior ao limite de R\$ 10.000,00, é de se aplicar o princípio da insignificância, excluindo a tipicidade do fato.

Portanto, considerando que a conduta perpetrada pelo acusados é atípica, não constituindo o fato infração penal, é de rigor manter o *decisum* recorrido, que decretou a absolvição sumária, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso interposto*.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

APELAÇÃO CRIMINAL

0000371-11.2009.4.03.6181

(2009.61.81.000371-9)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E EMERSON DE JESUS VENTURA (réu preso)

Apelados: OS MESMOS

Corréus: ERIC JUN TAKEMURA E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ACr 38573

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2012

EMENTA

PENAL - ROUBO COM EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - TENTATIVA - *EMENDATIO LIBELLI* - FURTO QUALIFICADO - QUADRILHA ARMADA - USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS - REDUÇÃO DA PENA DE MULTA - DE OFÍCIO - APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA - APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O art. 14, II, do CP adotou a teoria objetiva segundo a qual conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, “o início da execução é, invariavelmente, constituído de atos que principiêm a concretização do tipo penal” (*Código Penal Comentado*, p. 180).

2. Analisando o fato, trata-se de um grupo bem organizado cujos membros possuem tarefas pré-determinadas. Assim, não se trata de uma associação criminosa eventual, pois houve prévio ajuste dos réus de praticar crimes contra as agências bancárias. Consta, ainda, nos autos que os acusados praticaram o delito de roubo na agência da CEF de Curitiba/PR. E, tendo em vista a apreensão dos maquinários que seriam utilizados para arrombamentos de cofres e paredes, das armas de fogo de numeração raspada, dos documentos pessoais falsificados e dos veículos de procedência duvidosa, nos permite concluir que os réus utilizar-se-iam do mesmo *modus operandi* para cometer delito contra a agência da CEF na Avenida Paulista. Diante disto, o corte de cabo telefônico e de fibra ótica que causou a perda do monitoramento *on line* que protegia a agência da CEF da Avenida Paulista deu início ao ato de execução do delito em testilha, uma vez que a referida agência bancária esteve vulnerável à ação dos acusados.

3. Entretanto, constata-se que a conduta em exame não se subsume ao art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal. No caso em apreço, verifica-se que não dá para presumir se poderia haver violência ou grave ameaça às pessoas, tendo em vista que os acusados iniciariam efetivamente a sua conduta após o término do expediente bancário. Assim, verificada a não subsunção da conduta à norma classificada na denúncia, resta considerar o instituto da *emendatio libelli* e, nesse passo, tenho por aplicável outro tipo penal diante dos fatos narrados na inicial, porquanto o réu se defendeu de fato ali delineado que, a meu sentir, se encaixa em outra norma prevista na esfera de delitos contra o patrimônio capitulado no Código Penal, o que no caso em tela são os art. 155, § 4º, I e IV, c/c 14, II, do CP.

4. A materialidade delitiva restou efetivamente comprovada por meio do auto de prisão

em flagrante delito, autos de apresentação e apreensão veículo utilizado pelos réus, marretas, talhadeiras, furadeira elétrica, maçarico, cilindro metálico, pé-de-cabra, colete balístico, transformador elétrico), ofício expedido pela Telefônica (informando o corte do cabo telefônico), ofício expedido pelo Setor de Segurança da CEF (informando a interrupção das comunicações telefônicas na agência da Av. Paulista) e laudo de exame em máquinas e equipamentos.

5. Autoria comprovada ante o conjunto probatório carreado.

6. Crime de quadrilha armada também configurado ante os depoimentos das testemunhas realizados em inquérito e em juízo.

7. Conjunto de provas que torna indubitosa a existência do crime de uso de documento público falso.

8. A pena de multa será reduzida para o mesmo patamar fixado na pena corporal por questão de simetria e proporcionalidade.

9. Apelação ministerial parcialmente provida. Apelação defensiva desprovida. Redução, de ofício, da reprimenda pecuniária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação defensiva e dar parcial provimento ao recurso de apelação ministerial para o fim de condenar o acusado também como incurso na penas do artigo 155, § 4º, inc. I e IV c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2012.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo acusado *Emerson Jesus Ventura* contra a r. sentença (fls. 3124/3194) que, julgando procedente, em parte, a denúncia condenou Emerson ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado e 141 (cento e quarenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do maior salário mínimo mensal vigente à época dos fatos, como incurso no art. 288, parágrafo único, c.c. art. 61, inc. I, do Código Penal e art. 304, c.c. 297 e 61, inc. I, do Código Penal, em concurso material, absolvendo-o da imputação dos arts. 157, § 2º, incs. I e II, c.c. art. 14, II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

As penas restaram assim fixadas:

Para o art. 288, § único - 05 (cinco) anos de reclusão;

Para o art. 304, c.c. art. 297 - 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 141 dias-multa, somados por força de concurso material.

Em razões recursais (fls. 3216/3229) requer o Ministério Público Federal a reforma da

sentença para condenar o réu como incurso no crime de tentativa de roubo qualificado.

Alega, em síntese, a existência de indícios seguros da prática criminosa por parte do réu que vitimou a Caixa Econômica Federal, tendo participado dos atos de preparação para o roubo com o corte de cabos telefônicos da agência, facilitando a preparação e execução do crime.

Por essa razão, entende que não pode prevalecer o entendimento esboçado na sentença no sentido de que o corte de cabos telefônicos da agência seria ato preparatório e não início de execução do crime de roubo, “pois incerto quem seria a suposta vítima”, uma vez que iniciada a conduta típica na seara de execução do delito previsto no art. 157 do Código Penal em sua forma tentada, Acrescenta que nos crimes tentados não há necessidade indispensável de ato subsumível ao núcleo do tipo penal.

Aduz que o crime tentado não pode ser desqualificado pela atuação policial, não se tratando de crime impossível, nem flagrante preparado ou esperado, na tentativa de inviabilizar a materialidade delitiva.

Em razões recursais (fls. 3255/3259) Emerson volta-se contra a dosimetria da pena que foi imposta.

Alega não justificada a elevação da pena-base no dobro do mínimo legal, calcada em parâmetros subjetivos lançados na sentença, tais como: “todos parecem possuir personalidade voltada ao crime habitual, preferindo ganhos fáceis ao trabalho honesto (...) com culpabilidade acima da média”; “as consequências do crime de quadrilha são graves, já que uma agência bancária em Curitiba foi efetivamente vitimada, com prejuízo de cerca de cinco milhões de reais (fls. 437/44), cuja autoria é atribuída à mesma quadrilha”, não podendo ser considerado fato comprovado com sentença penal transitada em julgado, vedada a sua utilização como circunstância judicial desfavorável.

Pondera ainda que os antecedentes não lhes são desabonadores.

Irresigna-se contra o aumento de 1/4 (um quarto) da pena-base pela reincidência, uma vez que a jurisprudência sinaliza que a agravante não pode ultrapassar o patamar de 1/6 (um sexto).

No que tange a pena do crime de uso de documento falso, sustenta que a sentença incorreu em *bis in idem*, ao adotar os mesmos parâmetros (antecedentes em violação ao princípio da presunção de inocência) para majoração da pena, não tendo reconhecido a circunstância atenuante de confissão espontânea, em relação a esse crime, considerando-se a confissão do réu no interrogatório, fato admitido na sentença para a condenação, requerendo a defesa seja a atenuante compensada com a reincidência, em razão de vedação de dupla e indevida valoração da mesma circunstância.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal e pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 3281/3296v).

É o relatório.

Feito sujeito à revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Consta dos autos que, no dia 27 de janeiro de 2007, os acusados foram presos em flagrante, quando haviam iniciado a execução de crime de roubo qualificado que vitimaria a agência de penhores da instituição financeira Caixa Econômica Federal, localizada na Avenida Paulista, nº 1842, nesta Capital, tendo sido presos sob circunstâncias momentâneas e anteriores que permitiram concluir pela organização do grupo em quadrilha, com a manifesta finalidade de cometer delitos de roubo em prejuízo da rede bancária.

André Torres Zeni, Eric Jun Takemura e Emerson Jesus Ventura foram presos, armados de pistolas 380, na esquina da Rua Tamoios com a Avenida Washington Luis, nesta cidade de São Paulo/SP.

Estavam em um veículo modelo Corsa Sedan, placas DIQ4709-SP, em cujo porta-malas havia um colete a prova de balas, cilindros de oxigênio, maçaricos, furadeiras elétricas manuais, macacos hidráulicos, marretas, talhadeiras, pés de cabra, entre outros materiais, cuja serventia seria, naturalmente, perfurar, cortar, e arrombar as instalações que dariam acesso à parte interior do cofre da agência de penhores da CEF.

Por indicação de André, Eric e Emerson, foi preso, logo após, naquelas proximidades, na esquina da Rua Barão de Goiânia com Av. Washington Luis, Waldemir de Oliveira, a bordo de um veículo modelo Gol, placas DMS2516-SC. Neste veículo, havia, no interior do porta-malas, cilindros de acetileno e de oxigênio, os quais se prestariam à alimentação de maçaricos, bem como um transformador de energia de grande capacidade. A propósito da serventia destes materiais que foram encontrados com os denunciados, para servirem à finalidade do roubo, indica-se o laudo pericial de fls. 392/398. Na ocasião da prisão, André e Eric sacaram suas armas, em resistência à ação policial. As armas eram pistolas 380, com numeração raspada (fls. 43/44 e pedido de perícia às fls. 134/135). Incidiram, dessa forma, nas penas dos arts. 329 do Código Penal e nas do art. 16, inc. IV, da Lei nº 10826/2003. Emerson Jesus Ventura, por sua vez, se apresentou aos policiais com uma carteira de identidade em nome de Emerson dos Santos, incidindo no crime previsto no art. 304, c.c. art. 297, do Código Penal (fl. 70 e pedido de perícia à fl. 280).

Finalmente, sem saberem, ainda, da prisão de seus comparsas, na tarde do próprio dia 27 de janeiro de 2007, quando estavam nas imediações da agência de penhores da Caixa Econômica Federal da Avenida Paulista, Leandro Monfardini Silva e Valdir Silva Souto foram detidos pela equipe policial que atuava no caso. Estes conduziam o veículo Montana Conquest, placas DQE1453-SP, portavam cinco aparelhos de telefones celulares e Leandro possuía um comprovante de estacionamento do veículo Parati, placas FUI8448-SP. Na ocasião, Valdir apresentou para se identificar aos policiais um CPF em nome de Alex Ribeiro Junior, praticando, com esta conduta, o crime previsto no art. 304, c.c. 297, ambos do Código Penal. Às fls. 370/378 e 380, Laudo Pericial e solicitação de perícia a indicar que o denunciado Valdir se valia de documentos falsos para se fazer passar pela pessoa de Alex Ribeiro Junior, quais sejam, cartão da instituição de ensino Mackenzie e dois cartões da instituição financeira Bradesco (fl. 37), indicando a prática do crime previsto no art. 304, c.c. art. 298, por três vezes, do Código Penal.

Diz a denúncia que a materialidade delitiva do crime de roubo, na modalidade tentada, está evidenciada pelos documentos de fls. 296/298 e 321, que comprovam o corte da fibra ótica que enviava sinais que propiciavam o monitoramento *on line* da agência de penhor, impedindo o funcionamento do sistema de alarme da agência, fato que deu início à ação delituosa que acabou frustrada pela eficiente ação policial. O corte da fibra ótica ora narrado ensejou a ausência de sinal telefônico em mais de quinze mil linhas.

A Caixa Econômica Federal informou que a Central de Monitoramento responsável por monitorar as imagens da agência da Avenida Paulista constatou que às 17:25 horas de 27 de janeiro de 2007 ocorreu uma interrupção na comunicação das linhas telefônicas tanto na agência mencionada como na própria central de monitoramento. Completou a informação aduzindo que a situação de inoperância das linhas telefônicas, que teve como consequência o corte nas comunicações entre a central de monitoramento e a agência, perdurou até o dia 29 de janeiro, inclusive, tendo sido constatado pela empresa Telefônica um *rompimento não natural do cabeamento telefônico que atende os locais acima descritos*.

Ação idêntica a esta foi realizada por ocasião do roubo que vitimou uma agência da Caixa Econômica Federal no bairro de Bacacheri, em Curitiba/PR, em outubro de 2006. Todos os acusados são indiciados pela prática de tal roubo (fls. 383) e André, Leandro e Eric foram reconhecidos como autores pelas vítimas (fls. 379). Saliente-se que entre os citados como integrantes da quadrilha especializada em roubos a instituições financeiras, a partir do mencionado crime em Curitiba/PR, figuram, sem exceção, todos os denunciados a teor do documento policial de fls. 163/168.

O crime de quadrilha também se mostra aperfeiçoado, pois os acusados eram organizados de forma estável e permanente para a prática de crimes, como se infere do conteúdo de fls. 163/168 e fls. 379 e 383. As próprias circunstâncias em que se efetivaram as prisões demonstram que havia minuciosa divisão de tarefas para a consecução do delito, que não ocorreria sem prévios acertos e reuniões entre os denunciados, fato que denota o prévio ajuste entre os mesmos. Os antecedentes dos denunciados também atestam que têm as vidas voltadas para a prática de crimes. Fazem uso de armas para a prática dos crimes, como se infere da leitura desta denúncia, tratando-se de bando armado. Diante do exposto o Ministério Público Federal denunciou, dentre outros, o acusado Emerson Jesus Ventura como incurso nas penas do art. 288 do Código Penal, art. 157, § 2º, inc. I e II, do Código Penal e art. 304 c.c. 297, do mesmo estatuto.

Em relação a Emerson, é de seu interrogatório a seguinte narrativa (fls. 1509/verso):

são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; apenas usou documento falso de identidade; não praticou os outros delitos; é de Joinville/Santa Catarina e veio a São Paulo apresentar a filha mais nova à avó de sua esposa; no dia dos fatos, num sábado pediu para o seu cunhado Roni o levar atrás do aeroporto de Congonhas, na casa de seu primo; Roni o deixou no local e foi embora, mas seu primo não estava; avisou uma vizinha da casa da frente que estaria em uma padaria próxima ao local; conheceu o co-réu André na feira do automóvel, pois trabalha em uma garagem de carro; a caminho da padaria, ligou para o co-réu André para saber se ele tinha um carro para vender e André disse que tinha um Corsa Sedan 2004, prata; André disse que estava próximo do local; quando estava saindo da padaria, se depa-rou com André estacionando, na companhia do co-réu Eric; André falou para o interrogado entrar no carro que iria dar carona a Eric e o interrogado já olhava o carro; costuma andar com cartões de clientes no bolso; cerca de dez metros depois, encostou um Corsa Bordô ao lado direito do veículo, cujo motorista efetuou diversos disparos na direção do veículo em que estava; André foi baleado; o carro em que estava entrou na contramão e bateu de frente com um caminhão; mesmo com carro parado, foram efetuados diversos disparos de outros carros, pois havia outros dois veículos atrás desses; não viu ninguém armado no veículo; André e Eric não atiraram contra os veículos; não conhecia Eric; era a segunda vez que via André; não conhece os demais co-réus; não tem apelido e não é conhecido como “Jabá”; depois dos disparos foi arrancado para fora do carro e agredido; as pessoas que atiraram não

se identificaram; somente soube que eram policiais porque foi levado para a Polícia Federal; não viu se havia algo no porta-malas do Corsa em que estava; não estava armado; apresentou carteira falsa, porque está sendo processado por furto tentado; já foi processado por furto e roubo; antes de ser preso, trabalhava numa loja de carros, auferindo cerca de R\$ 1300,00, por mês; não foi ouvido na Polícia Federal, pois não o deixaram falar.

Reinterrogado, disse que ratificava o anterior interrogatório à exceção de que foi processado por furto e roubo já que nunca foi processado por roubo e foi absolvido por furto. (fls. 3019)

Quanto ao tipo de roubo qualificado tentado, a sentença veio fundamentada nos seguintes termos:

No que tange à tentativa de roubo, em que pese a erudita tese defendida pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais, incluindo na tentativa atos que, embora ainda não sendo propriamente de execução, vincular-se-iam, no contexto, com esta, entendo que tal entendimento não é admissível à luz do disposto no art. 14, II, do Código Penal, que exige, na caracterização da tentativa, o início da execução, entendido este como o início da realização do fato que a lei define como crime, o tipo.

A propósito, é de notar que os atos preparatórios não se confundem com os de execução. Estes, embora possibilitem a prática do crime, pois incerto quem seria a suposta vítima, como alegam as defesas unisonamente.

É certo, por outro lado, que houve a apreensão de duas armas ilegais (fls. 36, 63/64), equipamentos que se prestam a arrombar cofres e paredes (fls. 64, 105, 446/452), colete balístico (fls. 64), celulares em quantidade anormal (fls. 38, 63, 104), documentos pessoais falsos, que davam a três dos co-réus (Valdir, Emerson e Leandro) identidade falsa (cuja descrição e análise serão feitas mais adiante), veículos em nome de terceiros, sem origem lícita comprovada, utilizados pelos réus (fls. 37, 59, 61, 104, 106, 187/191, 217/218, 279/282, 284/285 290/291, bem como o corte criminoso da rede de telefonia subterrânea nº 74807, existente na Avenida Paulista, esquina com a Rua Peixoto Gomide (fls. 350), que causou interrupção na comunicação entre a Central de Monitoramento e a agência de penhores da Caixa Econômica Federal por ela monitorada (fls. 375). Tais fatos parecem indicar, em seu conjunto, o início de uma ação criminosa, como defende o Ministério Público Federal, muito provavelmente, o roubo da agência de penhores da CEF localizada na Av. Paulista nº 1.842, como apontou a Polícia Federal do Paraná ao relatar o andamento da operação policial denominada “CEF”. (...)

Pelo histórico da quadrilha, que já vitimara em Curitiba/PR uma agência de penhores da Caixa Econômica Federal no bairro Bacacheri, bem como pela presença de máquinas e equipamentos que podem perfeitamente prestar-se para arrombamento de cofres, é possível dizer, como quer o Ministério Público Federal, que a ação criminosa da quadrilha teve, de fato, início com o corte criminoso do cabo telefônico e da fibra ótica diretamente relacionados com o sistema de monitoramento e de segurança da agência de penhores da Caixa Econômica Federal localizada na Av. Paulista, deixando-a no escuro, portanto vulnerável à ação de criminosos. No entanto, pelas provas colhidas na instrução, entendo que não há elementos objetivos seguros que demonstrem, efetivamente, que o alvo da ação criminosa do grupo era, de fato, a referida agência bancária da CEF. É que EMERSON, ANDRÉ ERIC, WALDEMIR foram presos bem distante da agência bancária que seria vitimada, nas proximidades do aeroporto de Congonhas, horas antes do corte do cabo telefônico. VALDIR e LEANDRO estavam na rua quando presos, dentro de um veículo, sem armas e equipamentos de arrombamento, e não junto à agência de penhores da CEF da Av. Paulista, que seria o alvo da quadrilha.

Cumpre, ainda, lembrar que o citado corte de cabos telefônicos paralisou 15.000 (quinze mil)

assinantes da Telefônica (fls. 350/353), além de interromper as comunicações entre a Central de Monitoramento e a agência da CEF acima referida. Tudo indica, é certo, que havia outro (s) indivíduo(s) da quadrilha que executou (aram) o corte criminoso daqueles cabos telefônicos, com o intuito de facilitar o roubo daquela agência, cuja preparação e execução continuaram mesmo após a prisão de 6 (seis) de seus integrantes. Registre-se que, no bojo destes autos não foram denunciados o suposto parente e associado de EMERSON, Fernando César da Silveira, com endereço na Rua Capiberibe, 621, nesta Capital, de cuja residência os petrechos de arrombamento de cofres consta terem sido carregados, nem tampouco o outro suposto integrante da quadrilha, Samuel de Paula, vulgo Samuca, que estivera no Hotel Formule 1, em companhia de Waldemir no período de 26-09-2006 (fls. 217/218), o que, indiretamente, explica tal fato. Mas, pela impossibilidade de se determinar com certeza quem ou qual seria a vítima, alvo da ação criminosa da quadrilha, e também pela impossibilidade de se consumir o arrombamento dos cofres da Caixa Econômica Federal em razão da prévia apreensão de máquinas e equipamentos destinados para tanto, os réus se beneficiam do “in dubio pro reo”, inclusive EMERSON, ao menos em relação ao crime de roubo tentado, sem embargo de caracterização do crime de quadrilha ou bando, cuja configuração, no seu aspecto objetivo e subjetivo, será a seguir examinada.

O réu foi absolvido, pois, pelo delito de roubo qualificado na modalidade tentada (art. 157, § 2º, I e II c/c. art. 14, II, do CP).

O cerne da controvérsia posta no recurso ministerial cinge-se à análise da questão referente à individualização da possível vítima do crime de tentativa de roubo qualificado, bem como se o corte do cabo telefônico e de fibra ótica constitui em ato preparatório ou executório do delito em apreço.

Pois bem. Por primeiro, cabe ressaltar que o art. 14, II, do CP adotou a teoria objetiva segundo a qual, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, “o início da execução é, invariavelmente, constituído de atos que principiem a concretização do tipo penal” (*Código Penal Comentado*, p. 180).

A doutrina subdivide esta teoria em várias correntes, sendo certo que, o que está sendo debatido nos presentes autos, é a predominância de uma delas na resolução do presente caso.

O MM. Juiz *a quo* entendeu que o corte dos cabos telefônicos e de fibra ótica foi um ato preparatório, logo impunível. De certa maneira, o magistrado de primeiro grau adotou o critério objetivo-formal.

Por outro lado, o Ministério Público Federal defende a tese de que o critério a ser utilizado na resolução do presente caso é o objetivo-material. Por este critério, o delito inicia com a ofensa ao bem jurídico tutelado. Em razão disso, o MPF entende que o crime iniciou com o corte de cabo telefônico e fibra ótica. Em seguida, salienta que a tentativa inicia-se com a execução do delito e não com o início do núcleo do tipo (no caso, pelo verbo “subtrair”).

Portanto, na hipótese em tela, verifico que há uma linha tênue em distinguir o que consistiria em ato preparatório e ato executório. Assim, cotejando os posicionamentos doutrinários acima expostos, entendo que restou configurada a tentativa.

Considerando as informações da Polícia Federal do Paraná, os acusados fazem parte de uma organização especializada em praticar delitos de roubo precedidos de sequestros em desfavor de instituições financeiras, sendo certo que, ultimamente, o objetivo do grupo era roubar uma agência bancária localizada na região metropolitana de São Paulo.

Desponta dos autos tratar-se de um grupo bem organizado cujos membros possuem

tarefas pré-determinadas. Não se trata de uma associação criminosa eventual, porquanto houve prévio ajuste dos réus na prática de crimes contra as agências bancárias.

Consta, ainda, dos autos que os acusados praticaram o delito de roubo na agência da CEF de Curitiba/PR. E, tendo em vista a apreensão dos maquinários que seriam utilizados para arrombamentos de cofres e paredes, das armas de fogo de numeração raspada, dos documentos pessoais falsificados e dos veículos de procedência duvidosa, é de se concluir que os réus utilizar-se-iam do mesmo *modus operandi* para cometer delito contra a agência da CEF na Avenida Paulista.

Diante disto, entendo que o corte de cabo telefônico e de fibra ótica que causou a perda do monitoramento *on line* que protegia a agência da CEF da Avenida Paulista deu início ao ato de execução do delito em testilha, uma vez que a referida agência bancária esteve vulnerável à ação dos acusados.

Entretanto, constato que a conduta em exame não se subsume ao art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal que dispõe *in verbis*:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º. A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há concurso de duas ou mais pessoas.

No caso em apreço, verifico que não poder ser presumida a violência ou grave ameaça às pessoas, tendo em vista que os acusados iniciariam efetivamente a sua conduta após o término do expediente bancário. Consoante ofício do Departamento de Segurança da CEF, a Central de Monitoramento “responsável por monitorar as imagens da ag. Av. Paulista constatou que às 17:25h de 27 de Janeiro pp ocorreu uma interrupção na comunicação das linhas telefônicas tanto na agência acima mencionada como na própria Central de Monitoramento”.

Assim, não verifico a subsunção da conduta à norma classificada na denúncia, restando considerar o instituto da *emendatio libelli* e, nesse passo, tenho por aplicável outro tipo penal diante dos fatos narrados na inicial, porquanto o réu se defendeu de fato ali delineado que, a meu sentir, se encaixa em outra norma prevista na esfera de delitos contra o patrimônio capitulado no Código Penal, o que, no caso em tela, é o art. 155, § 4º, I e IV, c/c 14, II, do CP.

A materialidade delitiva restou efetivamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante delito, autos de apresentação e apreensão (em que apreendidos armas de fogo, veículo GM Montana utilizado pelos acusado Valdir e Leandro, telefones celulares, veículo GM Corsa Sedan utilizado pelos réus Eric e André, marretas, talhadeiras, furadeira elétrica, maçarico, cilindro metálico, pé-de-cabra, colete balístico, veículo VW Gol utilizado pelo corréu Waldemir, transformador elétrico), ofício expedido pela Telefônica (informando o corte do cabo telefônico), ofício expedido pelo Setor de Segurança da CEF (informando a interrupção das comunicações telefônicas na agência da Av. Paulista) e laudo de exame em máquinas e equipamentos.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

O acusado, ao ser ouvido em juízo, disse que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros.

No entanto, a testemunha George Lincoln Alves Franco, agente da Polícia Federal, disse que Emerson, vulgo Jabá, e os demais réus são conhecidos ladrões de bancos, indivíduos que estavam sendo investigados em razão de participação em roubo ocorrido em outubro de 2006 contra a agência de penhores da Caixa Econômica Federal no bairro de Bacacheri/Curitiba e que soube por informações que mais dez ladrões se deslocariam para a capital paulista para praticar ação criminosa semelhante àquela perpetrada no Estado do Paraná; que reportou os fatos ao Delegado da Polícia Federal e recebeu autorização para deslocar a equipe a São Paulo; que recebeu informações no sentido de que Waldemir e Emerson teriam arregimentado outros ladrões para participarem da ação; que soube estar programado o roubo a agência de penhor da CEF; que na data André e Eric estavam acompanhando Emerson na data da prisão, tendo sido feita a apreensão no veículo; que quando estava nas proximidades da agência de penhor da Av. Paulista houve ocorrência de desativação de alarme e comunicação na Central de Monitoramento responsável pela agência.

As testemunhas Herbert Schiller e Luiz Otávio Novaes Amaral de Oliveira, agentes da Polícia Federal, disseram que participaram da diligência que resultou na prisão do acusado.

Desse modo, dúvida não há no sentido da sua participação nos fatos, razão pela qual dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu pelo crime de tentativa de furto qualificada, como exposto acima. Dúvida não há de que se tratava de organização criminosa bem estruturada e organizada, voltada à prática de gravíssimos crimes contra o patrimônio, especialmente, roubo a agências bancárias.

Passo ao exame da dosimetria das penas, analisando as razões apresentadas pela defesa em seu recurso, bem como a fixação da pena pelo delito de tentativa de furto qualificado, lembrando que a defesa exprime inconformismo apenas em relação à dosimetria das penas, conformando-se com a parte condenatória da sentença.

Da Dosimetria da pena

a) Tentativa de furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. I e IV c/c art. 14, II, do CP).

Na primeira fase, fixo a pena-base do crime de furto qualificado acima do mínimo legal, tendo em vista que o acusado faz parte de uma bem estruturada organização criminosa voltada à prática de delitos patrimoniais, com inúmeros integrantes, muitos deles ainda não identificados.

Ademais, o acusado não é primário e ostenta maus antecedentes.

As certidões criminais (fls. 3068/3069, 3071, 3074/3075, 3076/3077, 3079, 3083, 3085, 3086, 3088 (condenado por furto qualificado, trânsito em julgado da sentença em 16/12/2005) 3090, 3094, 3097, 3102 (condenado por roubo qualificado e quadrilha armada, trânsito em julgado da sentença em 25/08/2008, 3103, 3106, 3018, 3111 (condenado por furto qualificado tentado, sentença de 03/03/2009, extinta a punibilidade), tendo condenação a torná-lo reincidente.

Diante das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, à vista dos motivos da culpabilidade e censurabilidade da conduta que reputo acima do normal para o tipo, aplico a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo a ser corrigido por ocasião da execução.

Ausentes circunstâncias atenuantes. No entanto, deverá ser reconhecida a agravante de reincidência (art. 61, I, 63 e 64), razão pela qual fixo a pena em 03 anos e 06 meses de reclusão e 17 dias-multa.

Na terceira fase, em razão da tentativa, reduzo a pena pelo patamar de 1/3 (um terço),

tendo em vista que houve o início da execução do delito de furto qualificado mediante o corte de cabo telefônico e de fibra ótica que causou a perda do monitoramento *on line* que protegia a agência da CEF, de forma que o *iter criminis* restou quase integralmente percorrido pelos apelantes.

Dessa forma, fixo a pena em 02 (dois) e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Da dosimetria da pena em relação aos demais crimes.

O magistrado de primeiro grau agiu corretamente ao elevar a pena-base acima do mínimo legal para o delito de quadrilha, em razão do seu estruturado *modus operandi* e a alta periculosidade dos agentes. Desse modo, mantenho a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, nenhum reparo merece também ser feito, pois o apelante é reincidente, tendo perpetrado o crime em questão após ter sido definitivamente condenado por delito anterior, conforme demonstram as certidões acostadas aos autos, incidindo, assim, a agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal, bem dosada no patamar de 1/4 (um quarto), perfazendo, pois, a pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, incide a causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo 288 do Código Penal (aplicação da pena em dobro), pois restou comprovado tratar-se de quadrilha armada, perfazendo a reprimenda final de 05 (cinco) anos de reclusão.

Do uso de documento público falso (art. 304 c/c art. 297 do CP).

Observadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, o réu não é primário e ostenta maus antecedentes conforme acima explicitado. Desse modo, mantenho a pena-base fixada em 03 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, há incidência da agravante de reincidência, o que resultou na pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Apesar de o réu ter confessado o crime, correta a preponderância da reincidência em face da atenuante da confissão, já que de caráter pessoal, reveladora, pois, da personalidade distorcida do réu. Anoto ainda que a confissão foi parcial, porquanto em seu interrogatório disse o réu que usou documento falso para se furtar das imputações de furto e roubo que sobre si pairavam, porém, no reinterrogatório, disse não ser verdade que fez uso de documento para aquele fim.

Dessa forma, a reprimenda final será mantida em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

E quanto a pena de multa, reduzo a pena aplicada, de ofício.

Na primeira fase, o MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal em 03 (três) anos de reclusão e 141 (cento e quarenta e um) dias-multa. Entretanto, por questão de simetria e proporcionalidade, a pena de multa deve corresponder ao mesmo patamar fixado na pena corporal. Tendo em vista que a pena privativa de liberdade foi majorada na proporção de 1/2 (metade), a multa será fixada em 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a agravante de reincidência. Assim, por força dos mesmos critérios, a pena de multa deverá ser fixada em 17 (dezesete) dias-multa, uma vez que a pena privativa de liberdade foi aumentada ao patamar de 1/6 (um sexto).

Na terceira fase, ausente causa de aumento e diminuição da pena, fixo a pena de multa

em 17 (*dezesete*) dias-multa, mantida o valor unitário fixado no *decisum*.

O regime inicial fechado deve ser mantido tendo em vista que os apelantes apresentam circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 33, 3º, CP), conforme fundamentação supra.

Incabível a substituição da reprimenda corporal por penas alternativas, porquanto ausentes os pressupostos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Por fim, incide no caso em tela, o concurso material de crimes com somatória das penas.

Restam, pois, definitivamente impostas as penas de:

Para o crime de tentativa de furto qualificado - 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa;

Para o crime de quadrilha - 05 (cinco) anos de reclusão;

Para o crime de uso de documento falso - 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 17 dias-multa.

Incidente a norma prevista no art. 69 do Código Penal, fixo a pena definitiva de 10 (*dez*) anos e 10 (*dez*) meses de reclusão e 28 (*vinte e oito*) dias-multa, à razão do mínimo legal corrigido monetariamente quando da execução, mantida, no mais, a r. sentença.

Ante todo o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação defensiva, e *dou parcial provimento* ao recurso de apelação ministerial para o fim de condenar o acusado como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, inc. I e IV c/c art. 14, II, art. 288 e 304, c.c. art. 297, todos do Código Penal.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0007396-94.2009.4.03.6110
(2009.61.10.007396-0)

Apelante: OSNY CARDOSO WAGNER
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 47615
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2012

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. FRAUDE A LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NATUREZA FORMAL DO DELITO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A materialidade restou provada pelo relatório parcial da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das ambulâncias”, no qual é descrito o convênio nº 1.706/06, realizado entre a Prefeitura de Itaberá (SP) e o Ministério da Saúde para a entrega de ambulância, cuja emenda parlamentar para a obtenção de recursos públicos é de autoria do bispo Wanderval, pela Auditoria nº 4.717, realizada pelo Ministério da Saúde e pela Controladoria Geral da União na Prefeitura Municipal de Itaberá para verificar a execução do Convênio nº 1.706/02, celebrado para a compra de uma ambulância por meio do Procedimento Licitatório nº 33 e Tomada de Preços nº 5/03, conclusivo da existência de várias irregularidades formais, além de prejuízo ao erário e pelo contrato de compra de uma ambulância, tendo como contratante o acusado e como contratada a empresa Klass, representada por Sinomar Martins Camargo.
2. Restou provado que o réu aderiu ao esquema de uma organização criminosa denominada “Máfia das Sanguessugas”, com atuação perante o Poder Legislativo Federal e os Poderes Executivos Municipais.
3. A atividade se iniciava com a participação de parlamentares que propunham emendas ao orçamento da União, de modo a obterem verbas que eram utilizadas na aquisição de ambulâncias a serem entregues, por meio de convênios, a prefeituras previamente conluiadas, as quais realizavam licitações irregulares, cujos objetos eram adjudicados a empresas constituídas pelo grupo crimino.
4. O crime de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação de bem, é de natureza formal, não exigindo, para sua configuração, resultado naturalístico consistente em prejuízo para a Administração ou obtenção efetiva de vantagem ao agente. É suficiente, assim, a frustração do caráter competitivo do certame, que, no caso, restou devidamente provado.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de junho de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Osny Cardoso Wagner em face da sentença que julgou procedente o pedido e o condenou a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, regime inicial aberto, e ao pagamento de R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais) a título de multa, corrigido monetariamente, pela prática do crime do art. 90 c.c. o art. 99, ambos da Lei nº 8.666/93. Por força do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, foi fixado como reparação dos danos causados pela infração o valor de R\$ 11.417,52 (onze mil, quatrocentos e dezessete reais e cinquenta e dois centavos) (fls. 896/925).

O apelante alega o quanto segue em suas razões recursais:

a) o réu foi denunciado por supostamente fraudar licitação na modalidade tomada de preços, realizada pelo Município de Itaberá em 2003, em prol do grupo criminoso chamado “Máfia das Sanguessugas”;

b) a denúncia baseou-se em meras conjecturas, não confirmadas em Juízo;

c) não há prova do dolo de fraudar procedimento licitatório;

d) o acusado não teve conhecimento de quaisquer irregularidades em relação ao certame para a aquisição de unidade móvel de saúde;

e) não há prova de que o acusado tivesse ciência de que adquiriu bem superfaturado ou mesmo por preço superior ao de mercado;

f) o acusado tão somente, como prefeito do Município de Itaberá, assinou o convênio e os atos do processo licitatório por ser essa sua incumbência;

g) não é possível sustentar o decreto condenatório com base em indícios;

h) o fato de a empresa vencedora do certame integrar a “Máfia das Sanguessugas” não é suficiente para se concluir pela responsabilidade do réu;

i) o fato de as contas do exercício em que houve o processo licitatório terem sido aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e, sobretudo, o fato de as contas terem sido aprovadas pelo Órgão Técnico do Ministério da Saúde, conforme consta do item 3.5 do relatório da DENASUS, indicam a falta de dolo do acusado de fraudar procedimento licitatório;

j) a acusação não logrou demonstrar qual a conduta ilícita praticada pelo apelante e qual a vantagem econômica indevida em prejuízo da União e do Município de Itaberá;

k) não foram apontadas as implicações de as folhas do processo administrativo não estarem numeradas, não sendo essa atribuição do prefeito;

l) a não indicação de Presidente da Comissão de Licitações e a circunstância de o edital ter sido assinado somente pelo prefeito, sem indicação da data, constituem mera irregularidades;

m) não era necessária a pesquisa prévia de preços, primeiro porque, ao destinar ao Município R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais) para aquisição de uma ambulância, sobre o qual se deveria acrescentar a contrapartida de R\$ 13.200,00 (treze mil e duzentos reais), o Ministério da Saúde teria realizado a pesquisa prévia e atribuído ao bem o valor de R\$ 79.200,00 (setenta e nove mil e duzentos reais) na data da assinatura do convênio (05.07.02) e, segundo, porque a prévia pesquisa de preços não é requisito legal para a tomada de preços;

n) foi realizada prévia pesquisa de preço pelo Executivo Municipal quando da elaboração do Plano de Trabalho e com certeza pelo Ministério da Saúde, que celebrou convênio da mesma espécie com dezenas ou centenas de municípios e culminou por aprovar o Plano de Trabalho elaborado pelo Município de Itaberá;

o) a falta de parecer jurídico prévio aprovando as minutas do edital e do contrato decorre tão somente da falta de corpo técnico especializado na Administração Municipal, que contava à época com um único cargo de assessor jurídico, cujo ocupante era responsável por toda a parte jurídica, administrativa e pelo contencioso judicial da Administração;

p) é indevida a alegação ministerial de que a impugnação ofertada ao primeiro edital pela empresa Iveco Brasil Ltda. teve por objeto provocar modificações em algumas exigências contidas no Anexo III do Edital, de modo a beneficiar terceiros; a impugnação foi oportuna e atendeu aos interesses da impugnante;

q) requer a redução da pena privativa de liberdade ao mínimo legal;

r) requer a exclusão da alínea *g* do art. 61 do Código Penal, sob pena de configurar *bis in idem*, na medida em que, ainda que o art. 90 da Lei de Licitações não trate de crime funcional típico, o apelante somente está respondendo a essa injusta acusação por ter sido prefeito do Município de Itaberá;

s) a pena de multa é excessiva e não proporcional à pena privativa de liberdade, razão pela qual deve ser reduzida;

t) deve ser excluída a condenação de reparação de danos pela infração, fixada de ofício pelo Juiz, tendo em vista que já há duas ações civis em curso em razão dos fatos, bem como porque não há pedido expresso na denúncia, não sendo assegurados ao apelante o exercício do contraditório e da ampla defesa (fls. 948/976).

Contrarrazões às fls. 978/982.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento da apelação (fls. 985/993).

Feito sujeito à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. O apelante foi denunciado pela prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93, como segue:

Consta dos autos que OSNI CARDOSO WAGNER com vontade livre e consciente, fraudou, mediante ajuste, combinação e outros expedientes, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

I - CONVÊNIO Nº 1706/2002

Nos autos do Procedimento Administrativo nº 1.34.000335/2006, cuja cópia reprográfica instrui a presente denúncia, apurou-se que o Município de Itaberá-SP firmou com a União, através do Ministério da Saúde, o *Convênio nº 1706/02* (fls. 281/288, Volume II), que teve por objeto a aquisição de unidade móvel de saúde tipo suporte básico. O termo do convênio foi assinado pelo denunciado que, naquela época, era o Prefeito do referido Município e pelo Ministério de Estado da Saúde, Barjas Negri.

O Convênio, descrito no plano de trabalho elaborado pelo Ministério Público da Saúde (fls. 289/304), foi celebrado aos 5 de julho de 2002, com período de vigência de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar daquela data. O valor total do Convênio foi de R\$ 84.688,00 (fls. 67), dos quais R\$ 66.000,00 foram repassados pelo Ministério da Saúde e R\$ 13.200,00 referentes à contrapartida do Município. R\$ 1.168,75 foram acrescidos pelo Município como contrapartida extra (fls. 66) e R\$ 4.319,25, proveniente de rendimentos de aplicação financeira (fls. 67). A liberação dos recursos ocorreu em 23/12/2002 (fls. 65/67).

O Convênio em questão foi objeto de auditoria realizada no período de 18 a 20 de setembro de 2006 pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS, gerando o Relatório de Auditoria nº 4717 (fls. 61/89, Volume I).

Para executá-lo, a Prefeitura Municipal de Itaberá, sob a chefia do denunciado, realizou dois procedimentos licitatórios: a *Tomada de preços nº 05/03*, Processo nº 33/03, para aquisição de 1 (um) veículo tipo ambulância (fls. 278/422), através do qual o denunciado praticou o delito ora narrado e a *Carta-Convite nº 18/03*, Processo nº 42/03, para aquisição de 1 (um) ventilador pulmonar portátil e de 1 (um) oxímetro de pulso portátil (fls. 136/276).

II - DA TOMADA DE PREÇOS Nº 05/2003

Aos 19 de fevereiro de 2003, o denunciado autorizou a abertura do processo licitatório (fls. 307) em epígrafe, com o objetivo de executar o já mencionado Convênio nº 1706/2002 (fls. 307). Logo em seguida, elaborou-se o edital respectivo (fls. 310/315), assinado pelo denunciado (fls. 314), sem indicação de data, publicado no D.O.E., DE 26/02/2003 e em três jornais da região, entre os dias 26/02 e 1º/03/03 (fls. 322/325). Tal edital *teria sido* ofertado a mais de uma dezena de empresas, conforme e-mails de fls. 327/343.

Por conta da impugnação efetivada pela empresa Iveco-Fiat, localizada no Município de Sete Lagoas/MG (fls. 345/348), o denunciado, em 13/03/03, com base no parecer da Procuradoria Jurídica (fls. 353/355), retificou o edital em despacho (fls. 356/357).

A alteração se deu quanto às características do veículo a ser licitado, a alguns itens relativos à regularidade fiscal e à qualificação técnica e à data para apresentação das propostas, que passou a ser 02/04/03 (fls. 359). Realizaram-se novas publicações nos jornais e o envio da retificação aos interessados (fls. 360/377), assinada pelo denunciado (fls. 359).

Na data aprazada, qual seja 02/04/03, apresentaram propostas apenas as empresas Klass Comércio e Representação Ltda. e Veteli Veículos e Peças Ltda. (fls. 379/399). A empresa Vetelli foi considerada inabilitada por não ter apresentado o Certificado de Regularidade com o FGTS. Saiu vencedora a Empresa Klass, única empresa que, efetivamente, participou do certame, representada, na ocasião, por Adalberto Testa Netto, cuja proposta foi no valor de R\$ 81.000,00 (fls. 400/401).

O resultado do julgamento foi publicado no D.O.E. e em jornais da região (fls. 403/405).

O denunciado, em 14/04/03, homologou o certame e adjudicou o seu objeto à empresa vencedora. O pagamento foi realizado em 30/04/2003 (fls. 78, Volume I). O contrato foi assinado por Sinomar Martins Camargo (fls. 409/413).

III - DO AJUSTE DO DENUNCIADO COM A “MÁFIA DAS SANGUESSUGAS”

Conforme consta às fls. 64, a liberação dos recursos necessários para a aprovação e execução do Convênio nº 1706/2002, partiu de Emenda Parlamentar consignada no orçamento do Ministério da Saúde, de autoria do então Deputado Federal Bispo Wanderval, um dos parlamentares acusados de participação no esquema denominado “Máfia das Sanguessugas” articulado pelos Vedoin e agregados, como citado por Luiz Antônio Trevisan Vedoin quando interrogado pelo Juízo da 2ª Vara da Justiça Federal em Cuiabá (fls. 1085/1086 do Anexo I). Esses fatos demonstram o envolvimento do Poder Executivo da Prefeitura de Itaberá/SP na chamada “Máfia das Sanguessugas”, por meio do denunciado, então chefe do Executivo municipal.

Embora a proposição de emendas ao orçamento seja prerrogativa do mandato parlamentar, os mencionados recursos orçamentários foram transferidos ao Município de Ibaberá/SP, com suporte num processo licitatório fraudulento - a Tomada de Preços nº 05/03 -, direcionado, previamente, para beneficiar a mencionada organização criminosa.

IV - DAS IRREGULARIDADES NA TOMADA DE PREÇOS Nº 05/03

Os auditores do DENAUS, ao analisarem os autos das licitações em questão, constataram que vários atos processuais não observaram, rigorosamente, as diretrizes traçadas pela Lei nº 8.666/93.

Verificou-se que, quem assinou o contrato, representando a empresa Klass Comércio e Representações Ltda., vencedora do certame em comento, foi Sinomar Camargo (fls. 413), membro de grande importância na “máfia das ambulâncias”, que já responde criminalmente por fatos atinentes à autuação do grupo criminoso no Processo nº 2006.36.00.007594-5, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Cuiabá/MT.

De fato, a empresa Klass Comércio e Representações Ltda. é citada incontáveis vezes pelo chefe da “máfia das ambulâncias” (fls. 972, 1003, 1005, 1007, 1033, 1036, Anexo I).

A propósito, Luis Antônio Trevisan Vedoin, em seu interrogatório prestado nos autos nº 2006.36.00.007594-5, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Cuiabá/MS (anexo I), afirmou que ele próprio constitui a empresa Klass Comércio e Representações Ltda. nos anos de 2002 e 2003 (fls. 972 do Anexo I).

A Auditoria do DENAUS listou diversas impropriedades que encontrou no processo da Tomada de Preços nº 05/03, tais como: falta de numeração em algumas folhas, não indicação do presidente da comissão de licitação, não realização de pesquisa prévia de preço, edital assinado somente pelo Prefeito e sem indicação da data, ausência de parecer jurídico aprovando as minutas do edital e do contrato e ausência de recibo de entrega/recebimento do edital (fls. 61/89).

Tais “inconformidades” tinham papéis importantes no conjunto dos atos desenvolvidos para fraudar e direcionar a Tomada de Preços em questão.

Constatou-se que, o valor praticado pela empresa vencedora, foi de R\$ 15.097,52 (quinze mil, noventa e sete reais e cinquenta e dois centavos) superior ao praticado pelo mercado, conforme planilha de fls. 80/82. Ou seja, houve considerável sobrepreço.

Além disso, observa-se que, no curso da Tomada de Preços nº 05/03, ocorreram manobras com finalidades claras de frustrar o caráter competitivo do certame. Merece destaque a perpetrada pela empresa Iveco Fiat. Referida empresa, localizada no Município de Sete Lagoas, MG, embora não constando entre as que teriam recebido o edital da licitação, protocolou, no dia 12/03/03, uma impugnação na Prefeitura de Itaberá, requerendo alterações nas características do veículo e, assim, tornar a licitação mais competitiva (fls. 345/351).

No entanto, ao analisar-se a citada impugnação, cotejando-a com o edital (fls. 315), com o parecer da Procuradoria Jurídica (fls. 354) e com a retificação do edital assinada pelo denunciado (fls. 359), percebe-se que, a rigor, com exceção da capacidade do tanque de combustível e da distância entre eixos (no edital constou 2,80 mm), não houve qualquer alteração nas características do veículo contidas no edital. Qual seria, por exemplo, a diferença entre

2,80 m e 2.800 mm, 1,50 m e 1.500 mm, 1,70 m e 1.700 mm?

Entretanto, como adiante se demonstrará, a razão principal dessa “impugnação” foi a de *provo-ocar modificações em algumas exigências contidas no Anexo III do Edital* (fls. 320) que, naquela fase do procedimento, ao que tudo indica, já haviam cumprido sua missão de afastar eventuais concorrentes.

Alguns itens do edital (Volume I) foram suprimidos ou alterados parcialmente, mais precisamente, os referentes às exigências de (a) apresentação prévia do Certificado do INMETRO (CVS), (b) de certidão da Procuradoria Geral do Estado, (c) de certidão negativa emitida pelo Procon, (d) de comprovação prévia para cadastro de que o veículo está sem alienação ou restrição (fls. 353/359).

As explicações para tais subterfúgios virão, mais adiante, do próprio Luiz Antônio Trevisan Vedoin.

Apesar de impugnar o edital e, praticamente, adequá-lo às suas exigências, a referida empresa não participou da licitação. Essa manobra, como já se adiantou, tinha propósitos presentes e futuros.

Não por acaso, conforme consta da Nota Fiscal nº 00446, de 23/04/03, o veículo adquirido na suposta licitação é, exatamente, o mesmo proposto pela impugnante (vide encarte às fls. 349/351), ou seja, um Iveco Modelo Daily 35.10. E mais, observando-se as notas fiscais de fls. 417/418, constata-se que o veículo que a Klass forneceu à Prefeitura de Itaberá teria sido adquirido da empresa Torino Comercial de Veículos Ltda., com endereço em Várzea Grande/MT, que, por sua vez, o teria adquirido da Iveco Fiat, localizada em Sete Lagoas/MT, a já conhecida impugnante.

Cabe registrar que, a citada Torino também prestava “serviços” à “Máfia das Sanguessugas”. A propósito, as palavras de Luiz Antônio Trevisan Vedoin (anexo I, fls. 973): “QUE o interrogando adquiria veículos para transformação, em unidade móvel, da empresa Torino Comercial de Veículos; QUE adquiriu veículos dessa concessionária até 2004; QUE o contato do interrogando, nessa empresa, se dava na pessoa de Thomaz; QUE a empresa Torino também foi utilizada algumas vezes para dar cobertura em processos de licitação: que a participação da empresa Torino nas licitações se dava com o pleno conhecimento do acusado Thomaz (...)”.

Tudo mostra que, o edital, originalmente, foi elaborado pelo próprio grupo ímprobo, ou, no mínimo, com a sua orientação, visando restringir ou eliminar eventuais concorrentes. As alterações propostas na impugnação da Iveco Fiat, bem como as outras ocorridas por iniciativa da própria Prefeitura de Itaberá, através do denunciado, visaram, apenas, adequar os termos do edital aos interesses da empresa Klass, uma vez que naquele momento, muito provavelmente, já se tinha certeza de que, ao certame, não acorreriam outras empresas. Isso, ao final, acabou revertendo em benefício da Iveco Fiat, posto que, nessa armação, havia, certamente, um ajuste prévio em que o veículo seria, como de fato foi, fornecido por ela.

Esse era um dos meios adotados pelo grupo criminoso, principalmente, quando a modalidade de licitação era a tomada de preços. Luiz Antônio Trevisan Vedoin revelou (Anexo I, fls. 986/987): “(...) QUE nos casos em que a modalidade de licitação adotada era tomada de preços, o grupo se colocava à disposição da entidade beneficiada para elaborar o edital; QUE na maioria das vezes, o edital era elaborado conjuntamente: QUE *normalmente, eram inseridas algumas exigências no edital, as quais terminavam a dificultar a participação de outras empresas*; QUE entre esses documentos estavam: carta de referência do INMETRO; certificado de segurança veicular - CSV, também fornecido pelo INMETRO; três atestados de capacidade técnica, homologados pelo CREA; nota fiscal do veículo ofertado na proposta; certidão trabalhista; Procon; termo de continuidade da garantia do veículo transformado em unidade móvel etc.; QUE normalmente os prazos para a entrega dos veículos e equipamentos eram bastante reduzidos e, por outro lado, o prazo para o pagamento era estendido, exatamente para dificultar o fornecimento do bem; QUE pelo fato da homologação da licitação, empenho e pagamento estar a cargo dos prefeitos, sem exceção, *os prefeitos sabiam das circunstâncias*

em que a licitação iria ocorrer (...)” (grifamos).

E foi isso, com pequena variação, o que ocorreu com o processo licitatório da Tomada de Preços nº 05/03. Basta verificar o edital antes (fls. 310/315) e depois das modificações promovidas (fls. 359).

V - CONCLUSÃO

Não restaram dúvidas no sentido de que o referido certame, seguindo, rigorosamente, as fórmulas de manipulações criadas pela “Máfia das Sanguessugas”, foi fraudado, pelo denunciado, para direcionar o resultado em favor da empresa Klass Comércio e Representações Ltda.

O conjunto das irregularidades constatadas demonstra, de modo irrefutável, que denunciado, previamente mancomunado com a “Máfia das Sanguessugas”, forjou um arremedo de licitação com o intuito único de dar aparência de legalidade a um ato fraudulento, favorecendo, dessa forma, os seus idealizadores e executores, em prejuízo da União e da própria Administração Municipal.

Essa armação toda não teria a menor possibilidade de ocorrer sem a participação do denunciado. As empresas do citado consórcio criminoso jamais participaram, ou participariam, de uma licitação autêntica e idônea. Só lhes interessavam as direcionadas, feitas e montadas especialmente para atender os seus interesses. Essa garantia, obviamente, só poderia ser dada pelo denunciado, através da Administração Municipal.

Sendo assim, conclui-se que OSNI CARDOSO WAGNER, com vontade livre e consciente, fraudou, mediante ajuste, combinação e outros expedientes, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, incorrendo, portanto, nas sanções previstas nos artigos 90 e 99 da Lei nº 8.666/93. (fls. 630/634)

Materialidade. Apesar do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93 não exigir a comprovação da materialidade delitiva, tendo em vista sua natureza formal, os aspectos materiais restaram provados com base nos seguintes elementos de convicção:

a) relatório parcial da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das ambulâncias”, no qual é descrito o convênio nº 1.706/06, realizado entre a Prefeitura de Itaberá (SP) e o Ministério da Saúde para a entrega de ambulância, cuja emenda parlamentar para a obtenção de recursos públicos é de autoria do bispo Wanderval (fls. 8/19 e 22/23);

a) Tomada de Preços nº 05/03, relativo ao Processo de Licitação nº 33 para compra de ambulância pela Prefeitura Municipal de Itaberá, Convênio nº 1.706/02 assinado pelo acusado e pelo Ministro da Saúde, Sr. Barjas Negri, plano de trabalho aprovado, solicitação de retificação do edital, de impugnação pela empresa Iveco e da efetiva retificação (fls. 288/369);

b) Auditoria nº 4.717, realizada pelo Ministério da Saúde e pela Controladoria Geral da União na Prefeitura Municipal de Itaberá para verificar a execução do Convênio nº 1.706/02, celebrado para a compra de uma ambulância por meio do Procedimento Licitatório nº 33, por meio da Tomada de Preços nº 05/03, conclusivo da existência de várias irregularidades formais, além de prejuízo ao erário, como segue:

b.1) o processo de licitação foi identificado como o de nº 33, porém não há indicação clara da data em que foi protocolado;

b.2) entre as fls. 70 e 71 existem três folhas não numeradas e entre as fls. 71 e 72 existe uma folha não numerada;

b.3) não constam as fls. 95 a 100 do procedimento de licitação;

b.4) a portaria de designação não indica o presidente da comissão;

b.5) não foi realizada pesquisa de preço de mercado;

b.6) o edital foi assinado pelo prefeito e não por integrante da comissão de licitação, sem identificação da data da assinatura;

b.7) não há parecer jurídico aprovando as minutas do edital e do contrato;

b.8) em 12.03.03, a empresa IVECO FIAT BRASIL LTDA. encaminha documento impugnando o edital e sugerindo alterações na descrição técnica do objeto (protocolo 1.024/2003), o que foi acolhido pela Procuradoria Jurídica do Município, com a retificação do edital e reabertura dos prazos;

b.9) verificou-se apenas um recibo de entrega de edital assinado sem o CNPJ da empresa;

b.10) a empresa Klass Comércio e Representações Ltda. e a empresa Vetelli Veículos e Peças Ltda. se habilitaram para fornecer a ambulância, sendo que a segunda foi desabilitada porque deixou de apresentar certificado de regularidade do FGTS;

b.11) o objeto da licitação foi adjudicado à empresa Klass Ltda. (fl. 418), sendo que a nota fiscal do veículo, nº 0013673, foi emitida pela TORINO Comercial de Veículos Ltda. sem a indicação de valor;

b.12) conforme relatório de cálculo de prejuízo estimado pela U.M.S/Ordem de Serviço/CGU nº 185505, constatou-se a ocorrência de prejuízo estimado no valor de R\$ 11.417,52 (onze mil, quatrocentos e dezessete reais e cinquenta e dois centavos), considerando que o valor total estimado, incluindo avaliação de mercado do veículo e sua transformação em ambulância, foi de R\$ 69.582,48 (sessenta e nove mil, quinhentos e oitenta e dois mil e quarenta e oito centavos), e o valor pago foi de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais) (fls. 68/94);

c) adjudicação do objeto da licitação à empresa Klass Comércio e Representações Ltda;

d) contrato de compra de uma ambulância, tendo como contratante o acusado e como contratada a empresa Klass, representada por Sinomar Martins Camargo, o qual foi assinado em 14.04.03 (fls. 419/423);

e) nota fiscal da ambulância vendida pela empresa Klass (fl. 425/426).

Autoria. A autoria restou devidamente provada.

Luiz Antônio Trevisan Vedoin, empresário, prestou os seguintes depoimentos perante a 2ª Vara Federal de Mato Grosso, nos quais descreve minuciosamente a atuação criminosa do grupo posteriormente denominado “Máfia das Sanguessugas”, o qual chefiava, juntamente com seu pai Darci José Vedoin. O acusado admitiu o direcionamento de várias licitações para a entrega de ambulâncias por parte do Poder Público a prefeituras no País, com a participação de vários políticos e autoridades públicas:

Que entre os anos de 2002/2003, o interrogando constituiu a empresa Klass; (...) Que o interrogando adquiria os veículos para transformação, uma unidade móvel, da empresa Torino Comercial de Veículos; Que adquiriu veículos dessa concessionária até 2004; (...) o acusado Sinomar era responsável pelos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e parte do Estado de São Paulo (...). (fls. 970/982 do anexo)

Que o procedimento de direcionamento das licitações pode ser dividido, basicamente, em três fases; Que uma primeira fase consistia na obtenção de emendas parlamentares destinadas à saúde, para fins de aquisição de unidades móveis de saúde e de equipamentos médico-hospita-

lares; Que, normalmente, era pedido aos parlamentares que fizessem emendas genéricas, isto é, sem a definição da entidade beneficiada com os recursos; Que a não definição da entidade beneficiada facilitava os contatos nos municípios e nas entidades; (...) Que a segunda fase, do longo processo de direcionamento das licitações, consistia na elaboração dos pré-projetos e projetos junto ao Ministério da Saúde, para a celebração dos convênios; Que até o ano de 2004, o procedimento não estava informatizado, nem existia a fase do pré-projeto; Que o projeto era elaborado em meio físico, sendo que a assinatura dos prefeitos normalmente era colhida nos gabinetes dos parlamentares ou nos escritórios de parlamentares nos Estados; Que os projetos e os convênios eram assinados na presença dos parlamentares; Que nessa oportunidade, o parlamentar e o prefeito aproveitavam para acertar os detalhes do processo de licitação; (...) Que o objetivo na elaboração dos pré-projetos e projetos era trabalhar com os valores máximos do Ministério, para poder absorver todos os custos da operação; (...) Que a terceira fase do procedimento se referia propriamente ao processo de licitação; (...) Que nos casos em que a modalidade de licitação adotada era a tomada de preços, o grupo se colocava à disposição da entidade beneficiada para elaborar o edital; Que na maioria das vezes, o edital era elaborado conjuntamente; Que normalmente eram inseridas algumas exigências no edital, as quais terminavam a dificultar a participação de outras empresas; Que entre esses documentos, estavam: carta de referência do INMETRO; certificado de segurança veicular - CSV, também fornecido pelo INMETRO; três atestados de capacidade técnica, homologados pelo CREA; nota fiscal do veículo ofertado na proposta; *certidão trabalhista*; Procon; termo de continuidade da garantia do veículo transformado em unidade móvel etc.; Que normalmente os prazos para a entrega dos veículos e equipamentos eram bastante reduzidos e, por outro lado, o prazo para o pagamento era estendido, exatamente para dificultar o fornecimento do bem; *Que pelo fato da homologação da licitação, empenho e pagamento estar a cargo dos prefeitos, sem exceção, os prefeitos sabiam das circunstâncias em que a licitação iria ocorrer*; (...) Que o interrogando acredita não ter ocorrido superfaturamento, em razão das licitações sempre terem trabalhado com valores previamente aprovados pelo Ministério da Saúde. (...) *Que se os municípios não aceitassem as condições impostas pelos parlamentares, perdiam o dinheiro da emenda.* (fls. 983/997 do apenso)

Que o acusado foi responsável pela constituição e alterações contratuais nesse período das empresas Klass, Enir Rodrigues - EPP (...); Que essas três empresas, Santa Maria, Klass e Planam possuíam o mesmo endereço; (...) Que com relação ao acusado José Thomaz de Oliveira Neto, o interrogando esclarece que trata-se de um dos proprietários da empresa Torino, da qual as empresas Santa Maria, Klass e Planam adquiriram mais de 300 veículos; (...) Que mais tarde Sinomar veio a constituir a empresa Delta; Que até Sinomar desligar-se das empresas do interrogando, a empresa Delta dava cobertura nas licitações. (fls. 998/1.012 do apenso)

Que com relação ao Deputado Bispo Wanderval Santos, respondeu às perguntas que se seguiram: Que conheceu o parlamentar através do deputado Pastor Valdeci Paiva, no final do ano de 2001; Que realizou um acordo com o deputado, através do qual este receberia comissão de 10% sobre o valor das emendas destinadas para a área de saúde, para aquisição de unidades móveis de saúde. (fls. 1.082/1.101 do apenso)

Osny Cardoso Wagner, ao ser ouvido em Juízo, disse que atualmente trabalhava como lavrador e comerciante, tendo sido prefeito de Itaberá entre 2001 e 2004. Com relação ao Convênio nº 1.706/02, assinalou que foi realizado para adquirir uma ambulância para a cidade. Durante seu mandato lograra conseguir sete ambulâncias. As informações sobre os processos de licitação eram dadas pelo departamento jurídico da Prefeitura, chefiado por Carmen. Não se lembrava acerca da não indicação de data no edital. Afirmou se recordar da impugnação realizada por falta de documentos pela empresa Iveco. Salientou que não participava diretamente das licitações. Não conhecia o empresário Luiz Antônio Trevisan Vedoin nem a

empresa Klass. Não se recordava da alteração no edital de licitação da ambulância. Os bens eram obtidos por meio de seu projetista e por emendas parlamentares, sendo que trabalhava com o Deputado Federal Arnaldo Madeira. Não se lembrava a respeito da ausência de parecer jurídico no edital. Não conhecia a empresa Planan. Narrou que era comum ir a Brasília assinar convênios. Os integrantes da comissão de licitação já trabalhavam para a Prefeitura (fls. 854/855 e mídia de fl. 856).

Maria do Carmo, advogada, disse que trabalhara no departamento jurídico da Prefeitura Municipal de Itaberá, sendo a única integrante do departamento jurídico. Não participara da elaboração do edital ou do contrato, cuja responsabilidade era do setor de licitação. Manifestava-se apenas nos casos de impugnação e emitia parecer ao final em todos os processos. Com relação à tomada de preços objeto da denúncia, asseverou que tomara contato apenas quando foi apresentada impugnação da empresa fabricante do tipo de veículo. A impugnação dizia respeito a aspectos técnicos do veículo e também a respeito de documentos exigidos para habilitação. Com relação à especificação das medidas do veículo, constatara que havia erro material na distância entre eixos, tendo sugerido a padronização das medidas em milímetros. A certidão do IMETRO fora dispensada porque, conforme descrito na impugnação, somente poderia haver certificação após sua produção e adaptação. A certidão da PGE não era mais exigível dado que havia sido estabelecida certidão conjunta. Não tinha conhecimento de quantas empresas retiraram o edital e não havia comunicação com o prefeito durante o processo licitatório. A impugnação referia-se apenas ao INMETRO e à especificação técnica. O departamento jurídico também não participava da celebração de convênios. Havia uma consultoria que prestava serviço ao município. Dos integrantes do departamento de licitação, recordava-se de Ivanize Santos, Luis Rosa, Edson e Rejane Freitas. Fora adotada a tomada de preços por falta de empresas pré-cadastradas e também porque assim haveria possibilidade da participação de mais licitantes. Não tinha conhecimento se Luis Antônio Trevisan Vedoin ou o Deputado Bispo Vanderval Furtado estiveram na Prefeitura. O acusado responde também a ação de improbidade administrativa em razão deste processo. Nas licitações, era feita pesquisa prévia de preço, exceto quando se tratava de convênio, dado que o valor já vinha estabelecido no plano de trabalho (fls. 775/776).

Arlete Perina, funcionária pública, revelou que à época dos fatos era encarregada de licitações, sendo responsável pela elaboração de editais. A comissão de licitação era responsável pela análise dos documentos de habilitação e das propostas, bem como pelo julgamento. Fora a responsável pela elaboração do edital e também elaborava as atas das reuniões da Comissão. Não participava da alteração posterior do edital, feita pelo Departamento Jurídico. O réu nunca interferira nos processos de licitação, inclusive com relação ao objeto dos autos. Ivanize Santos, Luis Rosa e Rejane Freitas foram os integrantes da comissão permanente responsáveis pelo processo licitatório. Não participava da assinatura dos convênios nem da análise das impugnações. Para objetos simples, tinha liberdade para escolha da modalidade de licitação e, nos demais, a modalidade era passada por Nilson Oliveira. Esclarece que a decisão da impugnação fora feita pelo departamento jurídico, tendo a depoente feito o edital e cuidado da parte operacional, como a publicação. O departamento de licitação, do qual era encarregada, não fazia cotações de preços, os quais eram realizados pelo setor de compras da Prefeitura. Era funcionária da Prefeitura desde o ano de 1982 (fls. 777/778).

Ivanize de Camargo Santos, funcionária da Prefeitura, trabalhava como escriturária no serviço social e também compunha a comissão de licitação. Não participava do processo licitatório e da tomada de preços, objeto da denúncia. Relatou que, dos processos que participara, o

prefeito apenas assinava a adjudicação e o contrato. Não tinha contato com Nilson de Oliveira, não se recordando se ele decidia as modalidades licitatórias. A comissão era responsável pela análise dos documentos de habilitação e da proposta. Também era responsável pelo julgamento, de modo que o processo ia para o prefeito para adjudicação. No caso de convênios, o preço era definido diretamente era feita diretamente com os Ministérios (fl. 779).

Luiz Aparecido da Rosa, disse que, à época, era contador da Prefeitura, fazia parte da comissão de licitação, sendo responsável apenas pela análise dos documentos de habilitação. Narrou que, meia hora antes da reunião, tomava conhecimento do edital e, após a abertura dos envelopes, analisava os requisitos da habilitação. Revelou que o julgamento das licitações era feito por todos os membros da comissão. A entrega dos editais a empresas era realizada por Arlete e a comissão não decidia a modalidade de licitação. Relatou que Nilson era Chefe de Gabinete na época. Os membros da comissão participavam de todas as atividades, não havendo um presidente. Mencionou que, do processo de licitação específico, participaram Edson Moraes e Rejane Maria de Freitas, além do depoente. Se não se enganava, a empresa não habilitada deixou de apresentar a CND do FGTS. Como contador, era responsável pela prestação de conta dos convênios (fls. 780/781).

Rejane Maria de Freitas, funcionária da Prefeitura desde 1992, disse que na época compunha a comissão de licitação, a qual tomara contato com o edital poucas horas antes da abertura dos envelopes e fora a responsável pela análise dos documentos de habilitação e propostas. Disse que a escolha da modalidade não era feita pela comissão e não sabia quem era o responsável. Pela análise dos preços, se baseavam na cotação prévia e, em caso de convênio, no Plano de Trabalho (fl. 782).

Nilson Domingos de Oliveira, funcionário público, disse que em 2003 ocupava o cargo de Chefe de Gabinete, sendo responsável pela tributação. Com relação à licitação objeto da denúncia, mencionou que participara da decisão junto com o então Secretário da Saúde e com o Secretário de Administração e Finanças Antônio Américo Ravassi. Decidiram pela tomada de preços porque não havia empresas cadastradas e também pela amplitude da divulgação. Asseverou que o prefeito não participara da decisão, o qual não tinha ingerência no processo licitatório. Decidiram pela tomada de preços porque não havia empresas cadastradas e também pela amplitude da divulgação. Disse que, em geral, os parlamentares fazem as emendas e depois entram em contato com as prefeituras. O deputado Bispo Wanderval não possui qualquer relação com o município de Itaberá e não o conhecia. Soubera do convênio quando o mesmo já havia sido celebrado. Na época, o encarregado do setor de convênios era Lucélio Ubirajara dos Santos, funcionário de carreira. Mencionou que não havia um critério para definir a participação do depoente em licitações. Com relação à licitação objeto da denúncia, participara da escolha do procedimento, segundo encaminhamento do setor responsável (fls. 783/784).

Luiz Antônio Trevisan Vedoin, empresário, disse em seu depoimento que não conhecia pessoalmente o réu e que não negociara com ele diretamente. As vendas de unidades móveis no Estado de São Paulo eram de incumbência do representante Sinomar. Mencionou ter conhecimento da venda de uma ambulância para a Prefeitura de Itaberá. Era proprietário das empresas Santa Maria, Klass e Planam, as quais realizavam vendas em São Paulo. O depoente ratificou integralmente os depoimentos prestados perante a 2ª Vara Federal do Mato Grosso (mídia de fl. 762).

Márcia Maciel, enfermeira, auditora do DENASUS, disse que realizara uma avaliação do convênio para a compra de uma viatura para o município de Itaberá, se recordando que

houve glosa no convênio (fl. 804).

Kiyoshi Adachi, auditor da Controladoria Geral da União, disse que participara da auditoria do DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) referente à chamada “Máfia dos Sanguessugas”, nome dado pelo Ministério da Saúde, razão pela qual foram investigados cerca de quarenta municípios em São Paulo que realizaram convênios para a compra de ambulâncias. Com relação à Tomada de Preços nº 05/03, revelou que, segundo o relatório da auditoria, não ocorreram as pesquisas iniciais de preço (fl. 805).

Inês Maria de Arruda Cano disse que trabalha no DENASUS e que participara da auditoria que verificou o favorecimento da empresa Klass na venda de ambulâncias para a Prefeitura de Itaberá. Relatou que o favorecimento consistia especificamente no arranjo anterior à licitação entre algumas das empresas concorrentes, a respeito de quem seria o vencedor. Asseverou que houve diversas irregularidades na tomada de preços e, comparando os valores das ambulâncias constantes na planilha da Controladoria Geral da União com o valor pedido pelo vencedor do certame, verificou-se que este era superior ao valor de mercado. Acrescentou que os auditores fotografaram as ambulâncias adquiridas para constatar as irregularidades (fl. 829).

A prova coligida é suficiente para a comprovação de que Osny Cardoso Wagner fraudou, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório com o intuito de obter para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Dos elementos dos autos se infere que o réu aderiu ao esquema de uma organização criminosa denominada “Máfia dos Sanguessugas”, chefiada por Luiz Antônio Trevisan Vedoin e seu pai, com atuação perante o Poder Legislativo Federal e os Poderes Executivos Municipais. A atividade se iniciava com a participação de parlamentares que propunham emendas ao orçamento da União, de modo a obterem verbas que eram utilizadas na aquisição de ambulâncias a serem entregues, por meio de convênios, a prefeituras previamente conluiadas, as quais realizavam licitações irregulares, cujos objetos eram adjudicados a empresas constituídas pelo grupo criminoso.

O dolo da prática delitiva exsurge das circunstâncias fáticas, que serão apreciadas a seguir.

A atividade do grupo foi descrita detalhadamente na ação de improbidade administrativa interposta pelo Ministério Público Federal em face do réu e de funcionários da Prefeitura de Itaberá em razão dos fatos objeto da presente ação penal. A organização movimentou ilegalmente recursos públicos da ordem de R\$ 99.000.000,00 (noventa e nove milhões de reais), com um prejuízo calculado em R\$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais) ao erário, somente com a compra de ambulâncias, conforme consta da descrição dos fatos na aquela ação civil:

A atuação fiscalizadora da Controladoria-Geral da União - CGU em municípios de diferentes regiões do País revelou, no ano de 2004, a existência de uma organização criminosa que, desde o ano de 2000, desviava verbas federais, oriundas do Fundo Nacional de Saúde - FNS, destinadas à compra de ambulâncias, repassadas a prefeituras e outras entidades, através de convênios firmados com o Ministério da Saúde.

Em maio de 2006, a Polícia Federal deflagrou a chamada “Operação Sanguessuga” para desarticular a quadrilha que atuava na área da saúde. Dezenas de parlamentares, prefeitos e empresários foram flagrados atuando nesse esquema, grupo esse que passou a ser chamado de “MÁFIA DAS SANGUESSUGAS”.

Todo o esquema era operado, principalmente, por Darci José Vedoin e seu filho Luiz Antônio

Trevisan Vedoin, proprietários da maioria das empresas utilizadas nas fraudes às licitações, algumas de “fachada”, abertas em nomes de parentes e “laranjas”, controladas, via de regra, pela “Nave-Mãe” PLANAM - Comércio e Representações.

O esquema se desenvolvia em fases distintas, porém, articuladas. Primeiro, os membros da quadrilha entravam em contato com prefeitos interessados em adquirir unidade móvel de saúde (ambulâncias) do Governo Federal sem a necessidade de se submeterem aos trâmites normais. Para seguir esse “atalho”, a turma dos Vedoins oferecia, aos interessados mal-intencionados, todos os “serviços” necessários para forjar e dirigir licitações fraudulentas em que, obviamente, venceria uma das empresas do grupo criminoso. Em alguns casos, os contatos com os prefeitos eram feitos pelo próprio parlamentar.

Obtida a anuência/convivência do prefeito, dava-se início à segunda fase, voltada à obtenção dos recursos. Nessa etapa, a quadrilha acionava deputados, senadores e respectivos assessores, que preparavam emendas parlamentares individuais ou genéricas ao orçamento da União, visando a destinação de verbas para aquisição, pelos municípios “contemplados”, de unidades móveis de saúde e equipamentos correlatos.

Num terceiro momento, correspondente à execução orçamentária, eram confeccionados e apresentados ao Ministério da Saúde, onde a quadrilha atuava, principalmente por intermédio da assessora *Maria da Penha Lino* (Anexo I, fls. 978), os pré-projetos e projetos que eles mesmos elaboravam, resultando na formalização dos convênios e, conseqüentemente, no repasse dos recursos às prefeituras.

Em seguida, já celebrado o convênio, a ação do grupo se desenvolvia no âmbito municipal, momento em que, com a participação dos servidores locais, mais especificamente dos membros das comissões de licitação, além da do próprio prefeito e secretários, eram forjados os pseudos processos licitatórios, que garantiam, em qualquer hipótese, a vitória de uma das empresas da quadrilha.

Por fim, as vantagens econômicas obtidas com essa prática eram rateadas entre todos que, de alguma forma, contribuíram para o êxito da empreitada: empresários, parlamentares, agentes e funcionários públicos.

Nesse esquema, que operou de forma linear durante mais de 5 (cinco) anos, buscando a apropriação de recursos públicos em larga escala, o grupo criminoso executava, praticamente, todos os atos necessários à concretização do fim ilícito colimado.

A organização criminosa elaborava, previamente, muitos dos documentos necessários para o processamento das diferentes etapas da atividade delitiva. Frequentemente, os agentes públicos limitavam-se a assinar as minutas que lhes eram apresentadas. Em especial, os “empresários” envolvidos no esquema minutavam ofícios em nome de Senadores da República e Deputados Federais, endereçando-os a autoridades do Ministério da Saúde ou do Fundo Nacional de Saúde. Também valiam-se de senhas de parlamentares ou prefeitos, seja para o direcionamento dos recursos provenientes de emendas individuais ou genéricas a determinado município ou entidade, seja para o cadastramento de projetos e pré-projetos. Uma espécie de kit de licitação fraudulenta era disponibilizada aos “interessados”, mormente quando a modalidade escolhida era a carta-convite. Assim, nenhuma das etapas, política ou administrativa, necessárias para o desvio dos recursos públicos, fugia ao controle da quadrilha (ver fls. 985/987 do Anexo I). Dessa forma, segundo apurou a Controladoria-Geral da União - CGU, o bando conseguiu “formalizar”, entre os anos 2000 a 2006, mais de 1452 convênios para aquisição de equipamentos e/ou unidades móveis de saúde com, aproximadamente, 600 municípios de diferentes estados da Federação. A chamada “MÁFIA DAS SANGUESSUGAS”, segundo o levantamento da - CGU, em 1000 convênios auditados, movimentou recursos públicos federais da ordem de R\$ 99.000.000,00 (noventa e nove milhões de reais), causando um prejuízo calculado em R\$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais) apenas nesse segmento específico das suas atividades, podendo atingir a cifra de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), se considerado o total de 1452 convênios (fls. 583).

Esse complexo, porém eficiente sistema foi relatado pelos próprios integrantes da quadrilha em depoimentos dados ao Juiz da 2ª Vara da Justiça Federal em Cuiabá/MT, nos autos do Processo nº 2006.36.00.007594-5, citados no Relatório dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “das ambulâncias” (fls. 22/34), destacando-se, em especial, as declarações de Luiz Antônio Trevisan Vedoin e Darci José Vedoin (Anexo I). (fls. 601/603)

Marcos Antônio Vedoin admitiu sua participação em uma organização criminosa, no depoimento perante a 2ª Vara Criminal de Cuiabá, cujo conteúdo confirmou ao ser ouvido no presente feito. O réu explicitou o funcionamento da organização, nos termos acima descritos, e o aliciamento do Deputado Federal Bispo Wandervall, o qual ficou encarregado de propor emendas ao orçamento do Ministério da Saúde para a aquisição de ambulâncias, mediante o recebimento de 10% (dez por cento) do valor das emendas.

De fato, conforme se observa do relatório preliminar da comissão parlamentar de inquérito, instaurada para apurar a atuação de parlamentares na “Máfia das Sanguessugas”, coube ao Bispo Wandervall a emenda ao orçamento responsável por levantar recursos suficientes à aprovação e execução do Convênio nº 1.706/02, firmado entre a União e a Prefeitura Municipal de Itaberá para a compra de uma ambulância, a qual foi entregue ao Município por meio de licitação direcionada à empresa Klass Ltda (fl. 8).

Consta que o convênio foi firmado pelo valor de R\$ 84.688,00 (oitenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e oito reais), sendo que o Ministério da Saúde repassou à prefeitura R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais).

A Auditoria nº 4.717, realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS e pela Controladoria Geral da União na Prefeitura de Itaberá entre 18.09.06 a 20.09.06, apurou irregularidades relativas ao processo de licitação para a compra de uma unidade móvel de saúde, as quais evidenciaram o envolvimento direto do acusado, então Chefe do Poder Executivo local, na elaboração do edital e nos atos posteriores que culminaram com a adjudicação do bem à empresa Klass, constituída pelo acusado, juntamente com as empresas Santa Maria e Planan, todas com o mesmo endereço, para participar e vencer as licitações municipais (fls. 65/93).

Dentre as diversas irregularidades verificadas no edital do Processo de Licitação nº 33, Tomada de preços nº 05/03, como falta de parecer jurídico para a aprovação das minutas do edital e do contrato de compra da ambulância, falta de indicação clara quanto ao dia em que foi protocolado, falta de numeração de algumas folhas, falta das folhas nº 95 a 100 e falta de designação de presidente para a comissão de licitação, consta que o edital foi assinado pelo acusado, na condição de prefeito municipal, e não por integrante da comissão de licitação, não havendo, ademais, indicação da data em que foi assinado. O edital foi publicado no Diário Oficial do Estado em 26.02.03.

Consta que o réu assinou em Brasília o convênio nº 1.076/02 (fl. 298), os planos de trabalho (fls. 299/300, 302, 306, 308 e 313), além do próprio edital, isoladamente, bem como homologou e adjudicou o objeto da licitação, o que infirma a versão da defesa e das testemunhas que compuseram a comissão de licitação, no sentido de que o réu não participou diretamente do procedimento.

O Convênio nº 1.706/02 também abarcou o Processo Licitatório nº 42, Carta Convite nº 18/03, para a compra de um ventilador pulmonar portátil e de um oxímetro de pulso portátil, sendo que tal fato não foi objeto da denúncia.

Luiz Antônio Vedoin esclareceu que o direcionamento das licitações era constituído basicamente de três fases.

A primeira fase, acima descrita, consistia em obter recursos federais mediante a propositura e aprovação de emendas parlamentares ao orçamento do Ministério da Saúde.

A segunda, relativa à elaboração dos pré-projetos e projetos junto ao Ministério da Saúde para a celebração dos convênios, normalmente assinados pelos prefeitos nos gabinetes dos parlamentares, oportunidade em que, segundo Luiz Antônio, aproveitavam para acertar os detalhes do processo de licitação.

A terceira se referia propriamente ao processo de licitação e, nos casos em que era adotada a tomada de preços, a organização se colocava à disposição da entidade beneficiada para elaborar o edital, o qual também era elaborado conjuntamente com as prefeituras. Luiz Antônio asseverou que, normalmente, eram inseridas exigências no edital que dificultavam a participação de outras empresas, como a necessidade de apresentar carta de referência do INMETRO; certificado de segurança veicular - CSV, atestados de capacidade técnica, homologados pelo CREA; nota fiscal do veículo ofertado na proposta, certidão negativa de débitos trabalhistas, entre outros.

As irregularidades apuradas na Tomada de Preços nº 5/03 seguem a estratégia criminosa apontada, a evidenciar a existência de fraude na licitação para a compra de uma ambulância à Prefeitura de Itaberá.

A propósito, o acusado nomeou em 01.03 para a Comissão Municipal de Licitações de Itaberá os funcionários Ivanize de Camargo Santos, Rejane Maria de Freitas, Luiz Aparecido da Rosa, Valdir Aparecido Neto Costa, Edson Moraes dos Santos, José Maria Machado e Benedito Mendes dos Santos (fl. 388). Desses funcionários, prestaram depoimento no feito Ivanize e *Rejane*.

Ivanize revelou não ter participado do processo licitatório objeto da denúncia. Já Rejane afirmou que tomara contato com o edital poucas horas antes da abertura dos envelopes e fora a responsável pela análise dos documentos de habilitação e propostas. Disse que a escolha da modalidade não era feita pela comissão e não sabia quem era o responsável.

A testemunha Arlete Perina, funcionária da prefeitura, alegou ter sido responsável pela elaboração do edital, bem como das atas das reuniões da comissão, não tendo participado, todavia, da alteração posterior quando da impugnação do edital, que foi realizada pelo departamento jurídico. Mencionou que, para objetos simples, tinha liberdade para escolha da modalidade de licitação e, nos demais casos, a modalidade era passada por Nilson Oliveira, chefe de gabinete.

Após a publicação do edital e de sua disponibilização por *e-mails* a algumas empresas pela funcionária Arlete, consta o envio, em 27.02.03, de um *e-mail* da empresa Tapajós Bauru Caminhões à própria Arlete, sugerindo a alteração da marca do veículo a ser licitado, do tipo Van, importada, para o tipo furgão, nacional, em razão das facilidades de ser prestada assistência técnica, acrescentando que o veículo deveria ser inteiramente de fabricação nacional (fl. 350).

Em 12.03.03, a empresa Iveco Fiat Brasil Ltda., com sede em Sete Lagoas (MG), apresentou impugnação para concorrer ao edital, na qual sugeria pequenas alterações de algumas especificações do veículo, como a de que, em vez de constar veículo com lugar para 3 passageiros, que constasse veículo com banco para o motorista e banco para dois lugares para acompanhantes, bem como de que, em vez de constar entre eixos de 2,80 mm (dois e oitenta

milímetros), que constasse para 2800 mm (dois mil e oitocentos milímetros) e de que o veículo fosse de cinco marchas sincronizadas à frente e uma marcha à ré, em vez de cinco marchas sincronizadas (fls. 354/362).

Causa estranheza a minúcia das especificações sugeridas por uma empresa que tem sede em outro Estado e que, pelo que se infere dos endereços de e-mail à fl. 75, não recebeu cópia do edital para se inteirar dos seus termos, a circunstância de sua impugnação ter sido aceita, a ensejar a retificação do edital, novamente assinado somente pelo réu (fl. 369), e o fato de que tal empresa não apresentou proposta para participar da licitação, ainda que atendidas suas sugestões.

Acrescente-se que somente duas empresas apresentaram propostas para a licitação, a empresa Klass Comércio e Representação Ltda., constituída por Luiz Antônio para, segundo o próprio, participar e ganhar licitações fraudadas, e a empresa Veteli Veículos e Peças Ltda., a qual não foi considerada habilitada em virtude de não ter apresentado o certificado de regularidade com o FGTS. Tais fatos, reunidos, evidenciam a manobra utilizada para o direcionamento da licitação, cujo *modus operandi* é semelhante àquele relatado por Luiz Antônio em seu depoimento, de modo que se sagra-se vencedora a Empresa Klass, única participante efetiva.

Luiz Antonio relatou que adquiria as ambulâncias oferecidas por suas empresas da Torino Comercial de Veículos, a qual vendia o veículo Iveco Daily 35.10, feito pela Iveco Fiat, do que se extrai o interesse da empresa Iveco em impugnar a licitação, sugerindo a compra de um veículo com as especificações que vendia, o qual, por fim, foi aquele comprado pelo acusado. Veja-se, a propósito, a nota fiscal de fl. 427, bem como as conclusões da auditoria quanto a esse aspecto:

EVIDÊNCIAS NAS NOTAS FISCAIS

- Consta do processo Nota Fiscal nº 0013673, emitida pela TORINO Comercial de Veículos Ltda., tendo como destinatário a empresa KLASS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., sem indicação de valor.
- Consta do processo Nota Fiscal nº 023377, emitida pela IVECO FIAT, tendo como destinatário a empresa TORINO Comercial de Veículos Ltda., sem indicação de valor.
- Embora não conste da NF carimbo com o recebimento, constam do processo as Declarações de Recebimento Provisório e Definitivo, datados dos dias 25/04/03 e 28/04/03 respectivamente, assinadas pela Comissão de Recebimento, composta por três integrantes. Todavia, apenas o nome do primeiro integrante encontra-se legível.
- Não há indicação do CPF, apenas do RG dos responsáveis pelo recebimento. (fls. 81/82)

Não favorece à defesa a alegação de que o réu não conhecia Luiz Antônio Vedoin, um dos líderes da “Máfia das Sanguessugas”. Com efeito, Luiz Antônio afirmou que raramente negociava diretamente com prefeitos e que era representado na região sudeste por Sinomar Martins, indivíduo que, de fato, defendeu os interesses do grupo criminoso, na medida em que assinou o contrato de compra da ambulância em nome da empresa Klaus Comércio e Representações Ltda. O réu também assinou o contrato como contratante (fls. 419/423).

Também não socorre à empresa o argumento de que não houve superfaturamento, vale dizer, recebimento de vantagem na adjudicação do objeto à empresa Klass, a configurar a atipicidade da conduta.

O crime de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório, com o intuito de obter para si ou para outrem

vantagem decorrente da adjudicação de bem, é de natureza formal, não exigindo, para sua configuração, resultado naturalístico consistente em prejuízo para a Administração ou obtenção efetiva de vantagem ao agente. É suficiente, assim, a frustração do caráter competitivo do certame, que, no caso, restou devidamente provado, o que ocorreu em benefício do esquema capitaneado por Luiz Antônio Vedoin.

Ademais, o relatório da auditoria estimou prejuízo na aquisição da unidade móvel de saúde, no valor de R\$ 11.417,52 (onze mil, quatrocentos e dezessete reais e cinquenta e dois centavos), caso houvesse, de fato, pesquisa de preços. Considerou-se o preço da aquisição (R\$ 81.000,00) e o valor de mercado do veículo à época, com as transformações necessárias à finalidade de prestação de socorro médico (R\$ 69.582,48).

As declarações dos auditores corroboram as provas coligidos no sentido de que houve direcionamento da licitação à empresa Klass, criada por um dos chefes da “Máfia das Sanguessugas”.

Portanto, comprovadas os aspectos materiais do delito e a autoria delitiva, deve ser mantida a condenação.

Dosimetria. O Juízo *a quo*, considerando os critérios do art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de detenção. Entendeu-se que as circunstâncias judiciais não eram desfavoráveis ao réu.

Reconheceu-se a agravante do art. 61, II, *g*, do Código Penal, pela prática do crime na qualidade de prefeito municipal, com violação a obrigação inerente ao cargo público, fixando-se a pena em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, tornada definitiva.

Com relação à pena de multa, foram observadas as disposições do art. 99 da Lei nº 8.666/93, de modo que restou fixada em R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais), que corresponde à aplicação do percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor de venda do bem, atualizado a partir de 30.04.03 (data do pagamento da quantia).

Fixou-se o regime inicial aberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à entidade assistencial e prestação pecuniária de 6 (seis) salários mínimos em favor de entidade pública com destinação social.

A defesa apela da dosimetria da pena e requer a exclusão da alínea *g* do art. 61 do Código Penal, sob pena de configurar *bis in idem*, na medida em que o apelante somente está respondendo a essa injusta acusação exatamente por ter sido prefeito do Município de Itaberrá; a pena de multa é excessiva e não proporcional à pena privativa de liberdade, razão pela qual deve ser reduzida e, por fim, deve ser excluída a condenação de reparação de danos pela infração, tendo em vista que já há duas ações civis em curso em razão dos fatos, bem como porque não há pedido expresso na denúncia, não sendo assegurado ao apelante o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não prosperam os pleitos da parte.

A agravante do art. 61, *g*, do Código Penal deve ser mantida porque é inegável que o réu praticou o crime com abuso de poder, violando dever de probidade, inerente ao cargo de prefeito municipal. O crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93 não é de natureza funcional, quando o cargo ou profissão é elementar do tipo, de modo que não há *bis in idem* na aplicação da agravante.

Com relação à pena de multa, o art. 99 da Lei nº 8.666/03 autoriza sua aplicação. Verifico que o Juízo *a quo* utilizou como base de cálculo o valor da ambulância (R\$ 81.000,00) e não o valor da vantagem obtida ou potencialmente auferível. Tal fato, todavia, não obsta a manutenção da pena aplicada, considerando que o valor fixado, R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinqüenta reais), não supera o percentual de 5% do valor do contrato firmado, e se mostra razoável em face do crime praticado pelo réu. Nesse sentido é o parecer ministerial:

Tampouco há correção a ser feita na pena de multa, eis que o valor estipulado na r. sentença de R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinqüenta reais) atende à reprovação do crime e não desborda dos ditames do artigo 99 da Lei nº 8.666/93. Apesar de o magistrado ter tomado como base o valor total do contrato celebrado com a KLASS (R\$ 81.000,00), e não a vantagem potencialidade auferida (sobrepço de R\$ 11.417,52), ainda assim é possível manter o valor estabelecido, aplicando-se o percentual de 35% ao sobrepço, não superando o limite de 5% sobre o valor total do contrato celebrado. Vale ressaltar que esse percentual de 35% justifica-se, considerando que o acusado praticou o delito na condição de Prefeito Municipal de Itaberá/SP, a evidenciar a maior reprovabilidade da conduta. (fl. 992)

A pena de multa também não comporta alteração, haja vista que aplicada na forma da lei e em conformidade com a condição do réu à época, de prefeito municipal. O valor fixado, seis salários mínimos, atende à sua finalidade de reprovação e prevenção, sem ser excessiva.

A pena de reparação de dano igualmente deve ser mantida. Sua condenação carece de pedido específico, tendo em vista que se trata de efeito genérico da condenação (CP, art. 91, I). Foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que incidiram para que o réu viesse a ser condenado. Mas não impedem que a condenação surta seus efeitos *ex lege*, ainda que esses efeitos afastem um certo poder ao Juiz de determinar a extensão do preceito condenatório no campo da reparação do dano.

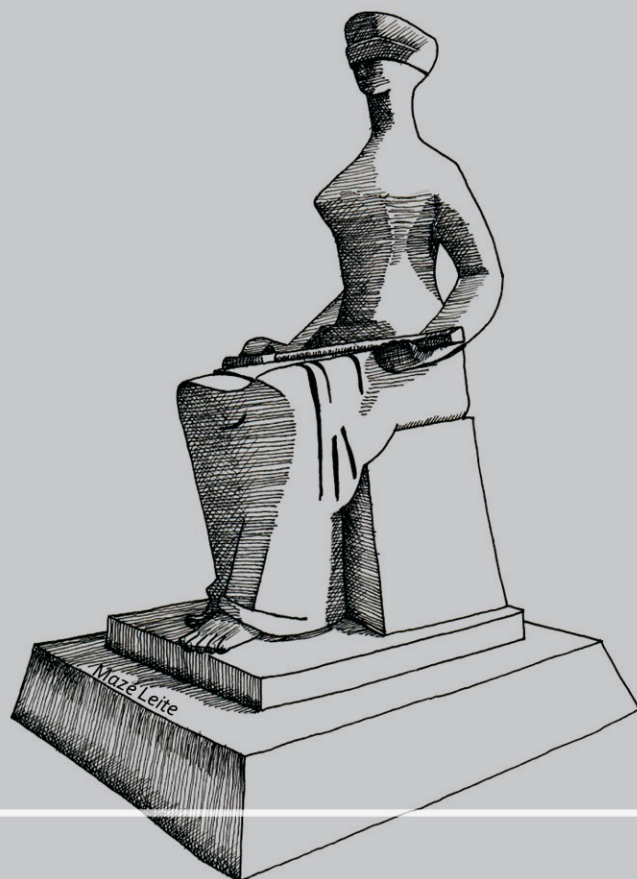
Ademais, a novel disposição do art. 387, VI, do Código de Processo Penal nada mais fez do que conferir maior efetividade à obrigação legal de reparação. E claro está que ela, uma vez satisfeita, deverá ser considerada pelo Juízo onde tramitam as ações civis em face do réu e dos demais envolvidos com os fatos, de modo a se evitar *bis in idem*.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0040734-28.1992.4.03.9999

(92.03.040734-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 247/251

Interessada: JANDYRA DE MIRANDA CAMPOS (espólio)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CONCHAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 76505

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO A MAIOR. VERBA ALIMENTAR. REPETIÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

I. Mesmo na eventual hipótese de pagamento a maior, em respeito ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, incabível a restituição das verbas de caráter alimentar percebidas de boa-fé, em decorrência de decisões judiciais com trânsito em julgado, após ter sido dada ao INSS a oportunidade da ampla defesa e do contraditório.

II. A aplicação da chamada “legalidade positiva”, a que se refere o INSS (artigo 115 da Lei nº 8.213/91), não pode ser aduzida em detrimento dos princípios constitucionais que garantem o direito fundamental à dignidade.

III. Ademais, a regra esculpida no inciso II do art. 475-O CPC, que autoriza a liquidação de eventuais prejuízos decorrentes de execução provisória, possui aplicação mitigada nas ações relativas a benefícios previdenciários, inviabilizando a repetição de verbas que se revestem de inegável caráter alimentar, por se destinarem ao próprio sustento dos segurados.

IV. Outrossim, não se pode olvidar que, no caso dos autos, a execução provisória que deu origem à carta de sentença em apenso baseou-se em cálculo elaborado pelo próprio INSS, cujo valor de R\$ 7.354,40 (sete mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos), para agosto/1995, representava a suposta “parte incontroversa” do julgado (fls. 113/114, 116/120 e 135/137 dos autos principais). Deste modo, não cabe aos exequentes suportar eventuais prejuízos decorrentes de possíveis equívocos a que não deram causa.

V. Incabível, ainda, no presente caso, eventuais descontos no âmbito administrativo na forma prevista no inciso II do artigo 115 da Lei nº 8.213/91, devido à cessação do benefício por força do óbito da segurada.

VI. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão monocrática que, nos termos do disposto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação interposta pelo INSS, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que, não obstante o caráter alimentar dos proventos pagos a título de benefício previdenciário, e ainda que parte embargada os tenha recebido de boa-fé, tais valores pagos a maior devem ser restituídos aos cofres públicos, a teor do disposto no artigo 115 da Lei nº 8.213/91, devendo a execução ocorrer nos próprios autos, com fundamento no artigo 475-O do Código de Processo Civil, pois alega que o princípio da irrepetibilidade ou não devolução não prevalece sobre o enriquecimento indevido.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão monocrática que, nos termos do disposto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação interposta pelo INSS, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que, não obstante o caráter alimentar dos proventos pagos a título de benefício previdenciário, e ainda que parte embargada os tenha recebido de boa-fé, tais valores pagos a maior devem ser restituídos aos cofres públicos, a teor do disposto no artigo 115 da Lei nº 8.213/91, devendo a execução ocorrer nos próprios autos, com fundamento no artigo 475-O do Código de Processo Civil, pois alega que o princípio da irrepetibilidade ou não devolução não prevalece sobre o enriquecimento indevido.

Passo a decidir.

Inicialmente, assevero que, muito embora pretenda o INSS a inversão do julgamento proferido monocraticamente por este Relator, de fato, não há razão para se acolher as suas alegações.

A r. decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação cível interposta em face de sentença que, acolhendo o pedido da parte exequente (fl. 197), extinguiu o feito, nos termos do inciso I do artigo 794 do CPC.

Inconformado, apela o INSS, sustentando que a execução deve prosseguir para que se atenda ao comando do v. acórdão prolatado nos autos dos Embargos à Execução em apenso (Processo nº 97.03.078452-6), que determinou a elaboração de novos cálculos de liquidação, com a

dedução dos valores pagos. Aduz que tal providência é necessária, pois, segundo consta em seus expedientes internos, o montante devido já teria sido quitado, ocorrendo pagamento a maior (fls. 214/228).

Em contrarrazões, afirma a parte exequente que o INSS cumpriu integralmente a sua obrigação, razão pela qual requer seja mantida a decisão que determinou a extinção da execução. Alega, outrossim, que nada deve à Autarquia, e caso assim não se entenda, o suposto débito somente poderia ser apurado e cobrado em ação autônoma (fls. 234/237).

Após, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

Ato contínuo, mediante o r. despacho da fl. 239, o julgamento foi convertido em diligência, ocasião em que este Relator determinou a expedição de ofício à Seção de Precatórios deste E. Tribunal, para que relacionasse os precatórios/requisições de pequeno valor originários da ação em epígrafe, informando aqueles cujos respectivos valores foram pagos e efetivamente levantados, bem como os que foram apenas pagos e não levantados, e ainda, aqueles em relação aos quais não houve sequer depósito e os que se encontram sobrestados e/ ou cancelados. Foi determinado, ainda, que apurasse o montante originário e o atualizado de cada um dos depósitos efetuados.

Em cumprimento ao r. despacho, a Seção de Precatórios elaborou a planilha da fl. 243, em que consta a relação dos precatórios/requisições de pequeno valor, na seguinte forma:

- PRC 96.03.084650-3 - autuado em 25/10/96 - valor requisitado: R\$ 3.678,56 (01/08/96) - requerente: Jandyra de Miranda Campos - não houve pagamento porque o precatório foi cancelado e devolvido ao Juízo da execução por não preencher os requisitos necessários à sua inclusão no orçamento;

- PRC 97.03.021507-6 - autuado em 15/04/97 - valor requisitado: R\$ 3.678,56 (01/08/96) - valor atual: R\$ 3.787,08 (01/07/97) - orçamento: 1998 - valor pago: R\$ 4.423,90 (09/02/01) - requerente: Jandyra de Miranda Campos - pago total - valores levantados em 22/05/01;

- PRC 98.03.085447-0 - autuado em 13/11/98 - valor requisitado: R\$ 1.639,47 (01/12/97) - requerente: João Antônio Francisco (adv) - não houve pagamento porque o precatório foi cancelado para ser redistribuído como Requisição de Pequeno Valor;

- PRC 2000.03.00.054637-7 - autuado em 11/10/00 - requerente: Jandyra de Miranda Campos - não houve pagamento porque o precatório estava em duplicidade com o PRC nº 97.03.021507-6;

- RPV 2003.03.00.010197-6 - autuado em 07/03/03 - valor requisitado: R\$ 1.639,47 (01/12/97) - valor atual: R\$ 2.493,76 (01/02/03) - orçamento: 2003 - valor pago: R\$ 2.548,37 (07/04/03)

- requerente: Edvaldo Luiz Francisco (adv) - pago total - valores levantados em 19/05/03;

- RPV 2005.03.00.055948-5 - autuado em 14/07/05 - valor requisitado: R\$ 1.665,29 (01/03/03) - valor atual: R\$ 1.954,06 (01/07/05) - orçamento: 2005 - valor pago: R\$ 1.956,20 (31/08/05) - requerente: Edvaldo Luiz Francisco (adv) - pago total - valores levantados em 02/12/05;

- RPV 2006.03.00.081130-0 - autuado em 14/08/06 - requerente: Edvaldo Luiz Francisco (adv) - cancelado e redistribuído como RPV Eletrônico nº 2007.0157169;

- RPV Eletrônico 2007.0157169 - autuado em 14/11/07 - valor requisitado: R\$ 272,05 (01/01/04) - valor atual: R\$ 329,75 (01/12/07) - orçamento 2007 - valor pago: R\$ 330,50 (24/12/07) - requerente: Edvaldo Luiz Francisco (adv) - pago total - valores levantados em 26/02/08.

É o relatório.

DECIDO.

Não merece reparo a r. sentença recorrida.

Inicialmente, da análise dos autos, verifico que a extinção da execução, com fulcro no I do artigo 794 do CPC, decorreu de pedido expresso realizado pela parte exequente, por meio da petição da fl. 197, o que foi reiterado em sede de contrarrazões de apelação.

Destarte, uma vez que a própria parte a quem incumbia reclamar eventual saldo remanescente

em seu favor concordou com a quitação do débito do INSS, dando por satisfeita a obrigação, não há razão para um pronunciamento judicial em sentido diverso.

Outrossim, diante de tal contexto, torna-se totalmente despicienda a providência determinada no v. acórdão prolatado nos autos dos Embargos à Execução em apenso (Processo nº 97.03.078452-6), pois a elaboração de novos cálculos de liquidação, com a dedução dos valores pagos, ainda que resultasse em saldo favorável ao INSS, decorrente de um suposto pagamento a maior, em nada poderia modificar o r. julgado.

Isto porque, segundo informações prestadas pela Seção de Precatórios deste E. Tribunal, todos os valores pagos pela Autarquia, em decorrência da ação em comento, por meio dos Precatórios/RPV's relacionados na planilha da fl. 243, foram efetivamente levantados pela parte exequente e por seu patrono, incorporando-se aos seus respectivos patrimônios. Ademais, o mesmo pode se afirmar em relação ao depósito indicado na fl. 77 da carta de sentença, no montante originário de R\$ 4.844,93 (quatro mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e noventa e três centavos), cujos mandados de levantamento constam nas fls. 79/80.

Sendo assim, mesmo na eventual hipótese de pagamento a maior, em respeito ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, incabível a restituição das verbas de caráter alimentar percebidas de boa-fé, em decorrência de decisões judiciais com trânsito em julgado, após ter sido dada ao INSS a oportunidade da ampla defesa e do contraditório.

Neste sentido, é a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do aresto que transcrevo a seguir:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM URV. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 20 DA LEI Nº 8.880/94. TERMO ‘NOMINAL’. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. PRECEDENTES.

I - A Terceira Seção já decidiu que a sistemática de conversão dos valores nominais dos benefícios prevista pelo art. 20 da Lei nº 8.880/94 assegura a irredutibilidade e a preservação do valor real dos benefícios previdenciários.

II - É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar. Valores sujeitos ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Ação rescisória procedente. Pedido de restituição indeferido.”

(STJ - AR 3038/RS, Terceira Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.u., DJE 30/06/2008) - destaquei.

Também nesta Egrégia Terceira Seção já tive oportunidade de me manifestar pelo indeferimento do pedido de restituição, quando do julgamento da Ação Rescisória nº 2007.03.00.086240-3, de relatoria da Eminente Juíza Federal Convocada Giselle França, cuja ementa segue transcrita: **“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA 343 STF. NÃO INCIDÊNCIA. ART. 485, V, CPC. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO IMPOSSIBILIDADE.**

Não há que se falar em incidência da Súmula 343 do STF, quando a questão versar matéria constitucional.

A aplicação de lei posterior a benefícios já concedidos ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência, viola o art. 5º, XXXVI, bem assim o art. 195, § 5º, ambos da Constituição da República.

Se o direito ao benefício foi adquirido anteriormente à edição da L. 9.032/95, o seu cálculo deve ser efetuado de acordo com a legislação vigente à época.

Em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, não é possível a restituição dos valores pagos a título de benefício previdenciário, devido ao seu caráter alimentar. Precedentes do STJ.

Ação rescisória provida. Pedido de restituição indeferido.”

(j. 09/10/2008, publ. D.E. 10/11/2008) - destaquei.

Saliento, outrossim, que não se trata de propiciar o enriquecimento sem causa, mas sim de, em obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade, render-se aos ditames da dignidade da pessoa humana.

Ademais, em tais circunstâncias, o Instituto tem melhores condições de suportar eventuais prejuízos, que não podem recair sobre o segurado, hipossuficiente na relação, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

Assim, a aplicação da chamada “legalidade positiva”, a que se refere o INSS (artigo 115 da Lei nº 8.213/91), não pode ser aduzida em detrimento dos princípios constitucionais que garantem o direito fundamental à dignidade.

Destarte, não merece reparo a r. decisão recorrida, pois incabível a devolução dos valores efetivamente recebidos, pelas razões acima expostas.

Isto posto, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, *nego sequimento à apelação interposta pelo INSS*, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

Ademais, a regra esculpida no inciso II do art. 475-O CPC, que autoriza a liquidação de supostos prejuízos decorrentes da execução provisória, possui aplicação mitigada nas ações relativas a benefícios previdenciários, inviabilizando a repetição de verbas com inegável caráter alimentar, por se destinarem ao próprio sustento dos segurados.

Outrossim, não se pode olvidar que, no caso dos autos, a execução provisória que deu origem à carta de sentença em apenso baseou-se em cálculo elaborado pelo próprio INSS, cujo valor de R\$ 7.354,40 (sete mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos), para agosto/1995, representava a suposta “parte incontroversa” do julgado (fls. 113/114, 116/120 e 135/137 dos autos principais e fls. 62/63 da carta de sentença). Deste modo, não cabe aos exequentes suportar eventuais prejuízos decorrentes de possíveis equívocos a que não deram causa.

Nesta esteira, é a jurisprudência deste E. Tribunal, conforme v. acórdão a seguir ementado (destaquei):

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VALORES RECEBIDOS A MAIOR. ERRO NO CÁLCULO ELABORADO PELO INSS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO NOS MESMOS AUTOS. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DESCONTOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. EFEITOS MODIFICATIVOS.

I - O art. 475-O, II, do CPC, mencionado pelo embargante, autoriza a liquidação de eventuais prejuízos nos mesmos autos para os casos de execução provisória que foram tornados sem efeito em face de acórdão que modifique ou anule a sentença objeto de execução. Tal comando pressupõe que os prejuízos sofridos pelo devedor tenham sido causados por atos praticados pelo credor na promoção da execução provisória, diferentemente do caso em tela, em que o cálculo de liquidação equivocado foi elaborado pelo próprio INSS.

II - O enriquecimento sem causa é vedado por nosso ordenamento jurídico, de modo que o numerário recebido a mais deverá ser restituído aos cofres da Previdência Social. Para tanto, mostra-se razoável o desconto no âmbito administrativo na forma prevista no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser observada ainda a limitação de 10% do valor do benefício em manutenção, nos termos do art. 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.

III - Impõe-se seja aclarada tal obscuridade, inclusive com alteração da conclusão do aludido acórdão, por ser esta alteração consequência do reconhecimento da obscuridade.

IV - Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para que a parte

dispositiva tenha a seguinte redação: “Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do autor-embargado, para julgar parcialmente procedentes os embargos à execução, declarando ser inexigível a restituição dos valores pagos a maior no âmbito dos presentes autos, autorizando, no entanto, o desconto no âmbito administrativo na forma prevista no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser observada ainda a limitação de 10% do valor do benefício em manutenção, nos termos do art. 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99”.

(TRF - TERCEIRA REGIÃO - AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1242164 Processo: 200261040022016 UF: SP Órgão Julgador: DÉCIMA TURMA Data da decisão: 01/04/2008 Documento: TRF300150368 DJU DATA: 09/04/2008 PÁGINA: 1202 - Relator(a) JUIZ SERGIO NASCIMENTO)

Incabível, ainda, no presente caso, eventuais descontos no âmbito administrativo na forma prevista no inciso II do artigo 115 da Lei nº 8.213/91, devido à cessação do benefício por força do óbito da segurada.

Isto posto, *nego provimento ao agravo*, para manter a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

- Sobre a irrepetibilidade de verbas previdenciárias recebidas indevidamente por erro administrativo, em razão da natureza alimentar de tais verbas, veja também o seguinte julgado: AMS 0004015-30.2009.4.03.6126/SP, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, publicada na RTRF3R 108/224.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES

0307907-39.1992.4.03.6102

(96.03.021303-9)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 179/182

Interessada: LEONIDIA DA PONTE LOUREIRO (= ou > de 60 anos)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: EI 308405

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/07/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA DENTRO DO LIMITE DA DIVERGÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. OBSCURIDADE. VALORES RECEBIDOS EM SEDE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E ACOLHIDOS PARCIALMENTE.

I - Inexistência de omissão no Julgado.

II - Análise das questões apresentadas feita de forma clara e fundamentada.

III - Embargos Infringentes estão adstritos à matéria objeto da divergência, a qual, no presente feito, esteve consubstanciada na possibilidade ou não de ser concedido ao segurado benefício a que realmente tenha direito. Ausência de violação ao disposto nos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.

IV - Pretensão de atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração, de modo a instaurar nova discussão acerca do tema já apreciado, revelando o inconformismo quanto à fundamentação utilizada na decisão, o que se mostra inadequado nesta via.

V - Obscuridade quanto à compensação dos valores recebidos em sede administrativa.

VI - Havendo opção pelo recebimento do benefício concedido judicialmente, deverá haver compensação com os valores já recebidos no âmbito administrativo. Porém, caso a opção recaia sobre o benefício concedido administrativamente fará jus tão somente aos valores do benefício judicial anteriores à data da concessão da benesse administrativa.

VII - Prescindível a necessidade de apreciação detalhada da matéria em sede de embargos declaratórios, quando o único propósito é o prequestionamento para viabilizar a interposição de recurso em instância superior, notadamente quando ausentes quaisquer das hipóteses estampadas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

VIII - Embargos de Declaração conhecidos e acolhidos parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer dos Embargos de Declaração e, por maioria, acolhê-los parcialmente a fim de consignar que, se a parte vencedora optar pelo recebimento do benefício concedido judicialmente, deverá haver compensação com os valores já recebidos no âmbito administrativo; porém, caso a opção recaia sobre o benefício concedido administrativamente, fará jus tão somente aos valores do benefício judicial anteriores à data da concessão da benesse administrativa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2012.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Cuida-se de Embargos de Declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face do v. acórdão prolatado pela Egrégia Terceira Seção deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 179/182) que, por unanimidade de votos, negou provimento aos embargos infringentes (fls. 189/194).

O ora embargante sustenta, em breve síntese, a existência de omissão e obscuridade do julgado. Aduz que o coeficiente de cálculo do benefício deveria corresponder a 70% do salário de benefício, salientando que o *decisum* que apreciara os embargos infringentes deixara de se manifestar quanto a tal aspecto, incidindo em omissão.

Também esclarece que em virtude da decisão ter consignado que caberia à autarquia federal propiciar à autora a possibilidade de opção pelo benefício mais vantajoso, em virtude dela já receber benefício de aposentadoria por idade, bem como frisado que ao efetivar o pagamento dos valores retroativos, deveria proceder à compensação dos valores eventualmente já pagos administrativamente, novamente teria havido omissão.

Alega que no caso de recair a opção pelo benefício pago na via administrativa (aposentadoria por idade), nada seria devido à autora em razão da condenação judicial (aposentadoria por tempo de serviço proporcional), porquanto implicaria verdadeira desaposeção, o que seria vedado. Pondera que eventuais quantias devidas em razão da condenação judicial deveriam ser restituídas aos cofres públicos em virtude da renúncia, sob pena de enriquecimento ilícito.

Ao final, requer sejam supridos os vícios apontados, integrando-se o v. acórdão, para que se configure o prequestionamento da matéria necessário à abertura da instância recursal superior (fls. 189/194).

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Assiste razão, em parte, ao ora embargante.

O artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe que os Embargos de Declaração somente serão cabíveis quando houver na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou

ainda, quando for omitido ponto sobre o qual o juiz ou o tribunal devia ter se pronunciado.

Pois bem.

Não merece guarida o argumento de que o *decisum* que apreciou os embargos infringentes deixara de esclarecer que o cálculo do benefício deveria corresponder a 70% do salário de benefício.

Os embargos infringentes, a teor do que dispõe o artigo 530 do Código de Processo Civil, estão adstritos à matéria objeto da divergência, a qual, no presente feito, esteve consubstanciada na possibilidade ou não de ser concedido ao segurado benefício a que realmente tenha direito (Aposentadoria Proporcional por Tempo de Contribuição), sem, contudo, infringir os artigos 128 e 460, ambos do aludido Estatuto Processual Civil.

As próprias razões do Instituto Nacional de Seguro Nacional estiveram circunscritas ao aludido tema, razão pela qual não há que se falar em hipótese de omissão daquilo que sequer fora possível de análise pelo acórdão de fls. 179/182, em razão do limite da divergência.

O embargante pretendeu, em verdade, atribuir efeitos infringentes aos presentes Embargos de Declaração, de modo a instaurar nova discussão acerca do tema já apreciado, revelando o inconformismo quanto à fundamentação utilizada para decidir, o que se mostra inadequado nesta via.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA E PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Se inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão na decisão, impossível acolher-se embargos declaratórios manejados com a pretensão de obter rejugamento com efeitos infringentes, especialmente se o acórdão objurgado encontra-se suficientemente fundamentado quanto a possibilidade de incidência do princípio da insignificância na espécie.
 2. *In casu*, não existe vício a ser sanado, eis que da simples leitura do acórdão embargado depreende-se que a matéria posta nos autos restou clara e explicitamente apreciada.
 3. A ofensa a princípios insertos na Constituição Federal há de ser suscitada em sede de recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Carta Política, e não pela via dos aclaratórios, ainda que para fins de prequestionamento.
 4. Embargos de declaração rejeitados.
- (EDcl no HC 177.237/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

Além disso, cumpre registrar, por fim, ser prescindível a necessidade de apreciação detalhada da matéria em sede de embargos declaratórios, quando o único propósito é o do prequestionamento para viabilizar a interposição de recurso em instância superior, notadamente quando ausentes quaisquer das hipóteses estampadas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

Sob este enfoque colaciono os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

I - O objetivo dos embargos de declaração, de acordo com o art. 535 do Código de Processo

Civil, é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão no julgado.

II - As questões relativas à concessão do benefício assistencial restaram expressamente apreciadas na decisão proferida com base no art. 557 do Código de Processo Civil e foram objeto de impugnação no agravo interposto pelo ora embargante, cujos argumentos são apenas repetidos nestes embargos.

III - Ainda que os embargos de declaração tenham a finalidade de prequestionamento, devem observar os limites traçados no art. 535 do CPC (STJ – 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., DJU 15.2.93, p. 1.665).

IV - Embargos de declaração do réu rejeitados. (EDcl em Apelação nº 44116-62.2011.4.03.9999/SP, Rel. Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DÉCIMA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJF3 02/05/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. ART. 535 DO CPC. CARÁTER INFRINGENTE DO RECURSO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1- Diante das regras insertas no ordenamento processual civil vigente, não se mostra possível a reanálise do julgado.

2- O princípio da exigibilidade da fundamentação das decisões não impõe que o julgador se manifeste sobre todas as razões apresentadas pelas partes, se apenas uma delas for suficiente ao deslinde da controvérsia.

3- Denota-se que o recurso tem nítido caráter infringente, ou seja, pretende o recorrente que esta Turma reveja a decisão proferida, para que outra atenda à interpretação trazida em seu bojo, não havendo, propriamente, falha a ser sanada.

4- Os embargos de declaração não são hábeis ao reexame da causa, devendo o recorrente valer-se das vias próprias para a impugnação pretendida, entendimento, aliás, já sufragado pelas Cortes Pátrias.

5- Quanto à pretensão de prequestionamento do tema, intenciona o embargante, por meio deste recurso, rediscutir a lide, sendo despicienda a adoção de posicionamento explícito a respeito, considerando que a matéria deverá ser objeto do recurso cabível. Precedentes do STF.

6- Embargos parcialmente acolhidos para acrescentar que o desconto de eventuais valores pagos administrativamente é devido.

(EDcl em Agravo Legal nº 0003064-64.2006.4.03.6183/SP, Rel. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, DÉCIMA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJF3 02/05/2012)

Ainda insurge-se o ora embargante especificamente quanto à existência de omissão e obscuridade do julgado no que concerne à compensação dos valores pagos na via administrativa.

Quanto ao tema, o v. acórdão dispôs o seguinte (fl. 181 e verso):

Anoto, por fim, que há informação de que a embargada percebe benefício de aposentadoria por idade, com DIB em 04.04.2008 (Plenus). Desta forma, cumpre observar não ser permitida a acumulação de duas aposentadorias (artigo 124, inciso II, da Lei nº 8.213/1991), cabendo à autarquia previdenciária propiciar à parte autora a possibilidade de optar pelo benefício mais vantajoso. Anoto, outrossim, que, ao se efetuar o pagamento dos valores retroativos, deverão ser compensados os valores eventualmente já pagos em sede administrativa.

Da análise do trecho acima, verifico a existência de obscuridade quanto à compensação dos valores recebidos em sede administrativa, de modo que cabíveis os declaratórios para melhor explicitar o assunto.

Assim, consigno que, se o demandante optar pelo recebimento do benefício concedido

judicialmente, deverá haver compensação com os valores já recebidos no âmbito administrativo. Porém, caso opte em continuar recebendo o benefício concedido administrativamente fará jus tão somente aos valores do benefício judicial anteriores à data da concessão da benesse administrativa.

Nesse sentido, já se manifestou, por maioria, a Egrégia 3ª desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL - RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO V. ACÓRDÃO EMBARGADO.

Assiste em parte razão ao embargante, considerando que está evidenciada a omissão existente no v. acórdão quanto à compensação dos valores pagos na via administrativa, caso a parte autora, ora interessada, opte pela aposentadoria proporcional por tempo de serviço, reconhecida judicialmente, cujo termo inicial é de 15 de outubro de 1998.

Devem ser compensados, no que couber, os valores devidos com os valores já pagos administrativamente.

Foi reconhecido ao autor o direito de receber o benefício de aposentadoria proporcional, e o tempo de serviço computado de 32 anos e alguns meses, a partir da citação na ação originária, qual seja, 15 de outubro de 1988. Certamente essa decisão lhe assegura o direito de auferir esse benefício (valores em atraso) até a data de 10 de dezembro de 2002, dia em que passou a receber o benefício de aposentadoria concedido na via administrativa e o qual se rege (calculado) por normas vigentes nessa data.

A partir dessa data, 10 de dezembro de 2002, apenas um benefício será devido ao autor que fará sua opção e se optar pelo benefício que já está sendo pago (obtido administrativamente), permanecerá dessa forma. Sendo devidos apenas os valores em atraso deste “decisum”, isto é, de outubro de 1998 a 10 de dezembro de 2002, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais e juros legais.

Se o autor optar pelo recebimento do benefício reconhecido judicialmente, a partir de 10 de dezembro de 2002 haverá a compensação (desconto) dos valores pagos administrativamente, evitando-se duplicidade de benefícios, com cessação do benefício administrativo.

As demais questões invocadas nos embargos fogem ao âmbito da discussão da ação rescisória. Embargos de declaração parcialmente providos. Reconhecida a existência de omissão para esclarecer e fazer constar no v. acórdão embargado, que em razão da opção pelo autor por um dos benefícios de aposentadoria por tempo de serviço (contribuição), devem ser compensados, no que couber, os valores recebidos administrativamente.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0063754-86.2003.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO, julgado em 10/11/2011, TRF3 CJ1 DATA: 09/01/2012)

Por oportuno, transcrevo julgado nessa trilha do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. BENEFÍCIO CONCEDIDO NO CURSO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO PELO JULGADO. Deve ser assegurada aos beneficiários da Previdência Social a possibilidade de execução das diferenças do benefício concedido no julgado até o momento em que deferido um mais vantajoso na via administrativa, com a opção de continuar percebendo o benefício concedido no curso da ação, de renda mais vantajosa. Pensar de outra maneira seria dar prestígio à solução incompatível com os princípios que norteiam a administração pública, vez que a Autarquia Previdenciária seria beneficiada com o ato administrativo praticado contrariamente às normas quando do indeferimento do benefício na época oportuna. (AC 200871050016444, JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 12/05/2010)

Ante o exposto, CONHEÇO dos presentes Embargos de Declaração e ACOELHO-OS PARCIALMENTE a fim de consignar que se a parte autora optar pelo recebimento do benefício concedido judicialmente deverá haver compensação com os valores já recebidos no âmbito administrativo. Porém, caso opte em continuar recebendo o benefício concedido administrativamente fará jus tão somente aos valores do benefício judicial anteriores à data da concessão da benesse administrativa.

É o voto.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0008998-12.2007.4.03.6104
(2007.61.04.008998-4)

Apelante: RUTH PERES SOUSA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 1324037
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA (ART. 741, II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). ARESTO QUE CONCEDEU REAJUSTE DE PENSÃO CONCEDIDA APÓS A CF/88 E ANTES DA LEI Nº 8.213/91. PARCIAL PROCEDÊNCIA. DESCONTO DOS VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCELAR. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PARTE AUTORA ISENTA DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

- O artigo 741, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.232/05, viabilizou a reapreciação de título judicial, isto é, decisão transitada em julgado, quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação sejam incompatíveis com texto constitucional, que assume contornos de inexigibilidade, mediante flexibilização da coisa julgada.

- Julgado proferido na ação de conhecimento que determinou a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício à pensão por morte concedida antes da edição da Lei nº 9.032/95, em interpretação desconforme ao texto da Carta Magna, segundo orientação do STF.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 08-02-2007, REs 415454/SC e 416827/SC (Rel. Min. Gilmar Mendes), decidiu, todavia, que as pensões por morte concedidas anteriormente à edição das Leis 8.213/91 e 9.032/95 não deviam ser revistas.

- A reforma do julgado no tópico atinente à majoração das cotas de pensão por morte em decorrência da aplicação da Lei nº 9.032/95 - nos termos do julgamento proferido pelo Excelso Pretório -, por meio da atenuação da rigidez do instituto da coisa julgada (art. 741, § único, CPC), atende à necessária harmonização que há de existir entre os textos legais e a norma constitucional.

- O benefício da parte autora foi concedido no período denominado “buraco negro”, de sorte que é de ser mantida a revisão da pensão por morte tão somente com base no artigo 144 da Lei 8.213/91, com efeitos financeiros a partir de junho/92.

- Necessária a incidência dos tetos legais, bem como o desconto dos valores pagos em sede administrativa, bem como atendida a prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação.

- A correção monetária far-se-á observados os termos do aludido Provimento 64 da

Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incluídos os índices expurgados pacificados no STJ, conforme percentagens nos meses apontados no Capítulo V, item 1, afastada, porém, a SELIC, porquanto citada taxa acumula juros e índices de atualização monetária, estes já abrangidos pelo Provimento em testilha. A partir de 01.07.09, aplicar-se-á o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09.

- A taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente. Tal percentual se aplica até 30.06.09.
- A partir de 01.07.09, a Lei 11.960, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, estabeleceu, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a incidência, de uma única vez, de correção monetária e juros aplicados à caderneta de poupança.
- Determinada a sucumbência recíproca. Parte segurada isenta, pois beneficiária da Assistência Judiciária.
- Parcial provimento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

Trata-se de apelação cível interposta pela parte embargada em face da r. sentença que julgou procedentes os embargos à execução opostos pelo INSS, em sede de ação de revisão de benefício previdenciário, com fundamento na inexigibilidade do título executivo judicial, nos termos do art. 741, § único, do CPC (fls. 31-43).

A recorrente sustenta que não é cabível, *in casu*, a relativização da coisa julgada preconizada pelo retroaludido dispositivo legal (fls. 48-53).

Sem a apresentação das contrarrazões vieram os autos a esta E. Corte (fls. 59-59v.).

É o relatório.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

A parte autora ajuizou a presente ação aos 24.10.2003, pleiteando a revisão de seu

benefício previdenciário de pensão por morte, a fim de lograr a majoração do percentual de seu coeficiente de cálculo, consoante o critério estabelecido no artigo 75 da Lei nº 8.213/91 e nos termos da nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 9.032/95, com o pagamento dos consectários legais (fls. 02-06 do apenso).

Procedente o pedido (fls. 70-80 do apenso), determinou-se o recálculo da pensão, mediante a majoração do coeficiente de cálculo de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do referido valor quantos fossem os dependentes, até o máximo de 02 (dois).

Citada, a autarquia opôs embargos à execução, pleiteando a declaração de inexigibilidade do título, haja vista o julgamento dos recursos extraordinários nº 415454/SC e 416827/SC (Rel. Min. Gilmar Mendes), nos quais decidiu-se que as pensões por morte concedidas anteriormente à edição das Leis nº 8.213/91 e 9.032/95 não deviam ser revistas (fls. 02-13).

Acolhidos os argumentos do Instituto, os embargos do devedor foram julgados procedentes (fls. 31-43).

CONSIDERAÇÕES

A Lei Orgânica da Previdência Social - Lei 3.807, de 26-08-1960, determinava que o benefício de pensão por morte consistiria numa renda mensal correspondente a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, denominado cota-família, acrescido de 10% (dez por cento) a cada dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

O critério até então fixado, acerca do percentual da parcela familiar, foi mantido no art. 41 do Decreto 83.080, de 24-01-1979, e no art. 48 do Decreto 89.312, de 23-01-1984.

Com o advento da Lei 8.213/91, o sistema previdenciário teve sua sistemática alterada, quanto ao percentual do salário-de-benefício.

A princípio, determinava o art. 75 do regramento em epígrafe que o valor da pensão por morte correspondia a 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da referida aposentadoria até quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (dois) e 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso, caso o falecimento decorresse de acidente do trabalho.

Por sua vez, modificando a Lei 8.213/91, foi editada a Lei 9.032, de 28-04-1995, que alterou as regras atinentes à pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente de trabalho, mormente quanto ao percentual do benefício em questão, elevando o coeficiente de aplicação a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício do segurado, o que foi mantido pela Lei 9.528, de 10-12-1997.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado aos 8 de fevereiro de 2007, referente aos Recursos Extraordinários do INSS 415454/SC e 416827/SC, Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu de forma contrária à tese acima expendida, isto é, as pensões por morte concedidas anteriormente à edição da Lei nº 9.032/95 não deviam ser revistas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei nº 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a petionária (DJ 2.9.2005).

4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).

5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido.

6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) nº 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE nº 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE nº 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005.

7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei nº 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei nº 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE nº 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) nº 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) nº 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS nº 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.4.2005.

9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE nº 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE nº 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) nº 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) nº 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE nº 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006.

10. *De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.*

11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).

12. *Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.*

13. *O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's no 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005.*

14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

15. *Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.*

16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art. 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.

17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.

(STF - Pleno, RE 415454/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 08-02-2007, DJU 26-10-2007, p. 00042) (g.n.)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 25/6/1972, recebendo através do benefício nº 020.719.902-7, aproximadamente o valor de R\$ 248,94. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei nº 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

3. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).

4. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido.

5. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) nº 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE nº 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE nº 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005.

6. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei nº 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei nº 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

7. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência

para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE nº 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) nº 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) nº 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS nº 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.4.2005.

8. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE nº 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE nº 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) nº 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) nº 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE nº 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006.

9. *De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.*

10. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).

11. *Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.*

12. *O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's nº 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005.*

13. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

14. *Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.*

15. No caso em apreço, aplica-se o teor do art. 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.

16. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.

(STF - Pleno, RE 416827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, maioria, j. 08-02-2007, DJU 26-10-2007, Ata 47/2007) (g.n.)

Anote-se que também o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se acerca da matéria:

Súmula 340. A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

A 3ª Seção desta Casa igualmente já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, quando deliberou:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO. MAJORAÇÃO DO COEFICIENTE DE CÁLCULO DE PENSÃO POR MORTE MEDIANTE A INCIDÊNCIA IMEDIATA DAS LEIS 8.213/91 E 9.032/95. ENTENDIMENTO DO STF NO SENTIDO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

- A divergência refere-se à majoração do coeficiente de cálculo dos benefícios percebidos pela embargada.

- Nos termos da Lei 8.213/91, o coeficiente era de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do referido valor quantos fossem os dependentes, até o máximo de 2 (dois) e 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do falecimento.

- Posteriormente, a Lei 9.032/95 elevou o percentual, que passou a corresponder a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício devido.

- Parte da jurisprudência entendia que a lei nova, mais benéfica aos segurados, deveria incidir sobre os benefícios, de imediato, inclusive sobre aqueles adrede concedidos.

- No entanto, o Plenário do E. STF, em julgamento realizado em 08.02.2007, nos recursos extraordinários 415454 e 416827, interpostos pelo INSS, cujo Relator foi o Exmo. Min. Gilmar Mendes, decidiu de forma contrária, ao entender que as pensões por morte concedidas anteriormente à edição da Lei 9.032/95 não devem ser integrais, não cabendo, portanto, a revisão pleiteada.

- Embargos infringentes providos para o fim de não considerar devido o aumento do coeficiente de cálculo dos benefícios concedidos à parte autora. Prevalência do voto vencido.

(TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 583746, proc. 2000.03.99.020285-7, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., DJU 23-08-2007, p. 938)

A reforma do julgado no tópico atinente à majoração das cotas de pensão por morte, em decorrência da aplicação do retrocitado diploma normativo (Lei nº 9.032/95), por meio da atenuação da rigidez do instituto da coisa julgada (art. 741, § único, CPC), atende à necessária harmonização que há de existir entre os textos legais e a norma constitucional. No que toca à incidência do dispositivo legal referido, entendo correto o entendimento do *decisum* vergastado.

É de se aceitar a determinação da r. sentença, todavia, não para fulminar, *in totum*, o título executivo judicial, dado o recálculo que é devido às pensões, decorrente do Plano de Benefícios (Lei nº 8.213/91).

É que o benefício da parte autora foi concedido aos 10.08.90, isto é, no período denominado “buraco negro”, de sorte que há de ser mantida a revisão da pensão por morte com base no artigo 144 da lei 8.213/91, com efeitos financeiros a partir de junho/92, consoante o seu parágrafo único, observada a prescrição quinquenal parcelar, retroativamente, a partir do ajuizamento da ação.

Transcrevo o dispositivo legal em comento:

Art. 144. Até 1º de junho de 1.992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1.988 e 5 de abril de 1.991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

Seu parágrafo único é claro quanto à efetivação de referido recálculo, bem como a respeito da vedação dos respectivos pagamentos:

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.

Nesse sentido, os julgados proferidos por esta Oitava Turma, de que fui Relatora, *in verbis*:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RENDA MENSAL INICIAL. CRITÉRIO DE CÁLCULO.

- Na apuração da renda mensal inicial devem ser considerados os salários-de-contribuição constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, informações que gozam de presunção de veracidade.

- Tratando-se de benefício concedido no período denominado de “buraco negro”, o cálculo da renda mensal deve ser feito segundo os parâmetros do Decreto nº 89.312/84 e, posteriormente, da Lei nº 8.213/91, não sendo devidas quaisquer diferenças decorrentes do recálculo entre as competências de outubro de 1988 a maio de 1992, nos termos do artigo 144, parágrafo único, da Lei de Benefícios.

- *O coeficiente da pensão por morte, entre agosto de 1990 e maio de 1992, equivalia a 60% do salário-de-benefício, sendo majorado para 90% em virtude do novel legislativo.*

- Apelação a que se dá parcial provimento para determinar o prosseguimento da execução em quantia correspondente a R\$ 24.461,36 (vinte e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos), para fevereiro de 1999.

(AC 2000.03.00.99.007082-5, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, 8ª Turma, v.u., DJF3 CJ2 09.06.2009, p. 488)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO DO COEFICIENTE. ART. 75, LEI 8.213/91 E REDAÇÃO DA LEI 9.032 /95. ART. 535, CPC. PREQUESTIONAMENTO. STF, PLENO: REs 415454/SC e 416827/SC. SÚMULA 340, STJ. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. EFEITOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO CONCEDIDO NO DENOMINADO “BURACO NEGRO”. MANTIDA A REVISÃO PREVISTA NO ART. 144 E PARÁGRAFO ÚNICO. DESCONTADOS EVENTUAIS PAGAMENTOS EFETUADOS ADMINISTRATIVAMENTE.

- A LOPS (Lei 3.807/60) determinava que o benefício de pensão por morte consistiria numa renda mensal correspondente a cinquenta por cento do salário-de-benefício, denominado cota-família, acrescido de dez por cento a cada dependente, até o máximo de cem por cento. O critério até então fixado foi mantido no art. 41 do Decreto 83.080/79 e no art. 48 do Decreto 89.312/84. Com o advento da Lei 8.213/91, o sistema previdenciário teve sua sistemática alterada, quanto ao percentual do salário-de-benefício.

- *Determinava o art. 75 da Lei 8.213/91 que o valor da pensão por morte correspondia a oitenta por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de dez por cento do valor da referida aposentadoria até quantos forem os seus dependentes, até o máximo de dois e cem por cento do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso, caso o falecimento decorresse de acidente do trabalho.*

- A Lei 9.032/95 alterou as regras atinentes à pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente de trabalho, mormente quanto ao percentual do benefício, elevando o coeficiente de aplicação a cem por cento do salário-de-benefício do segurado, o que foi mantido pela Lei 9.528/97.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 08-02-2007, REs 415454/SC e 416827/SC (Rel. Min. Gilmar Mendes), decidiu, todavia, que as pensões por morte concedidas anteriormente à edição das Leis 8.213/91 e 9.032 /95 não deviam ser revistas.
 - Excepcionalidade do caso a permitir efeitos infringentes aos embargos declaratórios. Pedido de majoração de coeficiente de pensão por morte julgado improcedente.
 - *O benefício da parte autora foi concedido no período denominado “buraco negro”, de sorte que é de ser mantida a revisão da pensão por morte com base no artigo 144 da lei 8.213/91, com efeitos financeiros a partir de junho/92, consoante o seu parágrafo único, observada a prescrição quinquenal parcelar.*
 - Não se há falar em *reformatio in pejus* pela aplicação de referido dispositivo legal, visto que a r. sentença e o v. acórdão embargado haviam elevado o coeficiente da pensão por morte para 100% (cem por cento) sobre o salário de benefício, sendo que a revisão ora tratada representa um *minus* em relação à aplicação das Leis 9.032 /95 e 9.528/97.
 - Destaque-se que eventuais pagamentos efetuados no âmbito administrativo deverão ser compensados na fase executória, para não configuração de enriquecimento sem causa.
 - Esclareço que havendo sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento da verba honorária de seus respectivos patronos, em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, atualizadas monetariamente, além do rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais (art. 21, “caput”, CPC). Entretanto, no caso em apreço, nada há a ser distribuído e compensado entre as partes, tendo em vista ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.
 - Embargos de declaração acolhidos.
- (AC 2003.61.83.014141-o, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, 8ª Turma, v.u., DJU 17.11.2010) (g.n.)

Esclareça-se que a majoração do coeficiente da pensão pela aplicação do referido dispositivo de lei (art. 144, Lei nº 8.213/91) não importa em *reformatio in pejus*, visto que o julgado proferido na ação de conhecimento havia elevado o coeficiente da pensão por morte para 100% (cem por cento) sobre o valor da aposentadoria a que teria direito o segurado falecido, sendo que a revisão ora tratada representa um *minus* em relação à aplicação das Leis nº 9.032/95 e 9.528/97.

Destaque-se que eventuais pagamentos efetuados no âmbito administrativo deverão ser compensados na fase executória, para não configuração de enriquecimento sem causa.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA

Com respeito à correção monetária das parcelas devidas em atraso, encontra-se em plena vigência o Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, de 28.04.2005, que impôs obediência aos critérios previstos nos Manuais de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (aprovados por força das Resoluções nº 242, de 03.07.2001, 561, de 02.07.2007 e 134, de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal), disciplinadores dos procedimentos para elaboração e conferência de cálculos, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Feitas tais considerações, a correção monetária far-se-á observados os termos do aludido Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incluídos os índices expurgados pacificados no STJ, conforme percentagens nos meses apontados no Capítulo V, item 1, afastada, porém, a SELIC, porquanto citada taxa acumula juros e índices de atualização monetária, estes já abrangidos pelo Provimento em testilha. A partir de 01.07.09, aplicar-se-á o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09.

No que pertine aos juros de mora, o art. 1.061 do Código Civil anterior, de 1916, estabelecia que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionados era de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês. Os juros legais devidos *ex lege*, ou quando as partes os convencionavam sem taxa convencionada, também observavam a taxa adrede indicada (art. 1.062 do CC).

Aos débitos da União e respectivas autarquias, e, assim, aos previdenciários, à míngua de determinação legal expressa e contrária, aplicava-se o estatuto civil (art. 1º da Lei nº 4.414, de 24.09.64), portanto, os juros moratórios eram de seis por cento ao ano.

Entretanto, o art. 406 do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, alterou a sistemática sobre o assunto e passou a preceituar que, na hipótese de não haver convenção sobre os juros moratórios, ou se o forem sem taxa estabelecida, ou quando oriundos de comando legal, devem os mesmos ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

O art. 161 do Código Tributário Nacional reza que o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros moratórios, e o seu parágrafo primeiro explicita que, se a lei não estabelecer diversamente, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, 12% (doze por cento) ao ano.

Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente. Tal percentual se aplica até 30.06.09.

A partir de 01.07.09, a Lei 11.960, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, estabeleceu, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a incidência, de uma única vez, de correção monetária e juros aplicados à caderneta de poupança.

O último diploma legal referido, constante do Manual de Cálculos aprovado pela Resolução nº 134, de 21.12.2010, do Conselho da Justiça Federal, aplica-se à espécie, pelo que não se há falar em *reformatio in pejus*, tendo sido acolhido pela E. 3ª Seção desta Corte (AR 2004.03.00.048824-3, DJUe 08. 04.2011) e pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (AI 842063, Plenário Virtual, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 17.06.2011, m.v., DJE 02.09.2011).

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Esclareço que havendo sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento da verba honorária de seus respectivos patronos, em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, atualizadas monetariamente, além do rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais, nos termos do artigo 21, “caput”, do Código de Processo Civil. Entretanto, no caso em apreço, nada há a ser distribuído e compensado entre as partes, tendo em vista ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE EMBARGADA, A FIM DE RESSALVAR O TÓPICO VERSADO NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE SE REFERE À REVISÃO DO BENEFÍCIO COM BASE NO ART. 144 E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/91, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

PARCELAR E DESCONTADOS EVENTUAIS PAGAMENTOS EFETUADOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA NOS TERMOS DO VOTO. DETERMINADA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

É o voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0023447-17.2008.4.03.0000
(2008.03.00.023447-0)

Autora: GERALDA FERREIRA DOS SANTOS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BILAC - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: AR 6278
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2012

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, VII, DO CPC. AÇÃO AJUIZADA NO TJ/SP E PROTOCOLIZADA NO TRF-3 APÓS O PRAZO DECADENCIAL. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. PRECEDENTE DA 3ª SEÇÃO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO TAMBÉM REJEITADA. DOCUMENTO NOVO NÃO APTO A DESCONSTITUIR O JULGADO. PEDIDO DE RESCISÃO DO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A ação protocolizada em 06.11.2007, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, incompetente para analisá-la, já que o prolator da sentença rescindenda, o Juízo da Vara Única da Comarca de Bilac/SP, atuou por força da delegação prevista no Art. 109, §§ 3º e 4º, da CR/88. Em 18.12.2007, o TJ/SP não conheceu da ação rescisória e determinou sua remessa a este TRF. Posteriormente, em 06.03.2008, os autos foram encaminhados a esta Corte, porém seu recebimento, na Subsecretaria de Registro e Informações Processuais, ocorreu somente no dia 25.06.2008. Como o processo originário transitou em julgado em 24.04.2006, é de se consignar que na data de envio dos autos havia ainda um mês e meio para o final do biênio legal.

2. Não se desconhece que o prazo de decadência é peremptório, e que, segundo a posição manifesta pelo C. STJ, a propositura da ação rescisória perante Tribunal incompetente não tem o condão de suspender ou interromper o prazo decadencial (AgRg na AR 3.115/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 183). Entretanto, como já decidiu esta E. 3ª Seção, a demora de três meses para chegada dos autos da Justiça Estadual a este TRF, devida a questões afetas ao serviço público, não pode reverter em prejuízo da parte autora, razão por que tenho que o ajuizamento da demanda foi tempestivo, considerando-se a data de remessa dos autos a este Tribunal como a data em que o feito passou para a esfera competente. Precedente. Preliminar de decadência rejeitada.

2. A despeito do processo judicial que concedeu o benefício (NB 142.427.103-4) de aposentadoria por idade à autora, entendo que remanesce seu interesse ao provimento jurisdicional objetivado nestes autos, em vista da possibilidade de condenação do INSS ao pagamento de parcelas atrasadas e demais consectários de sucumbência, motivo por que rejeito a preliminar de carência de ação.

3. O documento novo apresentado, consubstanciado por cópias dos autos judiciais em que foi concedido o benefício de aposentadoria rural ao marido da autora, embora

possa robustecer o início de prova material já aduzido, não possui a capacidade de, por si só, alterar favoravelmente a conclusão do julgado, condição imprescindível para o sucesso da ação rescisória fundada no Art. 485, VII, do CPC.

4. Preliminares rejeitadas e pedido de rescisão do julgado, com fundamento no Art. 485, VII, do CPC, julgado improcedente. Sem condenação nos ônus da sucumbência, por ser a autora beneficiária da Justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, por unanimidade, julgar improcedente o pedido de rescisão do julgado, com fundamento no Art. 485, VII, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2012.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada em 06/11/07, por Geralda Ferreira dos Santos, com fundamento no Art. 485, VII, do CPC, visando à rescisão de sentença proferida pela Justiça de Bilac/SP, que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural.

O v. acórdão transitou em julgado em 05/04/06 para a autora e 20/04/06 para o INSS (fl. 63).

Requer a parte autora a rescisão do julgado e o rejugamento da causa subjacente, sustentando que a lide originária foi instruída com certidão de casamento e certidão de nascimento do filho, documentos em que consta a condição de lavrador do marido, mas que a decisão rescindenda considerou precárias as provas materiais de seu labor rural. Acrescenta, todavia, que antes da prolação da r. sentença, protocolizou petição, nos autos originários, para juntada de cópias do processo judicial em que seu cônjuge teve reconhecido o direito à aposentadoria por idade rurícola. Argumenta que referidos documentos novos só foram juntados àqueles autos 42 dias após o protocolo, portanto, posteriormente à sentença. Arrazoa, por fim, que o reconhecimento do labor rural do cônjuge deve ser extensível à esposa, conforme interpretação adotada pela jurisprudência.

A ação foi inicialmente proposta perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou competente, em se tratando de rescisória ajuizada com vistas à rescisão de sentença proferida em ação previdenciária contra o INSS, este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para onde se determinou o encaminhamento dos autos, consoante acórdão prolatado pela Décima Sétima Câmara de Direito Público do TJ/SP (fls. 74-77).

Após a distribuição da demanda, perante esta Corte, foram concedidos os benefícios da Justiça gratuita à autora, à fl. 85.

Devidamente citado, o INSS ofereceu contestação (fls. 91-109), na qual argui, preliminarmente, a decadência do direito de ação da proponente, já que o feito foi recebido neste Tribunal somente em 25/06/08, após mais de dois anos do trânsito em julgado, ocorrido em 26/04/06. Argumenta que a propositura da ação junto ao TJ/SP não tem o condão de interromper ou suspender o prazo prescricional, visto que o endereçamento incorreto da causa implica em descumprimento aos Arts. 488 e 282, do CPC, e que a tempestividade deve ser aferida com base na data em que a ação rescisória é protocolizada junto à Corte competente. Aduz que a autora é carecedora de ação, em vista da ausência do interesse de agir, pois já vem recebendo, desde 13/07/07, o benefício de aposentadoria por idade nº 142.427.103-4, deferido em face de decisão judicial; acrescenta, ainda, que esta não é a via adequada para rediscussão da lide subjacente. No mérito, infere que os documentos ora colacionados não são realmente novos, pois já apresentados em Juízo antes da decisão rescindenda, e que caberia à autora se utilizar de meio de impugnação próprio, no momento oportuno, a fim de que fossem devidamente considerados. Juntou extrato do CNIS.

Em réplica (fls. 114-118), a querelante sustenta que as alegações trazidas pela autarquia são infundadas e se revestem de caráter protelatório. Reitera que os documentos que comprovam a concessão de aposentadoria por idade rural a seu marido foram protocolizados em 03/02/06, todavia, somente foram juntados aos autos primitivos em 15/03/06, após a prolação da decisão rescindenda, em 03/02/06, e que através dessa nova prova deve ter reconhecido também o seu direito à aposentadoria, pois, como já dito, a jurisprudência sobre a matéria tem se manifestado no sentido de que a condição de lavrador do marido deve ser estendida à esposa.

Decorreu “in albis” o prazo para que as partes especificassem outras provas a serem produzidas (fls. 125).

Razões finais da requerente a fls. 133-137, com reiteração de todas as alegações já apresentadas.

Razões finais do INSS a fls. 138-146, em que, preliminarmente, destaca que a autora não se manifestou acerca da prejudicial de mérito decorrente ausência do interesse de agir, por já estar em gozo de aposentadoria por idade rural. No mais, faz repetir os termos já aduzidos em contestação.

O MPF ofereceu parecer em favor da extinção da ação sem julgamento do mérito, em face da decadência operada.

É o relatório.

Retifique-se a relatoria do feito na autuação.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A preliminar de decadência, arguida pela parte ré e encampada no parecer ofertado pelo ilustre procurador do Ministério Público Federal, não merece prosperar.

Cumpre anotar que, em 06.11.2007, a presente ação foi, equivocadamente, protocolizada

junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, incompetente para analisá-la já que o prolator da sentença rescindenda, o Juízo da Vara Única da Comarca de Bilac/SP, atuou por força da delegação prevista no Art. 109, §§ 3º e 4º, da Constituição da República.

Consta que, em 18.12.2007, a 17ª Câmara de Direito Público do TJ/SP não conheceu da ação rescisória e determinou sua remessa ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante o acórdão de fls. 74-77, publicado em 28.02.2008 (fl. 78). Posteriormente, em 06.03.2008, os autos foram encaminhados a esta Corte, porém seu recebimento na Subsecretaria de Registro e Informações Processuais do TRF-3 ocorreu somente no dia 25.06.2008 (fl. 82). Como o processo originário transitou em julgado em 24.04.2006, é de se consignar que, na data de envio dos autos, havia ainda um mês e meio para o final do biênio legal.

Não se desconhece que o prazo de decadência é peremptório, e que, segundo a posição manifesta pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a propositura da ação rescisória perante Tribunal incompetente não tem o condão de suspender ou interromper o prazo decadencial (AgRg na AR 3.115/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 183). Entretanto, como já decidiu esta E. 3ª Seção, a demora de três meses para chegada dos autos da Justiça Estadual a este TRF, devida a questões afetas ao serviço público, não pode reverter em prejuízo da parte autora. *In verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. MATÉRIA PRELIMINAR DECIDIDA COM O MÉRITO. DECADÊNCIA AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE - Imbrica-se com o julgamento de mérito as preliminares arguidas pela parte ré, consistentes nas alegações do caráter recursal da ação rescisória e da inexistência de “documentos novos” e, com aquele, serão apreciadas. - *Não há falar-se em decadência, pois a rescisória, embora ajuizada perante Tribunal incompetente dentro do prazo legal, mas com a protocolização neste Tribunal além biênio decadencial, é tempestiva por força da decisão que reconheceu a competência deste Tribunal ter se dado dentro do prazo decadencial e porque a demora de três meses para chegada dos autos da Justiça Estadual a este TRF não pode ser imputada à parte autora (...).*

(AR 00296600520094030000, DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/04/2011 PÁGINA: 48 FONTE REPUBLICACAO:.)

Portanto, tenho que o ajuizamento da demanda foi tempestivo, considerando-se a data de remessa dos autos a este Tribunal como a data em que o feito passou para a esfera competente.

Superada essa questão, verifico que a ação foi proposta com fundamento no Art. 485, VII, do CPC, e que a inicial preenche os requisitos do Art. 282 do CPC, expondo, com clareza, a causa de pedir e o pedido, este decorrendo logicamente dos fatos narrados, de forma a não embarçar o exercício do contraditório pela parte adversa. Anoto, ainda, que a falha no endereçamento da demanda foi suprida pelo v. acórdão de fls. 74-77, que reconheceu a competência deste Tribunal para julgamento da lide e para esta Corte a encaminhou.

Quanto à preliminar de carência de ação, rejeito-a porque, a despeito do processo judicial que concedeu o benefício de aposentadoria por idade (NB 142.427.103-4) à autora, conforme relatado pelo INSS em contestação, entendo que remanesce o interesse ao provimento jurisdicional objetivado nestes autos, em vista da possibilidade de condenação da autarquia ao pagamento de parcelas atrasadas e demais consectários de sucumbência, no caso de procedência do pedido.

Passo ao exame do pleito de desconstituição do julgado.

A ação rescisória, de natureza constitutivo-negativa, é a via adequada a desconstituir a autoridade da coisa julgada atribuída a decisões de mérito que alcançaram, por força da preclusão máxima advinda de seu trânsito em julgado, a qualidade da imutabilidade. Tendo por causa de pedir uma das hipóteses arroladas no art. 485 do CPC, nulidades para as quais o legislador pretendeu assegurar, por um biênio, a possibilidade de extirpá-las da relação processual originária, a rescisória deve ser admitida excepcionalmente, porquanto, ao contrário dos recursos, não tem por objeto rediscutir a lide.

Por tal razão, o documento novo (art. 485, VII, do CPC) a autorizar o manejo da ação limita-se àquele que, apesar de existente, no curso da ação originária, era ignorado pela parte ou que, sem culpa do interessado, não pode ser utilizado no momento processual adequado, seja porque, por exemplo, havia sido furtado ou se encontrava em lugar inacessível. Outrossim, deve o documento referir-se a fatos que tenham sido alegados no processo original e estar apto a assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento favorável.

No tocante aos rurícolas, a jurisprudência flexibilizou a exigência de demonstração de que o autor da rescisória ignorava a existência dos documentos novos ou de que deles não pode fazer uso no momento oportuno, considerando adequada a solução *pro misero* àqueles que, em situação bastante desigual à de outros trabalhadores, não possuem noções mínimas de seus direitos fundamentais, conforme precedente que ora colaciono:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. DOCUMENTO NOVO. BENEFÍCIO CONCEDIDO. I - A decisão transitada em julgado poderá ser desconstituída com base em documento novo que seja capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável àquele que o apresenta. II - *No caso dos trabalhadores rurais, a jurisprudência tem abrandado os rigores processuais do art. 485, VII, do Código de Processo Civil, admitindo o uso do documento novo ainda que o mesmo seja preexistente, encontrando-se em poder do rurícola quando do ajuizamento da ação originária. Tem-se entendido que, nestes casos, a situação de dificuldade do trabalhador rural, em geral pessoas simples, de baixo grau de instrução, com poucos recursos financeiros e com restrito acesso a informações precisas sobre seus direitos, torna justa a aplicação da solução pro misero, possibilitando o uso de documentos aos quais poderia ter acesso, mas que não foram oportunamente utilizados em razão de sua condição desigual. (...).*

(AR - ACÇÃO RESCISÓRIA - 4567; Processo: 2005.03.00.069251-3; UF: SP; Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 28/04/2011; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 04/05/2011 PÁGINA: 84; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA)

No caso específico dos autos, foram juntados, a título de documento novo, cópias da sentença que concedeu, ao cônjuge da autora, o benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural, proferida em 15.12.2004, e do acórdão prolatado pela Nona Turma deste TRF-3, que confirmou a decisão de 1º grau e antecipou, de ofício, a tutela jurisdicional, em 15.08.2005.

Os seguintes elementos probatórios foram apresentados na ação subjacente: a) certidão de casamento, lavrada em 05/1999, relativa a matrimônio realizado em 04.10.1968 e b) certidão de nascimento de filho, em 07.11.1984, lavrada em 02/2000. Em tais documentos, o cônjuge da autora figura na condição de lavrador.

O início de prova material foi complementado pelos depoimentos colhidos em Juízo, 02.02.2006.

Inquirida, a autora informou que completou a idade de 55 anos em 20 de abril de 2005; que, ao nascer, morou em Santo Antônio do Monte/MG e depois se mudou com a família para Piacatu/SP; que começou a trabalhar com a idade de 15 anos e que acompanhava os pais na lavoura; que trabalhava em vários sítios; que se casou com a idade de 18 anos e, como o marido, sempre exerceu o labor rural; que nunca saiu da cidade de Piacatu e que, já no ano de 2006, esteve laborando para “o Garruti”, na colheita de tomates; que seu marido se aposentou havia pouco tempo, pela via judicial, e que seus filhos todos eram trabalhadores rurais, bóias-frias; que ela e o marido nunca trabalharam na cidade. Após a pergunta: “quanto que a senhora estava ganhando esses últimos dias?”, respondeu, “20 reais, 15”.

O outro depoente, Sr. Avelar Rodolfo Alves, ao ser inquirido, respondeu que não é parente da autora, a quem conheceu há mais de 30 anos, já depois de casada e morando em Piacatu; que ela nunca morou em sítio e, naquela época, já catava tomates, na condição de bóia-fria, assim como seu marido; que trabalhou e continua a trabalhar com a requerente, na lavoura, e que ela sempre exerceu aquela atividade; que nos últimos tempos a autora prestou serviços “pro Garruti, Dorival, Cidinho, Tomé”. Que recentemente havia trabalhado com a autora para o Sr. Garruti e que o cônjuge daquela, apesar de aposentado, continuava trabalhando; que a autora tinha sete filhos, cinco homens e duas mulheres, todos exercendo o mesmo ofício dos pais; que jamais a autora, ou o marido, trabalharam na cidade; que a última vez que laborou com a autora foi “o mês passado”, “no Garruti”. “catando tomate”; recebendo “18 conto” por dia; que é vizinho da querelante e que ela possui uma “casa de gente pobre, pequena”.

Foi reperguntado pela advogada da requerente se “a casa é de madeira ou de tábua”, ao que o depoente respondeu “de tábua”. Dada a palavra ao procurador do INSS, foi reperguntado: “nesses últimos tempos o senhor poderia dizer para quem o senhor trabalhou junto com ela”, havendo como resposta “Garruti”, de 2005 a 2006.

Segundo a sentença prolatada pelo MM. Juízo *a quo*, “(...) a prova documental é apenas indiciária do trabalho rural da Autora e se resume a certidões em que consignada a profissão do marido como lavrador ... A prova oral não corroborou a prova documental e as alegações iniciais. A única testemunha ouvida descreveu genericamente o suposto trabalho rural da Autora, sem determinar períodos específicos, e informou que o valor da diária era R\$ 18,00 fazia já um ano (fls. 36). A Autora, em depoimento pessoal, não soube nem dizer o correto valor da diária de seu suposto trabalho rural, respondendo que era R\$ 20,00, depois R\$ 15,00 (fls. 35). Observo, ainda, que a versão da autora, em depoimento pessoal, diverge das alegações iniciais, referindo-se, a primeira, a trabalho como diarista e, a segunda, a trabalho em regime de economia familiar ... a prova, consistente em declarações de uma testemunha e em certidões em que consignada a profissão do marido da Autora, é precária e genérica, e não convence o Juízo sobre o suposto trabalho rural da Autora no período alegado”.

Observa-se, portanto, que, malgrado o início de prova material apresentado, a improcedência do pedido foi fundamentada, sobretudo, na fragilidade, contraditoriedade e desconformidade da prova testemunhal produzida, considerada inapta para a comprovação do alegado tempo de labor rural da requerente.

O documento novo apresentado nesta demanda, consubstanciado por cópias dos autos judiciais em que foi concedido o benefício de aposentadoria rural ao marido da autora, embora possa robustecer o início de prova material já aduzido, não possui a capacidade de, por si só, alterar favoravelmente a conclusão do julgado, condição imprescindível para o sucesso da ação rescisória fundada no Art. 485, VII, do CPC.

Ressalte-se que a decisão nestes autos não enseja a cessação do benefício de aposentadoria por idade que a parte autora já vem recebendo, NB 142.427.103-4, concedido mediante decisão judicial proferida em outros autos (conforme extratos do Sistema Plenus/CNIS juntados a fls. 103-105), cuja discussão, se o caso, deverá ser feita por via própria.

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, julgo improcedente o pedido de rescisão do julgado.

Sem condenação nos ônus da sucumbência, por ser a autora beneficiária da Justiça gratuita.

É como voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0044816-33.2009.4.03.0000

(2009.03.00.044816-4)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 78/79

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: ANTONIO DE MARTINI

Representante: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MIRANDÓPOLIS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE

Classe do Processo: AI 394746

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO. INTEMPESTIVO. PROCURADOR AUTARQUICO REGULARMENTE INTIMADO PARA AUDIENCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. LEITURA DA SENTENÇA EM AUDIENCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA RECORRER. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não merece reparos a decisão recorrida que negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão proferida no juízo de primeira instância, que deixou de receber recurso de apelação interposto pela Autarquia fora do prazo legal e determinou a certificação do trânsito em julgado da sentença proferida em audiência.

II - Os artigos 242, § 1º e 506, inc. I, ambos do CPC, dispõem que proferida decisão ou sentença em audiência de instrução e julgamento, a partir de sua leitura inicia-se a contagem do prazo para a interposição de recurso.

III - Para tanto, o representante da parte deve ter sido regularmente intimado a comparecer ao ato, ainda que não o faça.

IV - A regra geral prevista nos dispositivos citados, alcança também os procuradores federais, devendo ser assegurado contudo que a intimação para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento obedeça a forma prevista no art. 17, da Lei nº 10.910/2004, que resguarda a prerrogativa de intimação pessoal.

V - A regular intimação do procurador federal da realização da audiência de instrução e julgamento deu-se em 03/03/2009, conforme carta precatória juntada em 24/03/2009.

VI - Consideram-se intimadas as partes no momento em que houve a leitura da decisão em audiência, em 12/05/2009.

VII - Há se reconhecer a intempestividade do recurso autárquico interposto somente em 29/06/2009.

VIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões monocráticas proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

IX - Diante de tais elementos, não merece reparos a decisão recorrida, posto que calcada em precedentes desta E. Corte e do C. STJ.

X - Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2012.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): O Instituto Nacional do Seguro Social interpõe agravo, com fundamento no art. 557, § 1º do CPC, da decisão proferida a fls. 78/79, que negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão proferida no juízo de primeira instância, que deixou de receber o recurso de apelação interposto pela Autarquia fora do prazo legal.

Alega o recorrente, em síntese, que embora não tenha comparecido à audiência de instrução e julgamento, o prazo para recorrer deve ser contado a partir da ciência do procurador autárquico da sentença, vez que goza da prerrogativa da intimação pessoal.

Requer a retratação da decisão monocrática agravada ou a apresentação dos autos em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Não procede a insurgência do recorrente.

A decisão recorrida negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão proferida no juízo de primeira instância, que deixou de receber recurso de apelação interposto pela Autarquia fora do prazo legal e determinou a certificação do trânsito em julgado da sentença proferida em audiência.

Consoante o disposto no § 1º, do art. 242 e art. 506, inc. I, ambos do CPC, proferida decisão ou sentença em audiência de instrução e julgamento, a partir de sua leitura inicia-se a contagem do prazo para a interposição de recurso.

Para tanto, o representante da parte deve ter sido regularmente intimado a comparecer ao ato, ainda que não o faça.

Por oportuno trago à colação verbete extraído da obra “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor” - Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery - Editora Revista dos Tribunais - 10ª edição - 2007 - p. 488, em comentário ao art. 242:

2. *Audiência.* Do ato proferido em audiência, considera-se intimada a parte que fora regularmente intimada para a audiência, sendo irrelevante o seu comparecimento ou não àquele ato.

O dies *a quo* do prazo é a data da audiência onde foi proferida a decisão (Nery, Recursos, n. 3.4.1.4, p. 343/344). No mesmo sentido: Barbosa Moreira, Coment., n. 197, p. 358/359)

No mesmo sentido, o entendimento jurisprudencial pacífico no E. STJ:

Apelação. Início do prazo. Sentença proferida em audiência.

1. Se a parte interessada não esteve presente na audiência, mesmo devidamente intimada, e nela foi proferida a sentença, incide o art. 242, § 1º, do Código de Processo Civil, não colhendo fruto a argumentação de não ser possível publicar a sentença em audiência de conciliação, matéria que não está sendo questionada e que poderia sê-lo no recurso de apelação, que ficou intempestivo.

2. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp 164891/RS RECURSO ESPECIAL - 1998/0012240-O Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 04/03/1999 Data da Publicação/Fonte DJ 26.04.1999 p. 94 RCJ vol. 96 p. 47 - Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

A regra geral prevista nos dispositivos citados, alcança também os procuradores federais, devendo ser assegurado contudo que a intimação para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento obedeça a forma prevista no art. 17, da Lei nº 10.910/2004, que resguarda a prerrogativa de intimação pessoal.

Neste sentido, trago à colação:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. PROCURADOR DO INSS INTIMADO PESSOALMENTE DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA. NÃO COMPARECIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE DE NOVA INTIMAÇÃO.

1. Não incorre em violação ao art. 535 do CPC o acórdão que não apresenta qualquer vício consistente em omissão, contradição ou obscuridade, não servindo os Embargos de Declaração para a mera reapreciação de matéria já decidida.

2. Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença (art. 242, § 1º do CPC).

3. Mesmo não tendo o Procurador do INSS comparecido à audiência de que foi pessoalmente intimado, presume-se intimado da sentença proferida nessa oportunidade, uma vez que é dever do patrono zelar pela causa que defende, cabendo a ele acompanhar o andamento do feito, a fim de tomar as providências necessárias ao seu regular processamento.

4. Recurso Especial do INSS improvido.

(STJ - RESP 200701952254 RESP - RECURSO ESPECIAL - 981313 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJ DATA: 03/12/2007 PG: 00362 Data da Decisão 09/10/2007 Data da Publicação 03/12/2007 Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

No caso dos autos, verifico a regular intimação do procurador federal da realização da audiência de instrução e julgamento, em 03/03/2009, conforme carta precatória juntada em 24/03/2009 (fls. 26v./28v.).

Assim, considerando-se intimadas as partes no momento em que houve a leitura da decisão em audiência, em 12/05/2009, considera-se intempestivo o recurso autárquico interposto somente em 29/06/2009.

Por essa razão, não merece reparos a decisão agravada.

É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões monocráticas proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido, cabe colacionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante a Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei.

Diante de tais elementos, não merece reparos a decisão recorrida, posto que calcada em precedentes desta E.Corte e do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

- Sobre a contagem do prazo para recurso em caso de sentença publicada em audiência, estando ausente o procurador autárquico, veja também o seguinte julgado: Ag Ag 2005.03.00.063030-1/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicado na RTRF3R 91/73.

APELAÇÃO CÍVEL
0006099-88.2010.4.03.6119
(2010.61.19.006099-8)

Apelante: VALDOMIRO FRAGA (= ou > de 60 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1561104
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE APÓS A APOSENTADORIA. “DESAPOSENTAÇÃO”: RENÚNCIA A BENEFÍCIO ORIGINÁRIO EM PROL DE NOVA APOSENTADORIA, PECUNIARIAMENTE MAIS BENÉFICA. INADMISSIBILIDADE.

1. O fato de o trabalhador, já aposentado, voltar a contribuir com o sistema, sem dele auferir novos benefícios, não pode ser considerado enriquecimento ilícito por parte da Previdência Social. A permanência ou o retorno ao mercado do trabalho é opção do aposentado. Por outro lado, o sistema é de filiação e contribuições obrigatórias e, apesar do seu caráter contributivo, as contribuições não implicam necessariamente em contraprestações, tendo em vista o caráter público da Previdência e os seus princípios inspiradores, entre os quais o da solidariedade.
2. O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta ao aposentado que tornar à ativa a concessão de benefícios diversos daqueles expressamente previstos. É legítima, do ponto de vista constitucional, a política legislativa que pretende limitar a concessão de benefícios para trabalhadores e famílias já assistidos pela Previdência Social, como forma de manter o equilíbrio atuarial e propiciar a universalidade da cobertura e do atendimento.
3. A alteração da sistemática atual, visando ao aproveitamento de contribuições posteriores à aposentação para revisão e majoração dos benefícios, somente pode partir do Poder Legislativo, no uso de sua competência normativa.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Cuida-se de apelação interposta pela parte autora, em face de sentença prolatada em autos de demanda previdenciária ajuizada com o objetivo de ver reconhecido o direito à “desaposentação”, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela recorrente, por outra mais vantajosa, com o

cômputo de contribuições previdenciárias correspondentes ao exercício laboral posterior ao primeiro afastamento, sem que se veja obrigada a proceder à restituição dos valores percebidos a título do benefício originário.

A r. sentença recorrida, proferida nos moldes do art. 285-A do CPC, inclusive com indicação e reprodução do paradigma, julgou improcedente o pedido formulado, vindo a condenar a parte autora ao pagamento de verba honorária, suspenso em razão de ser a demandante beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada, sustenta a apelante, em apertada síntese, possuir o direito à “desaposentação”, pelo que requer a reforma da r. sentença recorrida, com a consequente condenação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS nos consectários derivados do acolhimento de seu pedido.

Regularmente processados, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): A questão da “desaposentação”, como vem sendo chamada, não implica, em verdade, em desfazimento ou renúncia à aposentadoria. O que se quer, para além da nomenclatura utilizada, é a majoração do benefício de aposentadoria já concedido, quando o aposentado permanece ou volta ao mercado de trabalho e passa a contribuir novamente com a Previdência Social.

Portanto, a verdadeira questão jurídica *sub examine* não versa sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria, nem mesmo sobre o ato jurídico perfeito em que consistiria a aposentadoria concedida.

Perquire-se, sim, se é lícito e constitucional que o trabalhador já aposentado, que volte ao mercado de trabalho, passe a contribuir para a Previdência Social sem que as contribuições posteriores à aposentadoria resultem em novas prestações em seu favor, além daquelas nominadas no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, *não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade*, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei 9.528, de 1997). (grifei)

É sabido que, anteriormente, a Lei 8.213/91, nos seus arts. 81 a 85, previa o pecúlio, isto é, a devolução das contribuições pagas pelo trabalhador já aposentado que tivesse permanecido ou retornado ao mercado de trabalho. O pecúlio restou extinto em 1994 e a questão foi disciplinada pelo art. 18, § 2º, acima transcrito.

Inicialmente, entendo que, para se conceder o que se pede nas ações ditas de “desaposentação”, seria necessário declarar-se a inconstitucionalidade do já citado art. 18, § 2º, submetida à reserva de Plenário, uma vez que a questão não foi ainda decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não me parece, com efeito, que haja outra interpretação para o artigo em questão, que não o de impedir quaisquer efeitos previdenciários para as novas contribuições, recolhidas, depois da aposentadoria, pelo beneficiário que permaneça ou volte ao mercado de trabalho. A lei é explícita em permitir apenas o salário-família e a reabilitação profissional, afastando, pois, o auxílio-doença e outros benefícios; decorre logicamente daí, da mesma forma, a vedação do aproveitamento das novas contribuições para a majoração dos valores do benefício concedido anteriormente.

Sob o prisma de sua constitucionalidade, tenho que a norma em questão não fere a Carta Magna e o seu alcance está no âmbito de discricionariedade do legislador. A amplitude das coberturas da Previdência Social no Brasil e o número de cidadãos atendidos por esse sistema, um dos maiores do mundo, exigem circunspeção nas despesas, sendo viável ao legislador limitar a concessão de novas prestações ao trabalhador que foi aposentado e cuja família já se acha assistida.

Observe-se que não se limita em nada a liberdade individual de permanecer trabalhando ou de voltar a trabalhar, afastando-se, contudo, a concessão de benefícios que decorreriam das novas contribuições pagas.

Temos, ainda, que a permanência dos aposentados no mercado de trabalho é fator que contribui para o desemprego, havendo também esse aspecto a respaldar a razoabilidade da escolha legislativa, ao não estimular tal prática, vedando-lhes a concessão de novos benefícios previdenciários.

Com efeito, cabe ao legislador definir os critérios de proteção previdenciária:

Mediante a seletividade, *o legislador* é chamado a estimar aquele tipo de prestação que, em conjunto, concretize as finalidades da Ordem Social, a fim de fixar-lhes o rol na norma jurídica. Realizada a estimativa, a distributividade faculta a escolha, *pelo legislador*, de prestações que - sendo direito comum a todas as pessoas - contemplam de modo mais abrangente os que se encontram em maior estado de necessidade. (BALERA, Wagner. *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: RT, 1999, p. 20-21)

É clara, pois, a escolha política feita pelo legislador brasileiro, representada pelo fim do pecúlio em 1994 e pela dicção, constante acima, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

A opção legislativa, realizada pelos Poderes que detêm a maior parcela da legitimidade propriamente política, resta evidente também quando se evoca o veto presidencial ao Projeto de Lei nº 7.154/2002, que alterava o art. 96 da lei 8.213/91 com o objetivo de permitir a renúncia à aposentadoria.

Dessa forma, qualquer alteração na sistemática atual, visando ao aproveitamento das contribuições posteriores à aposentação, deve partir dos Poderes Legislativo e Executivo. As medidas referentes à chamada desaposentação extrapolariam a função do Poder Judiciário, representando ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Por fim, o fato de o trabalhador, já aposentado, voltar a contribuir com o sistema, sem dele auferir novos benefícios, não pode ser considerado enriquecimento ilícito por parte da Previdência Social. A permanência ou o retorno ao mercado do trabalho é opção do aposentado. Por outro lado, o sistema é de filiação e contribuições obrigatórias e, apesar do seu caráter contributivo, as contribuições não implicam necessariamente em contraprestações, tendo em vista o caráter público da Previdência e os seus princípios inspiradores, como o da solidariedade.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da contribuição social dos servidores públicos inativos (ADI 3105/RS, Rel. Min. Cezar Peluso), ressaltou:

a contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a Seguridade.

A mencionada decisão da Corte Suprema, órgão investido na função de intérprete maior da Constituição, ainda que referente ao regime próprio dos servidores, é suficiente para afastar a suposta vinculação de toda e qualquer contribuição previdenciária a uma contraprestação direta em favor do segurado, uma vez que os servidores públicos inativos continuam contribuindo, sem fazer jus a novos benefícios que não aqueles já usufruídos.

Seguindo esse entendimento, a E. Oitava Turma desta C. Corte vem se posicionando pela inviabilidade da “desaposentação” nos moldes perquiridos pela parte autora, tal como definido pelos arestos que, por serem esclarecedores, passo a transcrever:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE “DESAPOSENTAÇÃO”. INVIABILIDADE.

- A sentença do Juízo *a quo* respeitou as normas do art. 285-A do Código de Processo Civil, mencionando decisão anteriormente prolatada, com dados que a identificassem, além de comportar a devida formação de lide, permitida por referido artigo. A alegação de nulidade trazida pela parte autora não merece acolhimento.

- Não se há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que, no presente caso, não é necessária oportunidade para produção de provas.

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente (“desaposentação”). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública.

- O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99).

- *Ad argumentandum*, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição *sine qua non* para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria.

- Preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(TRF - 3ª Região - AC 2011.61.12.003149-7/SP - Oitava Turma - rel. Des. Fed. Vera Jucovsky - v.u. - julg. 06.02.2012 - DJe: 06.02.2012).

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INADMISSIBILIDADE.

I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pelo(a) autor(a) por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos, além de indenização por dano moral.

II - Aposentadoria é benefício previdenciário previsto no artigo 18, inciso I, letra “c”, na redação original da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 52 do mesmo diploma. Possibilidade de aposentação com proventos proporcionais, nos termos do art. 53 da Lei nº 8.213/91.

III - Com as alterações da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, benefício passa a ser disciplinado como aposentadoria por tempo de contribuição (art. 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal). Regras de transição mantêm a possibilidade de aposentadoria proporcional, observados o requisito etário e o período adicional de contribuição (denominado pedágio).

IV - Aposentadoria por tempo de serviço é irreversível e irrenunciável, conforme artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto nº 3.265/99. Afastada possibilidade

de substituição do benefício, sem amparo normativo.

V - Regulamento da Previdência não veda a renúncia à aposentadoria de forma absoluta. Dispositivo interpretado à luz do princípio da dignidade humana. Garantia do mínimo existencial ao segurado. Aposentadoria é direito disponível, dado seu caráter patrimonial, e pode ser renunciada pelo titular. Ato (ou seus efeitos) é retirado do mundo jurídico, sem onerar a Administração.

VI - Desaposentação não constitui renúncia a benefício previdenciário. Segurado não pretende recusar a aposentadoria, com a desoneração do ente autárquico, mas sim, substituir o seu benefício por outro mais vantajoso.

VII - Restituição dos proventos à Autarquia é insuficiente para deferimento da desaposentação e não integra o pedido inicial.

VIII - Substituição das aposentadorias denota prejuízo aos segurados que continuaram a laborar, para auferir o benefício mais vantajoso.

IX - Não prosperam os argumentos da necessária proteção do hipossuficiente e incidência do princípio *in dubio pro misero*. Aposentadoria concedida não é lesiva ao beneficiário.

X - Inobservância da disciplina legal de cálculo do benefício. Lei não prevê futuras revisões do coeficiente, atreladas à atividade posterior à aposentadoria.

XI - Contribuições previdenciárias pelo aposentado decorrem da natureza do regime, caracterizado pela repartição simples. Labor posterior à aposentadoria é considerado, apenas, para concessão de salário-família e reabilitação profissional, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (redação dada pela Lei nº 9.528/97). Aposentado não faz jus ao abono de permanência, extinto pelas Leis nºs 8.213/91 e 8.870/94. Desconhecimento da lei é inescusável.

XII - Ausência de similitude com a reversão de servidores públicos aposentados. Afastada aplicação analógica da Lei nº 8.112/90.

XIII - Requerente não faz jus à indenização por dano moral.

XIV - Apelo da parte autora desprovido.

XV - Sentença mantida.

(TRF - 3ª Região - AC 2011.61.06.000368-5/SP - Oitava Turma - rel. Des. Fed. Marianina Galante - v.u. - julg. 05.11.2011 - DJe: 16.12.2011).

Dessa forma, reafirmo a vedação legal da chamada desaposentação, bem como a compatibilidade da proibição com os princípios e regras constitucionais.

Ante o exposto, presentes as condições da ação e respeitado o princípio do devido processo legal, *nego provimento à apelação da parte autora*, para manter a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

- Sobre a possibilidade ou não da desaposentação para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposentação. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediel Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564; ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229; AC 0000176-47.2011.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 112/156; AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166; AC 0010909-45.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 113/230; AC 0015765-18.2010.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Paulo Fontes, publicada na RTRF3R 113/259 e AC 0006873-86.2011.4.03.6183/SP, Relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque, publicada na RTRF3R 113/267.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0007775-92.2010.4.03.6112

(2010.61.12.007775-4)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 68/69

Apelada: LOTINI ROSA FAMA CREPALDI (= ou > de 60 anos)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 1730363

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2012

EMENTA

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, CPC. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO.

I - O art. 103 dá ao segurado o prazo decadencial de dez anos para a revisão do ato de concessão do benefício. A referência a “ato de concessão do benefício” indica que a decadência atinge tão somente a decisão administrativa que concedeu ou negou o benefício, isto é, que se manifestou sobre o direito do segurado ou beneficiário à cobertura previdenciária requerida. Os valores fixados para o salário de benefício e para a renda mensal inicial ultrapassam o ato de concessão, ou seja, a avaliação do direito à cobertura previdenciária, e dele são apenas consectários. A renda mensal inicial é o valor da cobertura previdenciária que resulta do ato de concessão, mero consectário que é alcançado pela prescrição e não pela decadência.

II - No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão agravada.

III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

IV - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. O Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro acompanhou a relatora ressaltando entendimento pessoal.

São Paulo, 16 de julho de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O Instituto

Nacional do Seguro Social - INSS interpõe agravo legal, com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC.

O agravante sustenta que no caso dos autos operou-se a decadência do direito. Pede a retratação da decisão para que seja julgado improcedente o pedido. Caso contrário, requer que o recurso seja levado em mesa para julgamento pela Turma.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe o agravo do art. 557, § 1º, do CPC, contra a decisão que negou provimento ao seu recurso de apelação.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO

O art. 103 dá ao segurado o prazo decadencial de 10 (dez) anos para a revisão do ato de concessão do benefício. A referência a “ato de concessão do benefício” indica que a decadência atinge tão somente a decisão administrativa que concedeu ou negou o benefício, isto é, que se manifestou sobre o direito do segurado ou beneficiário à cobertura previdenciária requerida. Os valores fixados para o salário de benefício e para a renda mensal inicial ultrapassam o ato de concessão, ou seja, a avaliação do direito à cobertura previdenciária, e dele são apenas consectários.

A renda mensal inicial é o valor da cobertura previdenciária que resulta do ato de concessão, mero consectário que é alcançado pela prescrição e não pela decadência.

A matéria foi objeto de recurso repetitivo que aponta a referência a ato de concessão:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10

anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.

4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5a. Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

Quanto ao mais, não tem razão o agravante.

A decisão agravada analisou a matéria nos seguintes termos:

Trata-se de ação de revisão de benefício proposta por LOTINI ROSA FAMA CREPALDI, espécie 42, DIB 07/03/1994, contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo por objeto: a-) a aplicação das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, que fixaram novo teto aos benefícios previdenciários;

b-) o pagamento das diferenças a serem apuradas, com correção monetária, juros de mora e demais verbas de sucumbência.

A sentença julgou procedente o pedido e determinou o pagamento das diferenças a serem apuradas, observada a prescrição quinquenal, com correção monetária, pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês até a Lei 11.960/09. Após, a correção monetária deve ser pelo índice de remuneração básica e os juros de mora pelo índice aplicado à Caderneta de Poupança, nos termos do art. 1º F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09. Face à sucumbência, fixou a verba honorária em 10% do valor da condenação até a data da sentença.

O INSS apelou e requereu a reforma da sentença, ao fundamento de que ao reajustar o valor do benefício obedeceu a legislação vigente.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

DECIDO.

Passo ao julgamento da causa aplicando o disposto no art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência do STJ e dos demais Tribunais.

DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, firmou-se a jurisprudência no sentido de que incorre a prescrição da ação. Prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

DO MÉRITO

A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 08-9-2010, em relação aos benefícios concedidos entre 05-4-1991 (início da vigência da Lei 8.213/91) e 1º-1-2004 (início da vigência da Emenda Constitucional 41/2003).

O STF decidiu pela possibilidade de “aplicação imediata do art. 14 da EC 20/1998 e do art. 5º da EC 41/2003” àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, levando-se em conta os salários de contribuição que foram utilizados para os cálculos iniciais: **“EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação constitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se

declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução da controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência de retroatividade constitucionalmente vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso extraordinário”.

(RE 564.354-Sergipe, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 15-2-2011).

A decisão foi proferida em Repercussão Geral, com força vinculante para as instâncias inferiores.

Examinando o documento de fls. 15/16, verifico que o salário de benefício foi fixado em R\$ 669,84 e o respectivo teto em R\$ 582,86, portanto, o benefício foi limitado ao teto e deve ser recalculado.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

Int.

Afastada a prejudicial de decadência do direito e tendo em vista que a decisão se pronunciou sobre as demais questões suscitadas, não há que se falar em sua alteração.

Nesse sentido, o julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112:

Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no § 1º - A do art. 557 do CPC, uma vez que segue jurisprudência dominante. Inexiste qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- razo decadencial decenal, estabelecido pelo artigo 103 da Lei nº 8.213/91, para revisão administrativa de ato de concessão de benefício previdenciário, veja também o seguinte julgado: AC 0001306-74.2008.4.03.6120/SP, Relatora Desembargadora Federal Eva Regina, publicada na RTRF3R 105/762.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0018268-10.2010.4.03.9999

(2010.03.99.018268-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 140/150v

Apelante: CONCEIÇÃO DAS DORES DA SILVA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BATATAIS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 1512379

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. JUÍZO DE RE-TRATAÇÃO DO ACÓRDÃO. RESP Nº 1.205.946/SP. APLICABILIDADE. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 11.960/2009.

1. Hipótese de juízo de retratação de acórdão, nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do CPC.
2. Orientação do E. STJ, já consolidado no âmbito do procedimento dos recursos repetitivos (*REsp 1.205.946/SP; Min. Benedito Gonçalves; julgado em 20/10/2011; DJe 02.02.2012, sob o regime do art. 543-C do CPC*).
3. Os juros são consectários legais da obrigação principal, motivo pelo qual devem ser regulados pela lei vigente à época de sua incidência.
4. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de julho de 2012.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pela autarquia previdenciária em face de decisão que deu provimento ao recurso da parte autora, para julgar procedente o pedido de concessão de benefício assistencial.

Esta Décima Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, conforme ementa transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS C. STF E STJ E DESTA CORTE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. CONCESSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Ademais, a decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído pela caracterização da deficiência e da hipossuficiência da parte autora e, por conseguinte, reconhecendo-lhe o direito ao benefício assistencial.

- O termo inicial do benefício, ante a ausência de requerimento administrativo, foi fixado a partir da data da citação, momento em que a autarquia previdenciária restou constituída em mora, consoante o art. 219 do Código de Processo Civil.

- A apresentação do laudo pericial, *in casu*, marca somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, não tendo o condão de fixar termo inicial da aquisição do direito à percepção do benefício, cuja incapacidade (pressuposto fático e pré-existente) é requisito legal essencial ao exercício do próprio direito.

- A correção monetária das prestações pagas em atraso deve obedecer aos critérios dos verbetes da Súmula nº 08, desta Corte e nº 148 do Superior Tribunal de Justiça, combinadas com o artigo 454 do Provimento nº 64, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal, a contar da data de cada vencimento.

- Os juros de mora, consoante assinalado na decisão agravada, incidem à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil c/c artigo 161 do Código Tributário Nacional, contados da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores, até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

Contra referido acórdão (fls. 140/150vº), o INSS interpôs recursos especial e extraordinário (fls. 154/181).

Com contrarrazões (fls. 185/188), a vice-presidência desta Corte, em juízo de admissibilidade, por força da sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C, § 7º, II, do CPC), remeteu os autos para eventual juízo de retratação por este órgão julgador.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Neste juízo de retratação de acórdão, com fundamento nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do CPC, *in verbis*:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

...

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

...

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

A questão posta para exame, em sede de juízo de retratação, limita-se à aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009 aos juros e correção monetária, tendo em vista que o C. Superior Tribunal de Justiça assentou que o art. 5º da citada lei, modificou a sistemática dos *juros moratórios e da correção monetária* incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública e, diante de seu caráter instrumental, deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, a partir de sua vigência, sobre os cálculos dos consectários da condenação, ou seja, tanto para os juros de mora quanto para a correção monetária. Nesse sentido é a orientação do E. STJ, já consolidado no âmbito do procedimento dos recursos repetitivos (*REsp 1.205.946/SP; Min. Benedito Gonçalves; julgado em 20/10/2011; DJe 02.02.2012, sob o regime do art. 543-C do CPC*).

Nesse passo, conforme julgados, que a seguir transcrevo, os juros e a correção monetária são consectários legais da obrigação principal, razão pela qual, devem ser regulados pela lei vigente à época de sua incidência. Por tal razão, havendo superveniência de outra norma, o título a esta se adequa, sem que para tanto implique em violação à coisa julgada:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ARGUMENTOS JÁ APRECIADOS QUANDO DA APRECIACÃO DO AGRAVO (ART. 557, § 1º DO C.P.C.).

I - O objetivo dos embargos de declaração, de acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão e, ainda, conforme o entendimento jurisprudencial, a ocorrência de erro material no julgado.

II - Em face do julgamento proferido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS, firmou-se entendimento de que a partir de 30.06.2009, aplicam-se os critérios de juros de mora na forma fixada da Lei 11.960/09.

III - Relembre-se que a correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

IV - No que tange à incidência dos juros de mora até a conta da liquidação, a decisão foi no mesmo sentido do pedido da Autarquia.

V - Embargos de declaração do INSS parcialmente acolhidos, com efeito infringente.

(EDcl em AC nº 2006.61.04.005815-6/SP, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 16/08/2011, DJe 24.08.2011)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI Nº 11.960/2009. INCIDÊNCIA NOS PROCESSOS EM CURSO. - Aplicável a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, diante de jurisprudência dominante do STJ. - A Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, tem aplicação

imediatamente, alcançando os processos em curso, porque é matéria processual, segundo o STF.
- Agravo a que se nega provimento.

(Processo APELREE 200203990255986 APELREE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 810503 Relator(a) JUIZA MÁRCIA HOFFMANN Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador OITAVA TURMA Data da Decisão 08/08/2011 Data da Publicação 18/08/2011)

Portanto, partir da vigência da Lei 11.960/09 (30/06/2009), os juros de mora e a correção monetária devem refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, por força do seu artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei 9.494/97.

Para o período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório, em execução de título judicial, conforme já pacificado pelo Colendo S.T.F. por meio da Súmula Vinculante nº 17, os juros de mora não têm incidência durante o período de tramitação do precatório, “*verbis*”: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.”. Enquanto que a correção monetária tem seus critérios disciplinados no artigo 18 da lei nº 8.870/94, e o valor da condenação deve ser convertido em Unidade Fiscal de Referência - UFIR na data do cálculo e atualizado por esse indexador até a data do depósito. No entanto, em virtude da extinção da Unidade Fiscal de Referência - UFIR em 26/10/2000, pelo artigo 29, parágrafo 3º, da Medida Provisória nº 1973/67, os valores constantes da condenação, a partir de 01/01/2001, passaram a ser atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Ampliado - Série Especial - IPCA-E como sucedâneo.

Sobre o tema, o Conselho da Justiça Federal editou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, implantado pela Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, o qual disciplina esta matéria no Capítulo V Requisições de Pagamentos.

Assim sendo, assiste razão ao INSS quanto à aplicação da Lei nº 11.960/2009, ao caso concreto, motivo pelo qual, dou parcial provimento ao agravo tão somente em relação à questão dos juros e correção monetária.

Diante do exposto, em juízo de retratação, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL INTERPOSTO PELO INSS**, para que os juros de mora e a correção monetária, a partir de 30/06/2009, sejam aplicados na forma prevista no art.1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/09.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

- Sobre a aplicação de juros de mora na forma estabelecida na Lei nº 11.960/2009, considerando o julgamento do REsp nº 1.205.946/SP, veja também o seguinte julgado: REsp ApelReex 0025757-64.2011.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicado na RTRF3R 113/335.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0035155-35.2011.4.03.9999

(2011.03.99.035155-1)

Agravante: OSVALDO PINA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 134/135

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: OSVALDO PINA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PROMISSÃO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 1675678

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - FUNGIBILIDADE RECURSAL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - CONCESSÃO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA RECEBIDOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA - HONORÁRIOS - BASE DE CÁLCULO.

I - Recebimento dos embargos de declaração como agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC.

II - A base para o cálculo dos honorários advocatícios deve corresponder ao montante das parcelas da aposentadoria por tempo de serviço, concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença e aposentadoria pagos administrativamente, em razão da vedação legal de recebimento conjunto de mais de uma aposentadoria, bem como de aposentadoria com auxílio-doença, na forma do art. 124, da Lei nº 8.213/91.

III - O pagamento administrativo não representa reconhecimento do pedido por parte do réu após a citação, bem como o pagamento administrativo em cumprimento de decisão judicial, hipóteses nas quais os honorários advocatícios poderiam ser calculados sem a observância do desconto dos valores recebidos administrativamente, conforme entendimento adotado pelo E. STJ.

IV - Agravo da parte exequente, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo da parte exequente, interposto na forma do § 1º do art. 557, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2012.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de em-

bargos de declaração opostos pela parte exequente, em face da decisão proferida à fl. 134/135, que deu provimento à apelação do INSS, para determinar o prosseguimento da execução pelo valor de R\$ 1.927,83, a título de honorários advocatícios, atualizado para setembro de 2006, na forma apontada no cálculo apresentado pelo perito judicial.

Aduz o embargante haver omissão e contradição no julgado, pois entende que não se pode falar em desconto da base de cálculo dos honorários advocatícios dos valores de auxílio-doença e aposentadoria pagos administrativamente.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Inicialmente, nos termos do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso cabível de decisão monocrática é o agravo, de forma que recebo os embargos de declaração opostos pela parte exequente como agravo.

Conforme assinalado na decisão ora hostilizada, o título judicial em execução concedeu ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a partir de 05.02.1996.

Relembre-se que o exequente, no período de apuração das parcelas devidas em razão da execução do julgado, recebeu benefício de auxílio-doença concedido na esfera administrativa, de 01.04.1998 a 24.09.1998 (fl. 18 destes autos), bem como lhe foi concedido, também na via administrativa, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com data de início em 01.10.1998 (fl. 22 destes autos).

Assim, conforme consignado na decisão agravada, em face da impossibilidade legal de cumulação de mais de uma aposentadoria, bem como de aposentadoria com auxílio-doença, na forma do art. 124, da Lei nº 8.213/91, é de rigor o reconhecimento de que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria, concedida judicialmente, com o desconto dos valores do auxílio-doença e da aposentadoria pagos administrativamente, sendo, portanto, essa a base de cálculo dos honorários advocatícios.

Ressalto que tal procedimento não se confunde com a hipótese de pagamento administrativo em decorrência de cumprimento de tutela antecipada concedida no curso do processo, o que justificaria o cálculo dos honorários com base no valor das parcelas vencidas, desconsiderando os pagamentos administrativos efetuados, na forma do entendimento pacificado no E. STJ.

Portanto, deve a execução prosseguir pelo valor de R\$ 1.927,83, a título de honorários advocatícios, atualizado para setembro de 2006, na forma apontada no cálculo apresentado pelo perito judicial, à fl. 81 destes autos, uma vez que se mostra em harmonia com os parâmetros ora discriminados.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, interposto pela parte exequente.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0051954-80.1992.4.03.6100
(2005.03.99.040925-5)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: AMAURY DA COSTA GRANHA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AC 1057283
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ACP. RECURSO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO DE SOMENTE UM RÉU. ABSOLVIÇÃO DOS DEMAIS. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA CF/88, ART. 37 *CAPUT* E § 4º. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO POR ATOS DANOSOS AO ERÁRIO. PUNIÇÃO. DOLO OU CULPA. ATOS ANTERIORES À LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO DA LEI Nº 7.347/1985. MÁ-FÉ QUE CONSTITUI PREMISSE DO ATO ILEGAL E ÍMPROBO. ILEGALIDADE QUE SÓ ADQUIRE O *STATUS* DE IMPROBIDADE QUANDO A CONDUTA ANTIJURÍDICA FERE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MÁ-FÉ DO SERVIDOR. ART. 37, PAR. 6º, DA CF/88. RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO. ORDEM SUBJETIVA. REFORMA DA CRECHE. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÕES SUPERFATURADAS. EXAME DA CONDUTA DOS DEMAIS CO-RÉUS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES PARA A RESPONSABILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, ANTE O MENOR SINAL DE ENVOLVIMENTO DOS CO-RÉUS NOS ATOS DESCRITOS COMO ILÍCITOS PELA PETIÇÃO INICIAL. FRAGILIDADE DE INDÍCIOS, PARA QUE EXTRAIAM AS GRAVES CONCLUSÕES DA PEÇA EXORDIAL. SINDICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O princípio da moralidade administrativa encontra-se no mesmo patamar do princípio da legalidade, oferecendo base para o enfrentamento de ilícitos administrativos (CF/88, art. 37 *caput* e § 4º).
2. Responsabilidade do agente público por atos danosos ao Erário. Punição a título de dolo ou culpa.
3. Atos anteriores à Lei nº 8.429/92, com aplicação da Lei nº 7.347/1985.
4. Má-fé que constitui premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública por má-fé do servidor.
5. Nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, a responsabilidade civil do agente público causador do dano é subjetiva, dependendo, dessa forma, da comprovação de que agiu com culpa ou dolo.
6. Operação que envolveu a reforma da creche e que impunha a licitação, tendo ocorrido várias aquisições diretas, além de superfaturadas, com dano ao erário público.

7. Condenação de somente um réu e absolvição dos demais co-réus. Exame das respectivas condutas, com a constatação acerca da respectiva participação no evento danoso, de modo doloso ou culposos.
8. Ausência de indícios suficientes para a responsabilização.
9. Inexistência de fundamento para a responsabilidade solidária, ante o menor sinal de envolvimento dos co-réus nos atos descritos como ilícitos pela petição inicial.
10. Fragilidade de indícios, para que extraíam as graves conclusões da peça exordial.
11. Sindicância instaurada pela Superintendência da LBA, cuja comissão produziu relatório com base em elementos muito mais substanciais do que os que o MPF fez chegar a estes autos, oportunidade em que nenhum dos requeridos, salvo José Herculino, foi considerado responsável do ponto de vista de despesas irregulares.
12. Sentença mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de julho de 2012.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou, em 14 de maio de 1992, ação civil pública (Lei nº 7.347/85), em face de AMAURY DA COSTA GRANHA, REGINA SALETE REGIANE, JOSÉ HERCULINO ALCÂNTARA CARVALHO, IVO ANTÔNIO AREIAS E TILZA GOMES, em razão da operação que redundou na reforma da creche conveniada com a Legião Brasileira de Assistência - LBA - Associação Casa da Criança Nossa Senhora Aparecida -, sem a realização de prévia licitação e por preços alegadamente superfaturados.

A ação, proposta em 14.05.1992, objetivou o reconhecimento da responsabilidade dos requeridos pelo dano causado ao erário público, consubstanciado no valor da despesa indevidamente autorizada e paga, acrescida de juros e correção monetária, com reversão ao Fundo de Recuperação dos Bens Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

O MM. Juiz sentenciante entendeu que a apontada “improbidade administrativa” restou demonstrada, seja pelo fato de não restar configurada a dispensa de licitação prevista no art. 22, inciso IV, do Decreto-Lei nº 2.300/86, vigente à época, seja em virtude do superfaturamento, considerando o pagamento por móveis e serviços de valores acima daqueles oferecidos no mercado.

Entretanto, a despeito de ter reconhecido a materialidade, quanto aos atos ímprobos, no tocante à autoria, julgou ter restado comprovada somente a participação do co-réu José Herculino Alcântara, nos seguintes termos: “Da análise da prova, verifica-se que o referido réu José Herculino foi quem autorizou os serviços e a compra de móveis, bem como os pagamentos.

Consta que o assunto foi tratado diretamente pelo gabinete; sendo ele o então Superintendente da LBA. Não consta dos autos se ele recebeu ou não ordem superior para agir como agiu. Há apenas referências a supostos telefonemas. Observa-se que o mesmo determinou a compra e a realização de serviço e, apenas depois, buscou dar aparência de licitude aos atos que praticara. No ‘Relatório Conclusivo’ (fl. 12v.), chegou-se a afirmar que ele ‘autorizava serviços, efetuava empenhos a classificar, e comprava sem a devida consulta aos setores competentes’. Está, portanto, comprovada a autoria em relação a este réu.”

Contudo, quanto aos demais co-réus, destacou o MM. Juiz que “o conjunto probatório é insuficiente. São eles mencionados em depoimentos e relatórios, mas o que há não é suficiente para me convencer de sua dolosa e efetiva participação nos atos praticados por José Herculino.”

Assim, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo ter havido “improbidade administrativa”, cuja responsabilidade recaiu, tão-somente, na pessoa do co-réu José Herculino Alcântara Carvalho. Condenou-o no valor correspondente aos pagamentos realizados com serviços e móveis, com a devida correção monetária, devendo o montante reverter ao fundo previsto no art. 13, da Lei nº 7.347/85, absolvendo os demais e extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil (fls. 419/31). Imputou ao réu José Herculino as custas e honorários, fixados estes em 10% do valor da causa corrigido.

O Ministério Público Federal, em razões recursais, alega que, ao contrário do que restou consignado na r. sentença em reexame, para a execução dos atos impugnados houve a indubitável colaboração dos demais co-réus, que viabilizaram as contratações, não precedidas pelos devidos procedimentos licitatórios, a saber:

1 - A co-ré Regina Salete Regiane atestou que os serviços foram realizados satisfatoriamente, conforme consta do Relatório Conclusivo elaborado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (fls. 09/vº);

2 - O co-ré Ivo Antonio Areia, gerente de administração assinou o relatório enviado à procuradoria, no qual foi constatada a necessidade de procedimento licitatório para a reforma da instituição, demonstrando, dessa forma, a ciência do mesmo quanto aos atos efetuados pelo réu José Herculino Alcântara Carvalho (fls. 115);

3 - O co-ré Amaury da Costa Granha, procurador da LBA, opinou favoravelmente com relação à dispensa da licitação, alegando o estado de “calamidade” no qual se encontrava a creche (fls. 115 vº);

4 - A co-ré Tilza Gomes, procuradora da LBA, assinou relatório, no qual resta demonstrada a ciência da mesma quanto aos atos efetuados pelo réu José Herculino Alcântara Machado (fls. 127/30).

Assevera, ainda, que Amaury da Costa Granha e Tilza Gomes, na qualidade de procuradores da LBA, deveriam, de ofício, ter expressado parecer contrário às determinações do réu José Herculino.

A Procuradoria da República sustenta que os atos praticados pelos co-réus procuraram aparentar legalidade quanto às ilicitudes praticadas pelo então Superintendente Estadual da LBA e afrontaram, flagrantemente, o princípio da moralidade administrativa.

De outro lado, salienta que dentre os sujeitos ativos estão inclusas toda e qualquer pessoa que, com a administração se relacione, irradiando seus efeitos, também, a terceiros. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexu subjetivo que une o agente ao resultado.

E, no presente caso, a voluntariedade das condutas, que ofendem bem jurídico resguardado pela Constituição Federal, é manifesta nas ações e omissões de todos os réus.

Dessa forma, o MPF assevera que as condutas dos agentes públicos mostram que as diversas transgressões de deveres funcionais foram cometidas dolosamente pelos réus e que os fatos narrados na inicial não podem ser tratados como mera conduta inábil dos funcionários ou prática de irrelevantes irregularidades formais, mas sim atos com substancial desvio de finalidade.

Pugna, portanto, pela reforma parcial da sentença, para que sejam condenados os demais réus Amaury da Costa Granha, Regina Salete Regiane, Ivo Antonio Areias e Tilza Gomes (fls. 434/42).

A defesa dos co-réus deixou transcorrer “in albis” o prazo assinalado para ofertadas as contrarrazões recursais (fls. 444).

O Ministério Público Federal opinou pela desnecessidade de sua intervenção como fiscal da lei (fls. 456/508)

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Trata-se de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra AMAURY DA COSTA GRANHA, REGINA SALETE REGIANE, JOSÉ HERCULINO ALCÂNTADA CARVALHO, IVO ANTÔNIO AREIAS E TILZA GOMES, na qual lhes imputa a prática de atos ímprobos, consistentes na promoção da reforma da creche conveniada com a Legião Brasileira de Assistência - LBA - Associação Casa da Criança Nossa Senhora Aparecida -, sem a realização da indispensável prévia licitação e por preços superfaturados.

Em síntese, recorre o Ministério Público Federal para que sejam os co-réus da presente ação civil pública condenados pela prática de improbidade administrativa, nos termos da inicial.

Segundo consta dos autos, em 16 de setembro de 1990 a creche em questão foi vítima de incêndio que atingiu três saletas do estabelecimento, “nenhuma delas de vital importância” - segundo alega o MPF a fls. 375/9.

Segundo o MPF, a despeito da ausência de qualquer solicitação por parte da dirigente da creche, Sra. Luiza Lopes da Silva, o co-réu José Herculino Alcântara Carvalho, à época Superintendente Estadual da LBA de São Paulo, determinou imediatamente que fossem realizadas obras de reparação e remobiliamento das dependências afetadas, com dispensa de licitação, sob o argumento de emergência.

Desse modo, sem ao menos fazer uma visita prévia ao local da reforma, e sem nenhum procedimento acautelatório, o co-réu José Herculino contratou a empresa “Engenharia e Comércio Elle Ltda.”, para fazer os serviços de reparação na creche.

O Ministério Público Federal noticiou que as obras efetuadas na entidade *consistiram em pintura de duas salas e troca de seus pisos (carpete) para cerâmica, bem como colocação*

de 80 cm de vidro em um vitrô, efetuados durante um único dia, por dois funcionários, sob a supervisão de um engenheiro.

Apesar da simplicidade do serviço, executado em tempo exíguo, a empresa *Elle* recebeu, dos cofres da LBA, em valor à época, Cz\$ 1.347.876,00 (cópia NF fls. 222), equivalente a US\$ 15.860,93, com o aval da co-ré Regina Salete Regiani, que atestou que os serviços foram executados satisfatoriamente, sem ao menos ter feito uma visita prévia à creche.

O MPF afirma também que o co-ré Amaury da Costa Granha manifestou-se pela dispensa da licitação, invocando o inciso IV, do artigo 22, do Decreto-lei nº 2.300/87. O pagamento foi expressamente autorizado pelo co-ré Herculino (fls. 223)

A Procuradoria da República aduziu, outrossim, que a LBA pagou, também, *pelo material* empregado nos reparos, Cz\$ 16.795,00 (cópia NF, fls. 18), importância essa equivalente a US\$ 203,01, revelando, destarte, gritante diferença a menor entre o valor pago na aquisição do material de construção e aquele pago à empresa que executou o serviço. Após esses reparos, o co-ré Herculino, sob o amparo e convivência dos outros réus, procedeu ao remobiliamento das partes afetadas, comprando com os recursos da LBA móveis da empresa “Agra Móveis Ltda.”, novamente sem licitação, sob o pretexto de que havia emergenciais aquisições, no valor de NCZ\$ 698.610,62 (NF, fls. 226), equivalente a US\$ 6.457,25, paga celeremente, tal como sucedeu com o valor das reformas.

O Ministério Público Federal sustentou que para a consecução de tais ilegalidades, o então superintendente José Herculino contou com a participação dos demais co-réus que, na pior das hipóteses, deixaram de cumprir dever de ofício ao endossar práticas manifestamente ilegais de seu superior hierárquico.

Nesse sentido, os co-réus Amaury e Tilza, procuradores dos quadros da LBA, manifestaram-se favoravelmente aos reparos e compra de móveis, invocando o inciso IV do art. 22 do Decreto-Lei 2.300/86, que se refere à emergência (fls. 225/vº), embora soubessem da inexistência de qualquer situação de emergência justificadora da dispensa do certame público.

Assim é que, no entender do Ministério Público Federal, caracterizado restaria o superfaturamento das obras e do mobiliário adquiridos para a creche, além do fato de que os singelos reparos mencionados, realizados em duas pequenas salas, medindo 21 m², não poderiam jamais alcançar a quantia equivalente a US\$ 15.000,00.

Relativamente ao mobiliário adquirido por Herculino, sem licitação, cedidos à creche “em comodato” (*sic* - memorial de fls. 378), já que não se justificava a sua aquisição pela LBA, foi “manifestamente superfaturado” (*sic*), conforme exsurge da comparação dos preços constantes das notas fiscais fornecidas pela antiga SUNAB, de emissão da Agra para outros clientes.

O MP arremata destacando que as aquisições foram feitas com os recursos de um órgão assistencial, onde cada centavo deveria ser aplicado da forma mais econômica e criteriosa possível, sempre de acordo com os ditames legais.

A r. sentença ora recorrida julgou parcialmente procedente o pedido constante da inicial, admitindo a ocorrência da apontada “improbidade administrativa”, tanto pela necessidade da licitação, como pelo superfaturamento verificado, com evidente dano ao erário público. Portanto, houve o reconhecimento expresso de ato de improbidade administrativa, cujo resultado foi o dano ao erário público.

É o que de dessume do seguinte trecho:

Verifica-se, portanto, a presença da materialidade, ou seja, que de fato houve improbidade administrativa. Além de não se ter realizado licitação quando a mesma era necessária, houve pagamentos por móveis e serviços em valores acima dos de mercado, ou seja, houve superfaturamento. A tal calamidade, afirmada pelo réu José Herculino como justificativa para o que fez, nunca existiu. Havia, pois, necessidade de licitação, pois não estava configurada a dispensa de licitação, que era prevista no artigo 22, inciso IV, do Decreto-Lei nº 2.300/86, vigente naquela época.

Como relatei, a sentença recorrida entendeu que a responsabilidade dos fatos somente poderia ser atribuída à pessoa do co-réu José Herculino Alcântara Carvalho. Em contrapartida, no tocante aos demais co-réus, assinalou que o conjunto probatório seria insuficiente para também ensejar condenação.

Feitas essas considerações, passo ao exame do recurso ministerial.

O princípio da moralidade administrativa encontra-se no mesmo patamar do princípio da legalidade, oferecendo base para o enfrentamento de ilícitos administrativos (CF/88, art. 37 *caput* e § 4º).

Esclareço, inicialmente, que os atos aqui discutidos podem gerar responsabilidade do agente público por atos danosos ao Erário, nos casos de dolo ou culpa. São, porém, anteriores à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). A peça inicial funda-se apenas na Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985.

A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública por má-fé do servidor.

De outro lado, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, a responsabilidade civil do agente público causador do dano é subjetiva, dependendo, dessa forma, da comprovação de que agiu com culpa ou dolo. (TRF5, AC 200405000030838, Desembargador Federal Francisco Wildo, 1ª Turma, DJ - Data: 18/01/2005 - Página: 387 - Nº: 12).

Acerca do tema em questão, cumpre assinalar a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, através do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA POR PARTE DOS AGENTES POLÍTICOS. I - O Tribunal *a quo* realizou a prestação jurisdicional invocada, pronunciando-se sobre os temas propostos, tecendo considerações acerca da demanda, não sendo obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da *litis contestatio*, o que ocorreu no presente caso. II - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao erário público. III - A ação civil pública é imprescritível, porquanto inexistente disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei nº 4.717/65, específica para a ação popular. IV - A análise do recurso especial acerca da ocorrência de cerceamento de defesa, pela impossibilidade de produção de prova pericial, resta prejudicada quando enseja o reexame do substrato fático-probatório contido nos autos, o que é vedado pela Súmula nº 07/STJ. V - “No que se refere à alegada ausência de comprovação de culpa ou dolo dos

agentes políticos, essencial destacar que a culpa dos recorrentes está consubstanciada na maneira negligente e imprudente em que aprovaram a resolução (fls. 102) para aumentar seus vencimentos sem um mínimo de fundamento legal, posto que o art. 29, V, VI, e 37, XIII, da Constituição Federal, são claros em estabelecer o modo de fixação, dos subsídios dos agentes políticos municipais, vedando qualquer vinculação ou equiparação salarial, não deixando qualquer margem de interpretação” (parecer do douto Ministério Público Federal, fls. 571). VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 200301291460, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ DATA: 04/05/2006 PG: 00135). (grifei)

Note-se que, de acordo com a premissa fática da sentença recorrida, a operação que envolveu a reforma da creche impunha a licitação. Contudo houve várias aquisições diretas, além de superfaturadas.

Portanto, o que resta ser verificado no caso em tela é a conduta dos demais co-réus, de modo a ser possível a constatação acerca da participação deles no evento danoso, de modo doloso ou culposos.

Assim, passo ao exame da conduta imputada a cada um dos co-réus.

REGINA SALETE REGIANE

Segundo a Justiça Pública, a co-ré Regina Salete Regiane, extra-quadro, nomeada assistente do Superintendente, atestou que os serviços foram realizados satisfatoriamente, conforme consta do Relatório Conclusivo elaborado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, *verbis*:

Nota Fiscal Fatura de Serviços de nº 029, 2ª via, da firma Engenharia e Comércio Elle Ltda., data de emissão 04 de outubro de 1990, onde consta a fatura de número 029, valor de Cr\$ 1.347.846,00, com vencimento em contra apresentação, cujo sacado é a Fundação Legião Brasileira de Assistência, com endereço da Superintendência Estadual, no item discriminação vê-se: Serviços de urgência executados, demonstrativo CT... 059010001 - Valor dos Serviços - Cr\$ 1.347.876,00, a seguir consta uma declaração datada de 29.10.90, assinada pela Assessoria/Arquitetura, atestando que os serviços foram executados satisfatoriamente, assinadas pela Sra. Regina Salete Regiani. (fls. 09/vº - grifei)

Referida nota fiscal está reproduzida, por cópia, a fls. 222/3. Consta dela a referência a “serviços de urgência”, no valor de cz\$ 1.347.876 (em 04.10.1990) e um atestado em forma de carimbo, com os seguintes dizeres: “Atestamos que os serviços foram executados satisfatoriamente. Em 29.10.90. a) Regina Salete Regiani (Assessoria/Arquitetura)”. Creio seja essa uma base muito frágil para a condenação da signatária.

Oportuno registrar que a co-ré Regina Salete Regiane não foi localizada, de modo que a sua citação se deu por edital, com designação de curador especial que apresentou contestação por negativa geral (fls. 214).

Entendo que a r. sentença examinou bem a questão, ao concluir pela ausência de indícios suficientes para a responsabilização da co-ré REGINA. O atestado de execução satisfatória, como exsurge de sua enunciação, é posterior ao cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado. Não implica *per se* em participação na conduta dolosa alegada pela parte autora, qual seja a dispensa injustificada de licitação e no superfaturamento do respectivo serviço. De outro lado, na presente demanda não se alegou em momento algum que os serviços não

tenham sido prestados ou o tenham sido de modo deficiente. Assim, não há fundamento para a responsabilidade solidária dessa requerida.

IVO ANTONIO AREIAS

Em relação a Ivo Antonio Areias, advogado, gerente de administração, o Ministério Público Federal relata ter ele assinado, em data de 30.10.90, o relatório enviado à Procuradoria Estadual, no qual foi constatada a necessidade de procedimento licitatório para a reforma da instituição, demonstrando, dessa forma, a ciência do mesmo quanto aos atos do co-réu José Herculino Alcântara Carvalho (fls. 115).

Pela leitura do apontado documento resulta que realmente restou consignada a necessidade de licitação, em virtude do valor apresentado (Cr\$ 1.347.876,00), mas que o Procurador Chefe havia informado que o valor dispensava licitação de acordo com o Decreto-Lei nº 2.300/86, artigo 22, IV.

Relativamente à contestação trazida pela defesa do co-réu (fls. 102/103), foi no sentido de apontar que o procedimento instaurado pela Portaria 115/91 foi anulado e que o processado em substituição resultou na sua inocência.

Assim sendo, não há o menor sinal de envolvimento do co-réu IVO nos atos descritos como ilícitos pela petição inicial. Resulta até curiosa a pretensão do MPF, nesse aspecto, pois o requerido IVO limitou-se a despachar o expediente administrativo, encaminhando-o à Procuradoria Estadual (fls. 115), ante à alegação de subordinado seu, quanto à necessidade de licitação. Esse fato isolado é de longe insuficiente para responsabilizá-lo.

AMAURY DA COSTA GRANHA

O MPF assinalou, outrossim que o co-réu Amaury da Costa Granha, Procurador da LBA, no verso do relatório assinado por Ivo Antonio Areias, em data de 30.10.90 opinou de forma expressa, favoravelmente à dispensa da licitação alegando o estado de “calamidade” no qual se encontrava a creche (fls. 115 vº).

A defesa de Amaury da Costa Granha asseverou que o co-réu José Herculino agiu por conta própria, com total independência, sem qualquer tipo de assessoria. E mais, que somente tomou conhecimento dos atos lesivos ao patrimônio público, praticados pelo co-réu José Herculino, então Superintendente da LBA, após a sua concretização. Tanto é assim, que o seu parecer só foi assinado quarenta e dois dias após o requerido José Herculino ter autorizado os serviços em 24 horas.

De fato, os documentos de fls. 115 e verso demonstram apenas que houve um contato verbal entre a chefia de patrimônio e o Procurador Estadual, em que este emitiu a opinião de que o valor dispensava licitação, nos termos do art. 22, item IV, do antigo Decreto-lei 2.300/1986. Essa opinião foi ratificada em 30.10.1990, mas ela não se compromete com a urgência vislumbrada pela Superintendência. Afirma-se apenas que em caso de urgência, o valor contratado dispensaria licitação, nos termos da legislação precitada. Ao lado de tudo isso, o ato não tem nenhum conteúdo decisório, nem reflete ordenação de despesa.

Também se percebe que os indícios são frágeis para que extraiam as graves conclusões da peça exordial.

TILZA GOMES

A Procuradoria da República narra, outrossim, que a co-ré Tilza Gomes, Procuradora da LBA, em data de 03 de abril de 1991 assinou relatório, no qual restaria demonstrada a sua ciência quanto aos atos efetuados pelo réu José Herculino Alcântara Machado (fls. 127/30).

Pela leitura do relatório em comento, resulta que o mesmo é extenso e espelhou detalhes acerca dos fatos que envolveram a reforma da creche, constando ademais, o dado referente à apontada dispensa de licitação, de acordo com o Decreto-Lei nº 2300/87, artigo 22, item IV.

Todavia, a defesa de Tilza Gomes, em sua contestação (fls. 120/26) afirmou que o relatório por ela assinado foi elaborado em 03 de abril de 1991, ou seja, mais de seis meses após o então Superintendente estadual da LBA em São Paulo, José Herculino Alcântara ter autorizado os serviços da reforma da creche em 24 horas. E foi justamente isso que ocorreu, segundo se depreende da prova dos autos (fls. 130).

Sustentou, assim, que o co-réu José Herculino não dependeu de qualquer relatório, informação ou mesmo orientação prévia da Procuradoria Estadual, por qualquer de seus membros, para autorizar a realização e o pagamento dos serviços de reforma na creche. Essa versão é tomada como verídica.

Efetivamente, da leitura do relatório em comento, nada resulta, quer em favor, quer em prejuízo da requerida TILZA. A peça é puramente informativa, limitando-se a compendiar peças e pronunciamentos constantes do PA nº 40752-004-581/1990. Nada prova, portanto, relativamente à pretensão ministerial.

DA COMISSÃO DE SINDICÂNCIA

A Superintendência da LBA instaurou sindicância, cuja comissão produziu relatório com base em elementos muito mais substanciosos do que os que o MPF fez chegar a estes autos, conforme se depreende da peça reproduzida a fls. 135/170. Nenhum dos requeridos, salvo José Herculino, foi considerado responsável do ponto de vista de despesas irregulares. É bem verdade que a Comissão recomendou a destituição da ré REGINA do cargo em comissão de ocupava, mas não tocou na questão da responsabilidade financeira. O único responsável “por utilização indevida de verbas em imóvel não pertencente à LBA e compra indevida de móveis para entidade particular” (fls. 162 - Portaria da Presidência da LBA - fatos esses que sequer foram mencionados na exordial), contra quem se autorizou a tomada especial de contas, foi José Herculino.

Assim pelos elementos constantes dos autos, resulta que ser caso de manutenção da r. sentença. *Meu voto é no sentido de negar provimento à apelação.*

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES

0028307-85.1994.4.03.6100

(2001.03.99.005399-6)

Embargante: MARIA DO CARMO VIETAS BITTENCOURT

Embargada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: EI 663840

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2012

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PRÊMIO SENA PRINCIPAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Realizado o sorteio da Sena Principal em 14 de março de 1994, somente em 15 de abril de 1994 é a que embargante compareceu para a retirada do prêmio, embora estivesse à sua disposição desde o primeiro dia útil seguinte ao da realização do sorteio.

Não houve mora atribuível à CEF para o pagamento e disponibilização do prêmio, não podendo, pois ser-lhe imputada a responsabilidade pela atualização do valor do prêmio líquido. Primeiro, porque não há lei que autorize tal atualização, e em segundo lugar, porque a culpa exclusiva da embargante em não receber de imediato tal vultoso prêmio não pode ser carregada de qualquer modo à embargada.

Embargos Infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conheceu integralmente do recurso, nos termos do voto da Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, ALDA BASTO, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA e REGINA COSTA, os Juízes Federais Convocados PAULO DOMINGUES e VALDECI DOS SANTOS, e os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES e ANDRÉ NABARRETE, vencida a Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO, que conhecia parcialmente do recurso. No mérito, a Seção, por maioria, negou provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, ALDA BASTO, CARLOS MUTA e CONSUELO YOSHIDA, os Juízes Federais Convocados PAULO DOMINGUES e VALDECI DOS SANTOS, e os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES e SUZANA CAMARGO, vencidos os Desembargadores Federais REGINA COSTA e ANDRÉ NABARRETE, os quais davam provimento aos embargos. O Desembargador Federal CARLOS MUTA acompanhou a Relatora com a ressalva de seu posicionamento pessoal quanto à natureza da relação jurídica travada na lide originária. Ausente, justificadamente, o Desembargador Federal NERY JÚNIOR (substituído pelo Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS).

São Paulo, 05 de junho de 2012.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de embargos infringentes opostos por MARIA DO CARMO VIETAS BITTEN-COURT em face do V. Acórdão prolatado pela E. 6ª Turma, que, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação interposto pela CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF para, reformando a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido e fixando a sucumbência em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) à favor da embargada, lavrado nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. PRÊMIO SENA PRINCIPAL. CEF. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA PROCEDENTE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Prejudicada a preliminar de intempestividade do recurso, face ao acolhimento da questão de ordem, conforme acórdão de fls. 122.

2. Correção monetária sobre a premiação relativa à SENA PRINCIPAL, para o período compreendido entre a data do sorteio e aquela do efetivo pagamento do prêmio. O M.M. juiz de primeiro grau reconhece a ausência de legislação de regência específica para o presente caso concreto, decidindo a lide com fundamento no princípio constitucional de defesa dos consumidores, bem como, em precedentes jurisprudenciais. Inaplicabilidade da fundamentação no caso concreto que se apresenta.

3. Não se trata na espécie de relação de consumo. Decreto-Lei 204/67, artigos 1º e 2º. A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. As Caixas Econômicas Federais, na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração.

4. O Concurso de Prognósticos sobre o resultado do Sorteio de Números - SENA, autorizado pela Lei nº 6.717, de 12/11/1979, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei nº 204, de 27/02/1967, regula-se pela Norma Geral dos Concursos de Prognósticos baixada pela Portaria nº 130, de 26/05/81, alterada pela Portaria nº 129, de 13/05/83, do Ministério da Fazenda, e da Circular nº 26, de 31/01/94, da Diretoria Comercial da CEF. Nos termos do que dispõe a Circular nº 26/94, em seu subitem 9.4.1, o resultado da apuração das apostas vencedoras será considerado definitivo, iniciando-se o pagamento dos respectivos prêmios no 1º dia útil subsequente ao da realização do sorteio. Assim, a relação que se estabelece é de natureza administrativa, não havendo falar na aplicação do princípio constitucional de defesa do consumidor.

5. Igualmente inaplicável no presente caso concreto, são os precedentes jurisprudenciais mencionados na sentença recorrida, haja vista a não equivalência da situação fática.

6. Aduz o magistrado que a matéria é pacífica no STJ, no sentido de ser devida a correção monetária desde o sorteio, até o seu efetivo pagamento, citando, como exemplo, decisão publicada no DJ 09/05/94, p. 10.867, Agravo Regimental nº 49314-MG, Rel. Ministro Hélio Mosinamm. O precedente jurisprudencial citado refere-se à aplicação de correção monetária devida em decorrência da mora da CEF em cumprir com a obrigação de pagar o prêmio. *In casu*, não há falar em mora da CEF, que nenhuma resistência opôs ao levantamento do prêmio pela autora, ganhadora do sorteio relativo à SENA PRINCIPAL referido.

7. Igualmente inaplicável, também, no presente caso concreto, o precedente jurisprudencial deste E. Tribunal, vez que a Apelação Cível nº 98.03.060194- 6 diz respeito a Embargos à Execução de título judicial, para o que existe expressa disposição legislativa determinando a correção monetária, Lei nº 6.899/81, inaplicável na espécie, uma vez que o prêmio da SENA

PRINCIPAL não é e nem se equipara a débito resultante de decisão judicial.

8. A correção monetária se dá em virtude de disposição legal ou estipulação contratual. Inexiste na legislação supra citada, que regula a premiação relativa à SENA (Concurso de Prognósticos) disposição que determine a correção monetária do prêmio para o período compreendido entre a data do sorteio e aquela do efetivo levantamento. O artigo 5º, II, da Constituição Federal preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Não havendo lei que determine a correção monetária do prêmio relativo à SENA, para o período compreendido entre a data do sorteio e aquela do efetivo levantamento, não há que se imputar à Caixa Econômica Federal a referida obrigação. Ademais, reconhecida a natureza administrativa da relação, importa salientar que o tradicional princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal aplica-se de forma especial e mais rigorosa à Administração Pública (artigo 37, *caput* da CF), pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente do que se dá na esfera particular, em que se permite a realização de tudo que a lei não proíbe.

9. Não assiste à autora, ora apelada, o direito a qualquer diferença de correção monetária aplicável ao valor líquido do prêmio, no período que mediu a data do sorteio e a do efetivo pagamento, quando o valor estava disponível para saque desde o 1º dia útil seguinte àquele em que se deu o sorteio, não havendo qualquer resistência por parte do devedor à liberação do prêmio. O levantamento do prêmio constitui-se num ônus do credor. Deixando de agir em face de um ônus a parte aceita a consequência, assumindo todos os riscos que decorram da sua inércia.

10. Sentença que deve ser reformada. Apelação a que se dá provimento. Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O voto vencido é da lavra da e. Desembargadora Federal Regina Costa, e não veio juntado aos autos, não tendo sido requerida a sua juntada pela embargante, que considerou que o desacordo da e. magistrada foi total.

Em suas razões a embargante, por ter sido vencedora no concurso de loteria nº 313, contemplada com o prêmio da Sena principal, entende que ao receber o seu prêmio, dentro do prazo fixado de 90 (noventa) dias, a embargada deveria garantir ao vencedor o pagamento do prêmio acrescido de correção monetária, e que o pagamento sem tal acréscimo gerou para a embargante manifesto prejuízo, diante do locupletamento da embargada. Pede o provimento do recurso com a prevalência do r. voto vencido.

Contrarrazões da CEF às fls. 170. Alega a embargada que a recorrente inovou na causa ao defender nova postura de que a CEF é depositária do prêmio. Aduziu a falta de previsão legal de incidência de correção monetária sobre os prêmios da loteria, vez que a instituição está afetada de legalidade restrita, e que os valores (receitas) obtidas com as loterias pertencem à União por disposição legal, não se confundindo com as próprias da CEF; e que o valor do prêmio é fixado com base na data do sorteio; aduz mais que, tendo sido pago à embargante o valor consignado para esse sorteio, não há direito a qualquer recebimento suplementar. Impugna a alegação de incidência do CDC e mais ainda, o fato alegado em razões de embargos de que é depositária de valores.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Não procede a irresignação da embargante.

Com efeito, realizado o sorteio da Sena Principal em 14 de março de 1994, somente em 15 de abril de 1994 é a que embargante compareceu para a retirada do prêmio.

O pagamento dos prêmios obedece às regras dispostas na Lei nº 6.717/79, Decreto-lei nº 204/67 e Circular nº 26/94.

Nos termos do Decreto-lei nº 204/67, a loteria federal constitui serviço da União executado com a colaboração da CEF.

O fato de alguém participar dos concursos de prognósticos importa nos termos da Circular nº 26/94 em adesão aos termos em que se realiza, eis que se constitui derrogação excepcional das normas de direito penal, consoante disposto no art. 1º, do Decreto-lei nº 204/67. Daí a razão da rigidez dessas regras à qual se submetem aqueles que desejam concorrer aos sorteios realizados.

Observe-se que a embargante teria à sua disposição o prêmio desde o primeiro dia útil seguinte àquele da realização do sorteio.

O fato de se ter demorado um mês para a retirada do prêmio, que é adremente informado a todos os concorrentes, no que respeita ao seu valor, retira-lhe qualquer eventual direito.

Deveras, a pretensão da autora desnaturaria o concurso, vez que poderia deixar os valores em aberto na CEF, que não é depositária, nos termos em que entendida essa alocação, e após as devidas correções, verdadeira aplicação financeira, sem causa.

Não houve mora atribuível à CEF para o pagamento e disponibilização do prêmio, hipótese em que, sem qualquer restrição seria em tese cabível a correção dos valores indevidamente retidos.

Ora, se o prêmio estava à disposição, a manifestação de vontade da embargante de somente ir retirá-lo um mês depois não pode servir de pretexto para corrigir o valor certo e líquido oferecido quando das apostas.

Por outro lado, não poderia mesmo a CEF creditar para a embargante valor diverso daquele informado, e que foi, consoante os documentos juntados aos autos, devida e corretamente pago.

Indevida a ampliação em sede de embargos infringentes do objeto da controvérsia de molde a inovar indevidamente na lide.

É que, em nenhum momento, a embargante sequer deduziu argumentos no sentido de ser a CEF depositária do valor do prêmio.

De qualquer forma, para que não restem dúvidas, fica esclarecido que a CEF não é, e tampouco poderia sê-lo, eis que os valores se constituem em receita da União Federal, não sendo a embargada depositante voluntária, e tampouco necessária, porque esse valor, como afirmou a CEF, permanece em rubrica própria, não sendo em qualquer momento, passível de movimentação, submetido a regime administrativo especial. Tanto assim, que após o prazo de 90 (noventa) dias, os valores não recebidos são direcionados, nos termos da lei, para fundos

e programas públicos, sendo que atualmente são direcionados para o FIES - Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (Lei nº 10.260/01).

Assim, a mora da embargante, que não pode ser imputada à embargada, é a única causa de não ter a autora em seu poder todo o valor, de imediato do prêmio que lhe estava destinado.

Não se pode, pois, imputar responsabilidade à CEF pela atualização do valor do prêmio líquido. Primeiro, porque não há lei que autorize tal atualização, e em segundo lugar, porque a culpa exclusiva da embargante em não receber de imediato tal vultoso prêmio não pode ser carreada de qualquer modo à embargada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0002372-76.1999.4.03.6000

(1999.60.00.002372-9)

Recorrentes: ELIANE DE OLIVEIRA FRANÇA ALVES E OUTRO

Recorrida: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: WANDERLI ALVES E ELIANE DE OLIVEIRA FRANÇA ALVES

Apeladas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CAIXA SEGURADORA S/A

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Classe do Processo: AC 1330317

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2012

DECISÃO

Extrato: SFH - Execução extrajudicial - Decreto-Lei nº 70/66 - Paradigma julgado em desfavor deste Resp. - parcial prejudicialidade - Súmula nº 7 - Inadmissibilidade.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Especial, interposto por Eliane de Oliveira França Alves e outro, a fls. 754/794, em face da Caixa Econômica Federal - CEF, tirado do v. julgamento proferido nestes autos, aduzindo especificamente a nulidade da execução extrajudicial por, bem como cerceamento de defesa, na medida em que não foi produzida prova pericial.

Contrarrrazões ofertadas às fls. 797/802, onde suscitadas as preliminares de ausência de pressupostos de admissibilidade e de prequestionamento.

É o suficiente relatório.

Nos termos da peça recursal em prisma, constata-se já solucionada a controvérsia central, por meio do Recurso Repetitivo firmado aos autos nº 1.160.435/PE, do E. Superior Tribunal de Justiça, deste teor:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. ESCOLHA UNILATERAL DO AGENTE FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 30, I E II, §§ 1º E 2º, DO DECRETO-LEI Nº 70/66. NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR EM 10 (DEZ) DIAS PARA PURGAR A MORA. § 1º DO ART. 31 DO DECRETO-LEI Nº 70/66. PRAZO IMPRÓPRIO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DA STF. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARATÓRIOS PARA SANAR A OMISSÃO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO A *QUO* CALCADO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Caso em que se discute a validade do procedimento de execução extrajudicial subjacente a contrato de mútuo hipotecário para aquisição de casa própria, segundo as regras do Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

2. É inadmissível o apelo extremo pela alínea "a" do permissivo constitucional quando os dispositivos tidos pelo recorrente como vulnerados (arts. 331, 454 e 456 do CPC) não foram devidamente prequestionados pelo acórdão recorrido.

3. É imperioso que os recorrentes, em caso de omissão, oponham embargos de declaração

para que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre os dispositivos infraconstitucionais tidos por afrontados. Entretanto, depreende-se da análise dos autos que os recorrentes não manejaram os imprescindíveis embargos de declaração. Logo, é inarredável a aplicação do disposto nas Súmulas nº 282 e 356 do STF.

4. O revolvimento do contexto fático-probatório carreado aos autos é defeso ao STJ em face do óbice do seu verbete sumular nº 7, porquanto não pode atuar como terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada.

5. No caso *sub examine*, o Tribunal *a quo*, ao afastar as alegações de ocorrência de nulidade na execução extrajudicial, fê-lo com supedâneo na prova dos autos, pois asseverou que o agente fiduciário, ao receber de volta a notificação para purgação da mora com a observação de que os devedores, ora recorrentes, haviam se mudado, providenciou a notificação por edital em duas oportunidades distintas, sendo certo que os devedores não se defenderam nos autos da execução extrajudicial.

6. A exigência de comum acordo entre o credor e o devedor na escolha do agente fiduciário tão somente se aplica aos contratos não vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, conforme a exegese do art. 30, I e II, e §§ 1º e 2º do Decreto-Lei 70/66. Precedentes: REsp 842.452/MT, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de outubro de 2008; AgRg no REsp 1.053.130/SC, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ de 11 de setembro de 2008; REsp 867.809/MT, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 5 de março de 2007; e REsp 586.468/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 19 de dezembro de 2003.

7. *In casu*, a Caixa Econômica Federal designou a APERN - Crédito Imobiliário S/A como agente fiduciário na qualidade de sucessora do Banco Nacional da Habitação, sendo certo não ser necessário o comum acordo entre o devedor e o credor para essa escolha.

8. O prazo a que alude o § 1º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66 não se encontra inserido no art. 177 do CPC, porquanto o seu descumprimento não impõe nenhuma sanção ao agente fiduciário, razão pela qual esse prazo é impróprio.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp nº 116.035/PE, Relator Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. 06.04.2011, DJe 28.04.2011)

Logo, tendo aquela E. Corte, guardiã da exegese das leis nacionais, julgado, em referido âmbito, de modo desfavorável ao pólo recorrente, prejudicada a via recursal a tanto.

Finalmente, a análise dos demais argumentos envolve o reexame de matéria fático-probatória, logo aplicável à espécie a Súmula 07, daquela C. Corte:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o recurso, em relação ao Decreto-Lei nº 70/66, e, quanto às demais alegações, NEGO-LHES ADMISSIBILIDADE.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de julho de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003476-88.1999.4.03.6102

(1999.61.02.003476-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 846/849

Interessados: DEPARTAMENTO AEROMARÍTIMO DO ESTADO DE SÃO PAULO - DAESP E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA

Classe do Processo: AC 1302449

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DO AEROPORTO DE RIBEIRÃO PRETO AOS PADRÕES DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ATENDIMENTO DA PRETENSÃO NO CURSO DA DEMANDA. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO (CPC, ART. 269, II). IMPOSIÇÃO DE *ASTREINTES* CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - Consoante o *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de manifesta inadmissibilidade, improcedência ou confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

II - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando garantir a segurança dos usuários do Aeroporto de Ribeirão Preto, consoante o disposto nos arts. 129, III e § 1º, da Constituição da República; 5º, da Lei nº 7.347/85; e 81 e 82, I, da Lei nº 8.078/90. Precedentes.

III - A União Federal é parte legítima para compor o polo passivo da demanda, por lhe competir explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a infraestrutura aeroportuária (art. CR/88, art. 21, XII, “c”), mesmo que tenha concedido, mediante convênio, a administração do Aeroporto de Ribeirão Preto ao DAESP.

IV - O atendimento da pretensão deduzida em juízo, no curso do processo, caracteriza o reconhecimento jurídico do pedido, nos termos do art. 269, II, do Código de Processo Civil, não havendo, assim, que se falar em extinção do processo, sem resolução do mérito, pela perda superveniente do objeto da ação.

V - Possibilidade de imposição de multa cominatória ou *astreintes* contra a Fazenda Pública, inclusive de ofício, consoante previsto nos arts. 461, §§ 4º a 6º, do Código de Processo Civil, 11, da Lei nº 7.347/85 e 84, § 4º, da Lei nº 8.078/90, não colhendo, outrossim, o pleito de redução do valor da multa, porquanto fixada em montante razoável e compatível com a natureza e objeto da demanda.

VI - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que, com fundamento nos arts. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, negou seguimento às apelações e à remessa oficial tida por ocorrida, em face de sentença que julgou procedente o pedido em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, obrigando o Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - DAESP e o Departamento de Aviação Civil - DAC a manterem o Aeroporto Leite Lopes, de Ribeirão Preto, em condições adequadas de segurança, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada réu.

Sustenta, em síntese, que a matéria debatida não se amolda às hipóteses de julgamento monocrático previstas no art. 557, do Código de Processo Civil, asseverando ser incompatível com o ordenamento jurídico a aplicação de *astreintes* contra a Fazenda Pública, por contrariar o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, alegando, outrossim, a inexistência, na espécie, de qualquer dos requisitos previstos nos §§ 3º e 4º, do art. 461, do Código de Processo Civil.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada, revogando-se a multa diária imposta em face da União, ou, ao menos, a diminuição do valor fixado (fls. 852/855v.).

Não verificando razões para retratação da decisão, apresento o recurso em mesa para pronunciamento do Colegiado.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Não assiste razão à Agravante.

Inicialmente, nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

Com efeito, a decisão agravada foi prolatada em consonância com jurisprudência dominante de Tribunal Superior e desta Corte, estando vazada nos seguintes termos:

Cuida-se de ação civil pública promovida, em 16.04.1999, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face do DEPARTAMENTO AEROMARÍTIMO DO ESTADO DE SÃO PAULO - DAESP e do DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL - DAC (UNIÃO FEDERAL), com pedido de antecipação de tutela, objetivando a determinação da realização de obras que se fizerem necessárias para que o Aeroporto Leite Lopes, de Ribeirão Preto/SP, se enquadre aos padrões internacionais de segurança compatíveis com o seu nível de operação e movimento.

Sustenta, em síntese, ter apurado, com base na representação nº 78/98, instaurada perante o Ministério Público Federal de São Paulo, com a finalidade de investigar a segurança do transporte aéreo brasileiro, que o referido Aeroporto encontra-se com o sistema de combate a incêndios inoperante e que nele pousam aeronaves de grande porte, o que exige a classificação do aeródromo como de categoria 6, devendo, consequentemente, dispor de equipamento de segurança com, no mínimo, 7.900 litros de água, não podendo, outrossim, funcionar para pousos e decolagens, sem que o Corpo de Bombeiros esteja disponível e devidamente equipado, em razão do risco à vida de milhares de consumidores (fls. 02/10).

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 11/46), sendo aditada pela petição de fls. 48/49, para incluir a condenação de multa diária no caso do inadimplemento da obrigação postulada. O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (fls. 51/53).

Mediante decisão de fls. 51/53 foi postergada a realização de prova pericial para momento oportuno. Contra essa decisão o Autor interpôs o Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.022267-1 (fl. 55), ao qual foi negado seguimento.

O DAESP, autarquia pela Lei Estadual nº 10.385/70, ofertou contestação, pugnando pela improcedência da ação (fls. 71/247).

O Autor emendou, novamente, a inicial (fl. 264), restando determinada a inclusão da UNIÃO FEDERAL no polo passivo da demanda, com a exclusão do Departamento de Aviação Civil DAC, órgão integrante do então Ministério da Aeronáutica (fl. 265).

Citada, a União Federal contestou o feito, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 279/286.

Nomeado perito (fl. 305), o Autor e União Federal apresentaram quesitos e indicaram assistentes técnicos (fls. 306/307 e 312/314, respectivamente).

Apresentados o laudo pericial (fls. 347/402) e os pareceres técnicos de fls. 423/506 e 509/615. Em audiência, foi colhido o depoimento de testemunha arrolada pelo DAESP (fls. 627/629), seguindo-se a oferta de memoriais pela União Federal (fls. 634/636), pelo DAESP (fls. 649/654) e pelo Autor (fls. 638/645).

Laudo complementar às fls. 656/661.

Manifestações do Autor (fl. 670), do DAESP (fls. 674/756) e da União Federal (fls. 760/680), e juntada dos documentos de fls. 783/785 e 789/792.

Mediante sentença prolatada em 14.11.2007, o MM. Juízo “a quo” afastou a preliminar e, entendendo que as exigências buscadas pelo Autor foram atendidas pelas Rés no curso do processo, julgou procedente o pedido, com fundamento no art. 269, II, “para impor ao Departamento Aeromárítimo do Estado de São Paulo - DAESP e à UNIÃO, por seu ente administrativo próprio, a obrigação de manter as instalações, material, pessoal e equipamentos necessários à preservação da segurança de passageiros e demais pessoas que transitam pelo Aeroporto Leite Lopes, nas salas de embarque e desembarque, com vigilância permanente, revista de bagagens e de passageiros, no Serviço de Salvamento e Combate a Incêndio e no Parque de Abastecimento de Combustível de Aviação, tudo de modo a atender às normas internacionais de segurança para aeroportos da mesma categoria”, fixando, outrossim, na hipótese de descumprimento, multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada Réu (fls. 793/801). Inconformadas, a União Federal e o DAESP interpuseram, respectivamente, os recursos de apelação de fls. 813/821 e 822/824, pugnando a reforma da sentença, para julgar extinto o processo sem resolução do mérito.

Com contrarrazões (fls. 826/835), subiram os autos a esta Corte, manifestando, outrossim, o *Parquet*, pelo não provimento dos recursos (fls. 842/844).

Feito breve relato, decido.

Nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

Inicialmente, cumpre observar que a sentença proferida está sujeita ao reexame necessário, consoante o disposto no art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil, aplicável à ação civil pública, consoante inteligência do art. 19, da Lei nº 7.347/85.

Destaco, outrossim, que a teor dos arts. 129, III e § 1º, da Constituição da República, 5º, da Lei nº 7.347/85, e 81 e 82, I, da Lei nº 8.078/90, o Ministério Público tem legitimidade para propositura da presente ação civil pública.

Nessa linha encontra-se consolidada a jurisprudência (cf.: STF: RE 163231/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 29.06.2001; RE 379495/SP, 1ª T., Relator Min. Marco Aurélio, DJU 20.04.2006; RE 472489 AgR/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.08.2008; STJ: REsp 695396/RS, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJe 27.04.2011; REsp 1185867/AM, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 12.11.2010; AgRg no REsp 1150965/PR, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 25.04.2011; TRF3: TRF3, AC 724696/SP, 3ª T., Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU 24.10.2007).

De outra parte, verifico ser a União Federal parte legítima para compor o polo passivo da demanda, por competir a ela explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a infraestrutura aeroportuária (art. CR/88, art. 21, XII, “c”), não servindo para excluir sua responsabilidade o fato de ter concedido, mediante convênio (fls. 30/43 e 273/276), a administração do Aeroporto de Ribeirão Preto/SP, que ficou a cargo do DAESP.

Passo à apreciação das questões deduzidas nas Apelações e já assentadas na jurisprudência. Com efeito, consoante extrai-se dos autos, verifico não subsistir controvérsia quanto ao atendimento, no curso do processo, das medidas pretendidas pelo Ministério Público Federal, na presente ação civil pública, consistentes na adequação do Aeroporto de Ribeirão Preto/SP aos padrões internacionais de segurança compatíveis com o seu nível de operação e movimento. Ora, como bem destacado na sentença, o cumprimento das exigências pelas Rés deu-se em decorrência da propositura da ação civil pública, o que caracteriza o reconhecimento jurídico do pedido, nos termos do art. 269, II, do Código de Processo Civil, não havendo, assim, que se falar em extinção do processo, sem resolução do mérito, pela perda superveniente do objeto da ação.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATENDIMENTO DO PEDIDO NO CURSO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 269, INCISO II, DO CPC.

1. Intentada a ação civil pública com o fito de obstar a venda, sem licitação, de imóvel afetado ao uso de unidade militar, os atos administrativos supervenientes, cancelando as tratativas iniciais com os possíveis adquirentes e deflagrando certame licitatório para a alienação do bem, importam atendimento da pretensão deduzida em juízo, conduzindo, assim, a extinção do processo com julgamento de mérito.

2. *Se no transcorrer do processo, o demandado submete-se, expressa ou tacitamente, à pretensão do demandante e aceita o resultado por ele perseguido, caracteriza-se a situação prevista no art. 269, inciso II, do CPC, afastada a alegativa de carência de ação por falta de interesse de agir. Precedentes.*

3. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp 544957/CE, 2ª T., Rel.; Min. Castro Meira, DJ 20.04.2006 - destaque meu).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OBEDIÊNCIA À PRETENSÃO DO AUTOR NO

CURSO DO PROCESSO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Os fatos consignados pela Corte de origem revelam que a retirada das cláusulas questionadas pelo Ministério Público Federal só ocorreu em virtude do ajuizamento da ação civil pública, ou seja, no curso do processo.

2. Sendo assim, o que houve, no caso concreto, foi o reconhecimento do pedido, a ensejar a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, II do CPC. Precedentes: (REsp 480.710/ES, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 3.5.2005, DJ 13.6.2005 p. 309.); (REsp 313.109/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19.8.2004, DJ 27.9.2004.)

Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Ag 1230118/TO, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29.03.2011).

Na mesma linha tem decidido a Sexta Turma deste Tribunal, conforme atesta a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APAGÃO AÉREO. MEDIDAS ASSISTENCIAIS E INFORMAÇÕES AOS USUÁRIOS DE AEROPORTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

1. A implementação de providências inseridas nos pedidos da ação civil pública no curso da tramitação do feito, longe de caracterizar perda do objeto pela falta superveniente do interesse processual, comprova a utilidade e a necessidade da ação coletiva, e que subsiste até o julgamento definitivo do mérito.

(...)

15. Agravo de instrumento provido e prejudicados os embargos de declaração da *corré* GOL Linhas Aéreas.”

(TRF3, AI 308731/SP, 6ª T., Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJe 12.01.2011).

Cumpre destacar que, dada a natureza da obrigação e do bem jurídico tutelado, não configura julgamento *extra petita* o fato de a sentença, após reconhecer a adequação do Aeroporto às normas internacionais de segurança, ter determinado às Rés, claudicantes no cumprimento de suas atribuições, antes da propositura da ação, a obrigação da manutenção das aludidas condições de segurança, fixando multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na hipótese de descumprimento.

Anote-se que, além de ter sido requerida pelo Autor (fls. 48/49), a multa cominatória ou *astreintes* pode ser imposta de ofício, inclusive contra a Fazenda Pública, consoante previsto nos arts. 461, §§ 4º a 6º, do Código de Processo Civil, 11, da Lei nº 7.347/85 e 84, § 4º, da Lei nº 8.078/90.

Nesse sentido, tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal, conforme denotam as seguintes ementas:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. APLICAÇÃO DE MULTA POR INADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui já entendimento de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitida ao Juízo a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no REsp 1129903/GO, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 24.11.2010).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ACORDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL. ANTT. LEGITIMIDADE PASSIVA, INÉPCIA DA INICIAL, POSSIBILIDADE JURÍDICA, INTERESSE DE AGIR/ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. ART. 644 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MÉRITO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE DE COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*) À FAZENDA PÚBLICA.

(...)

V - É pacífico o cabimento da cominação de multa diária (astreintes) mesmo contra a Fazenda Pública, como forma de compelir o devedor a cumprir sua obrigação de fazer, conforme expressa previsão no art. 644 c.c. art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil e no art. 11 da Lei nº 7.347/85 (Lei da ação civil pública), conforme precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

VI - Apelação da União Federal e remessa oficial, tida por submetida, desprovidas, para manter a sentença de improcedência dos embargos, ora recorrida, fixando o prazo de 20 - vinte - dias para que a embargante, pelo seu Ministério dos Transportes, efetive a análise do(s) novo(s) plano(s) de outorgas a serem apresentados pela ANTT nos termos do decidido nos autos dos Embargos apresentados por aquela autarquia (processo em apenso, julgado nesta mesma data - AC nº 2006.61.00.004406-7), tudo sem prejuízo da incidência da multa diária (*astreintes*) fixada pelo juízo 'a quo' na sentença, nos termos da fundamentação supra."

(TRF3, AC 1355031/SP, 3ª T., Rel. Juiz Fed. Convocado Souza Ribeiro, DJe 07.10.2011 - destaque meu).

Isto posto, nos termos dos arts. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, **NEGO SEGUIMENTO ÀS APELAÇÕES E À REMESSA OFICIAL, TIDA POR OCORRIDA.**

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

Verifica-se que a decisão impugnada encontra-se de acordo com o entendimento da Excelsa Corte, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, comportando julgamento monocrático pelo Relator, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil.

Impende destacar a possibilidade de imposição de multa cominatória ou *astreintes* contra a Fazenda Pública, inclusive de ofício, consoante previsto nos arts. 461, §§ 4º a 6º, do Código de Processo Civil, 11, da Lei nº 7.347/85 e 84, § 4º, da Lei nº 8.078/90 (cf.: STJ, AgRg no REsp 1129903/GO, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 24.11.2010; e TRF3, AC 1355031/SP, 3ª T., Rel. Juiz Fed. Convocado Souza Ribeiro, DJe 07.10.2011), não colhendo, outrossim o pleito de redução do valor fixado, porquanto arbitrado em montante razoável e de acordo com a natureza e objeto da demanda, cumprindo realçar que a adequação do Aeroporto de Ribeirão Preto aos padrões internacionais de segurança só foi implementada em decorrência da propositura da ação civil pública.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012872-79.2005.4.03.6102
(2005.61.02.012872-0)

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Apelados: PEDRA AGROINDUSTRIAL S/A E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AC 1462874

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DERRAMENTO DE MELAÇO EM RIO. DANO E REPARAÇÃO AMBIENTAL. IBAMA E MPF. APELAÇÃO CONHECIDA. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. ICMBIO. PARTE ILEGÍTIMA. TRANSAÇÃO E SENTENÇA DE HOMOLOGAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO IBAMA CONTRA O ACORDO. INVIABILIDADE DE SUPRIMENTO PELO JUÍZO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Interposta apelação por litisconsorte, a sentença de homologação de transação não transita em julgado para o outro, que não apelou, pois o efeito do julgamento unitário, exigido pelo artigo 47, CPC, é o de impedir que a causa seja resolvida de forma diferenciada para cada um dos litisconsortes, assim a apelação do IBAMA aproveita ao MPF, nos termos do artigo 509, CPC, cabendo ao Tribunal dizer sobre a validade da transação e da homologação com efeitos para ambos os litisconsortes: preliminar de não conhecimento, invocada pela apelada, rejeitada.

2. Em ação civil pública, movida pelo IBAMA e MPF, o ICMBIO, cujas atribuições foram previstas na Lei 11.516/2007, não é parte legítima, pois o mero interesse econômico em gerir os recursos de eventual condenação do réu, não se confunde com o jurídico, que é legitimadamente defendido pelo órgão federal de fiscalização do meio ambiente, cujas funções, neste particular, mantidas pela nova legislação.

3. É nula a sentença que homologa acordo inexistente, alcançando o IBAMA que, expressamente discordou da inclusão na transação da multa administrativa aplicada, não podendo o Juízo suprir nem substituir a vontade negativa da parte pela vontade judicial de por ao fim ao processo mediante sentença homologatória. A transação presume manifestação de vontade por parte dotada de capacidade e legitimidade para dispor sobre direito, não podendo o Juízo, MPF e menos ainda o réu, obrigar o IBAMA a transacionar, dispensando ou reduzindo a multa administrativa aplicada para viabilizar acordo em ação civil pública, cujo objeto próprio é a discussão de eventual responsabilidade civil da ré, por danos ambientais, para efeito de reparação civil, e não o exame da responsabilidade administrativa da ré, por infração administrativa, ou da validade da multa aplicada pelo órgão ambiental no exercício de poder de polícia ambiental.

4. Não havendo manifestação de vontade do IBAMA para aderir à transação, inviável

a resolução do processo mediante homologação que presume acordo existente, validamente constituído pelas partes no processo, o que evidentemente não ocorreu. Na falta de vontade de acordar por uma das partes, ao Juízo cabia somente determinar o prosseguimento do feito para oportuno julgamento da causa, com ou sem resolução do mérito, acolhendo ou não pedido dos autores, nos limites da ação ajuizada, e não homologar acordo inexistente em detrimento do interesse público.

5. Preliminar de não conhecimento rejeitada; agravo retido a que se nega provimento; apelação do IBAMA provida em parte e remessa oficial, tida por submetida, integralmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento da apelação; negar provimento ao agravo retido; dar parcial provimento à apelação e provimento à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de agravo retido, apelação e remessa oficial, tida por submetida, em ação civil pública do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e do Ministério Público Federal contra Pedra Agroindustrial S/A (antes Usina Irmãos Biagi S/A Açúcar e Alcool - Usina da Pedra), objetivando a reparação de danos e compensação ambiental por derramamento de melaço nas águas do rio Pardo, no município de Serrana - São Paulo.

Consta dos autos que foi instaurado procedimento administrativo contra a Usina da Pedra a partir da lavratura do auto de infração 192374-D, nos termos da IN/IBAMA 08/2003 (f. 28 e seguintes), fixado o valor da multa em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), com base na valoração econômica do dano ambiental apurado pelo órgão denominado CEPTA. Interposto recurso administrativo, a multa foi mantida em segunda instância.

Na ação civil pública, ajuizada em 18/10/2005 (f. 02), na Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, alegou-se: (1) a titularidade ativa do IBAMA, com prerrogativas na defesa de direito e interesses difusos e coletivos ambientais, nos termos do art. 5º, II, da Lei 7.347/85 e art. 2º, da Lei 7.735/89; (2) a competência da Justiça Federal; (3) a gravidade dos danos, com o histórico do processo administrativo em que o IBAMA recusou o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) apresentado pela ré, por sua precariedade; (4) a independência das esferas administrativa e civil; (5) a responsabilidade civil objetiva, consoante jurisprudência; (6) a recuperação via compensação ambiental; (7) a inversão do ônus da prova; (8) os danos morais coletivos; e (9) a presença de requisitos para a concessão de tutela antecipada, com fixação de multa diária, especificando os pedidos (f. 23/4):

[...]

Diante do exposto, requerem os autores seja julgada a ação totalmente procedente, condenando-se a ré no cumprimento das seguintes *obrigações de fazer*:

. *Financiar os dez projetos de pesquisa ambiental*, constantes do “Programa Integrado para a recuperação dos Rios Mogi-Guaçu, Pardo e Grande - Aspectos físicos, biológicos e socioeconômicos”, a serem executados pelo CEPTA/IBAMA.

. *Reflorestar a área de preservação permanente do imóvel rural* onde está situada a Usina da Pedra, com espécies arbóreas nativas, que engloba toda a área alagada, a denominada várzea do Rio Pardo, mais a margem seca (não atingida pelas águas ribeirinhas) com largura de cem metros, ao longo do rio, em conformidade com o art. 2º da Lei nº 4.771/65.

No tocante ao primeiro pedido, requerem os autores determine-se que a ré faça o depósito em Juízo, ou que disponibilize em conta corrente particular, o valor de sete milhões de reais, a ser pago em cinco prestações anuais, em conformidade com o cronograma estabelecido pelo CEPTA na planilha em anexo.

Em relação ao segundo pedido, requerem, em caso de descumprimento, que seja determinada a execução específica da obrigação de fazer, correndo às expensas da ré.

Requerem seja condenada a ré ao pagamento de *indenização por danos morais coletivos*, no valor a ser arbitrado por V. Exa, na sentença.

Subsidiariamente, requerem seja a ré condenada ao pagamento de indenização, a ser arbitrada por V. Exa, tendo como valor mínimo o apurado pelo CEPTA no “Relatório de Avaliação de Mortandade de Peixes no Rio Pardo e Forte Impacto sobre o Rio Grande”, qual seja, R\$ 11.588.098,05 (onze milhões, quinhentos e oitenta e oito mil e noventa e oito reais e cinco centavos), revertendo a soma respectiva ao FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS, de que trata o art. 13 da Lei 7.347, regulamentado pelo Decreto 1.306/94.

[...] (g. n.)

Houve citação em 14/12/2005 (f. 490), com contestação em 31/01/2006 (f. 497/554), replicada pelo MPF (f. 1.247/52) e IBAMA (f. 1.257/72). Em 24/10/2005, foi determinado o apensamento do presente feito aos autos da ACP 2004.61.02.006798-2 (f. 481), ajuizada contra Irmãos Biagi S/A Açúcar e Alcool pelo Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania - IBDC, em 28/04/2004 (f. 03, do apenso), com o desapensamento posterior das ações, considerando-se as partes e as fases processuais distintas.

Declarada incompetente a Justiça Federal e determinada a remessa dos autos ao Foro Distrital de Serrana - SP (f. 1.274/1.277), foi interposto o AI 2006.03.00.089689-5 pelo MPF (f. 1.280/95). O recurso foi provido pela Turma, com a reforma da decisão (f. 1.317/9 e f. 1.334/9) e baixa definitiva dos autos à Vara de origem em 17/05/2012.

Requerida pela ré a designação de audiência de tentativa de conciliação entre as partes, inclusive nos autos da ACP 2004.61.02.006798-2 (f. 1.329).

A União, após intimação, informou a ausência de interesse em integrar a lide (f. 1.352).

Conforme deliberado em audiência, realizada em 06/12/2007, nos autos da ACP 2004.61.02.006798-1, foi proposta pelo Juízo a elaboração de projeto comum, com a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para manifestação da viabilidade e aceitação (f. 1.354/6), passando o presente feito a tramitar conjuntamente.

A ré reiterou sua disposição de realizar acordo, em 05/03/2008 (f. 1.362/5).

Após deferimento de prazo suplementar, o IBAMA apresentou projetos atualizados do Programa Integrado de Recuperação dos Rios Pardo, Mogi e parte do Rio Grande, alegando que houve memorando encaminhado pelo Chefe do CEPTA ao Diretor do Instituto Chico Mendes,

“ressaltando a impossibilidade de aceitação da proposta formulada pelo Juízo do repasse de apenas 60% (sessenta por cento) dos recursos para a execução dos projetos, cujo custo total alcança o montante de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais)”, em 05/05/2008 (f. 1.372).

Realizada audiência em 07/05/2008, foi concedido prazo para que os autores se manifestassem a respeito da proposta elaborada, determinando-se o apensamento dos autos de ambas as ações, para que tivessem solução uniforme, e a realização de nova audiência, em 16/06/2008 (f. 809, do apenso).

Na audiência, realizada em 16/06/2008, a tentativa de conciliação restou infrutífera, manifestando-se o MPF pela indicação de interlocutor do IBAMA “com poderes suficientes para, na próxima audiência, alcançar o desejável acordo”. Requerido pelo IBAMA o ingresso do ICMBIO no pólo ativo da demanda, o pedido foi indeferido, com interposição de agravo retido na própria audiência (f. 814/6, do apenso).

Na audiência realizada em 29/10/2008, estando ausente o IBAMA, foi deferido prazo pelo Juízo *a quo* para a ré apresentar proposta de acordo, com a designação de nova audiência para 12/12/2008 (f. 860, apenso).

Conforme despacho de f. 895, do apenso, foi determinada a expedição de: (1) mandado de intimação para MPE, MPF, IBDC e Procuradoria Local do IBAMA, e Presidentes do ICM-BIO e CEPTA; e (2) cartas precatórias para a intimação dos Presidentes do IBAMA, ICMBIO e CEPTA, com cópia da proposta de acordo formulada, para manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias, sendo que “Na impossibilidade de manifestação antes da audiência, por não haver transcorrido o prazo deferido, a referida manifestação deverá ser apresentada na audiência, impreterivelmente.”

Em nova audiência de tentativa de conciliação, em 12/12/2008, o Procurador Federal junto ao IBAMA não aceitou os termos da proposta formulada pela ré, conforme registro em ata, sendo designada audiência para o dia 04/03/2009 (f. 1.551/2).

A sentença homologou acordo apresentado pela ré na audiência de 04/03/2009, uma vez que “como se trata de proposta de acordo fornecida pela ré em modalidade de procedimento que não admite a dedução de pedido contraposto, a solução mais adequada à instrumentalidade e à eficácia do processo é que ausência de declaração de vontade do IBAMA, no sentido da aceitação do acordo ao qual todas as demais partes aderiram, seja suprida por manifestação do juízo, a presente sentença. Portanto, declaro aceito o acordo também pelo IBAMA.” (f. 1.557/61)

Apelou o IBAMA, alegando, em suma, que: (1) comprovada a culpa exclusiva da ré pelo dano ambiental por negligência no armazenamento precário dos resíduos poluentes; (2) na ata de audiência de conciliação, consta declaração de vontade do IBAMA, devidamente representado por seu procurador, “rechaçando a possibilidade de acordo que incluísse a multa administrativa aplicada pelo IBAMA à Ré em razão do colossal dano ambiental por ela causado” e “apontando a sua incompetência para apreciar e celebrar acordos judiciais dessa monta em razão das disposições legais que regulamentam a matéria, qual seja, a Lei 9.469 de 10 de julho de 1997” (f. 1.578); (3) ao proferir a sentença logo após proposta de acordo em audiência, o juiz não oportunizou que o acordo fosse encaminhado para análise dos dirigentes da autarquia que detêm poderes para celebrar acordos, excluindo a possibilidade de uma contraproposta do IBAMA, razão pela qual “a sentença guerreada se constituiu em uma afronta ao estado democrático de direito e um atentado às liberdades e garantias individuais esculpidas em nossa constituição federal, na medida em que se violou uma expressa manifestação de vontade de uma autarquia federal devidamente representada pela advocacia pública federal” (f. 1.579); (4)

cabe análise e provimento do recurso retido interposto contra decisão que indeferiu a inclusão do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade no pólo ativo da ação - ICMBIO, uma vez que é o destinatário dos recursos através do Centro de Pesquisa e Gestão de Recursos Pesqueiros Continentais - CEPTA, restando demonstrado o seu interesse jurídico; e (5) houve violação ao artigo 5º, *caput* e inciso II, da CF/88, “já que o IBAMA foi obrigado a fazer um ‘acordo’ contra a sua vontade expressamente manifestada, sem a existência de lei que o determinasse” (f. 1.582).

Apresentadas contrarrazões, a ré argüiu, preliminarmente, o não recebimento da apelação ou, quando menos, o seu improvimento, em razão do litisconsórcio unitário ter gerado o trânsito em julgado para todos; e, no mérito, (1) o dano não alcançou as proporções alegadas pelo apelante; (2) o IBAMA descumpriu determinação judicial para que enviasse à audiência representante com poderes para realizar o acordo; (3) a proposta de acordo contém todas as exigências feitas pelas partes em audiência anterior; (4) a multa administrativa é objeto da lide; e (5) é dispensável a anuência do IBAMA em confronto com a vontade do Ministério Público Federal, consoante jurisprudência. Aduziu, ainda, o não cabimento e a improcedência do agravo retido (f. 1.589/1.601).

Em contrarrazões, a Procuradoria da República em Ribeirão Preto manifestou-se no sentido de que “rechaça a injusta indisposição do IBAMA para o acordo”, e “malgrado seja contrário à solução litigiosa deste processo e sem prejuízo das correntes tentativas de obtenção de acordo - não tem alternativa senão requerer seja dado provimento ao apelo”, reconhecendo a prolação de sentença *extra petita* e violação à autonomia da vontade de uma das partes (f. 1.605/8); e juntou cópias de ofícios enviados à Procuradoria Federal especializada do IBAMA e ao Diretor do CEPTA/IBAMA, solicitando o pronunciamento sobre a minuta de acordo (f. 1.609/11).

Subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pelo desprovimento do agravo retido e pela declaração de nulidade da sentença.

Após a inclusão do presente feito na pauta de julgamento de 28/06/2012, a ré requereu o seu adiamento (f. 1.635), com o deferimento do pedido para a sessão do dia 19/07/2012 (f. 1.637).

Nos autos da ACP 2004.61.02.006798-2, a ré requereu o desapensamento, a certificação do trânsito em julgado da decisão homologatória do acordo celebrado e o envio daqueles autos à Vara de origem para arquivamento (f. 1.035/6, do apenso).

Conforme petição protocolizada em 29/06/2012, a ré informou o ajuizamento da execução fiscal pelo IBAMA, visando à cobrança de multa, a qual foi incluída no acordo homologado nesta ação civil pública, e a oposição de embargos à execução (Processo 596.01.2011.004111-0), na Vara Cível de Serrana/SP. Reiterou as alegações aduzidas em contrarrazões: (1) o trânsito em julgado da decisão homologatória do acordo, uma vez que as partes Ministério Público Federal e Pedra Agroindustrial S/A desistiram do prazo para interposição de recurso; (2) trata-se de litisconsórcio ativo facultativo unitário, em que há coisa julgada para o Ministério Público Federal e para a ONG IBDC (na ação por ela ajuizada), estendendo o resultado da decisão homologatória ao IBAMA, nos termos do artigo 509 do CPC, e considerando que os “interesses do Ministério Público Federal e do IBAMA coincidem (adotar medidas em prol do meio ambiente), e por isso o IBAMA fica obrigado a acatar o acordo homologado, devendo este (o acordo) ser tratado como uma indenização definitiva para a lide” (f. 1.642); e (3) a total recuperação do rio Pardo, conforme decisões transitadas em julgado em ação de indenização ajuizada contra a ré (Processo 1.211/2006 - Vara Cível de Viradouro).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, cabe examinar em conjunto o agravo retido, apelação e remessa oficial, tida por submetida, destacando que a ação civil pública foi ajuizada pelo IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, e pelo Ministério Público Federal contra Pedra Agroindustrial S/A (antes Usina Irmãos Biagi S/A Açúcar e Álcool - Usina da Pedra), na Vara Federal de Ribeirão Preto, em 18/10/2005, para reparação de danos e compensação ambiental por derramamento de melaço nas águas do rio Pardo, no município de Serrana - São Paulo, requerendo (f. 23/4):

[...]

Diante do exposto, requerem os autores seja julgada a ação totalmente procedente, condenando-se a ré no cumprimento das seguintes *obrigações de fazer*:

. *Financiar os dez projetos de pesquisa ambiental*, constantes do “Programa Integrado para a recuperação dos Rios Mogi-Guaçu, Pardo e Grande - Aspectos físicos, biológicos e socioeconômicos”, a serem executados pelo CEPTA/IBAMA.

. *Reflorestar a área de preservação permanente do imóvel rural* onde está situada a Usina da Pedra, com espécies arbóreas nativas, que engloba toda a área alagada, a denominada várzea do Rio Pardo, a mais a margem seca (não atingida pelas águas ribeirinhas) com largura de cem metros, ao longo do rio, em conformidade com o art. 2º da Lei nº 4.771/65.

No tocante ao primeiro pedido, requerem os autores determine-se que a ré faça o depósito em Juízo, ou que disponibilize em conta corrente particular, o valor de sete milhões de reais, a ser pago em cinco prestações anuais, em conformidade com o cronograma estabelecido pelo CEPTA na planilha em anexo.

Em relação ao segundo pedido, requerem, em caso de descumprimento que seja determinada a execução específica da obrigação de fazer, correndo às expensas da ré.

Requerem seja condenada a ré ao pagamento de *indenização por danos morais coletivos*, no valor a ser arbitrado por V. Exa, na sentença.

Subsidiariamente, requerem seja a ré condenada ao pagamento de indenização, a ser arbitrada por V. Exa, tendo como valor mínimo o apurado pelo CEPTA no “Relatório de Avaliação de Mortandade de Peixes no Rio Pardo e Forte Impacto sobre o Rio Grande”, qual seja, R\$ 11.588.098,05 (onze milhões, quinhentos e oitenta e oito mil e noventa e oito reais e cinco centavos), revertendo a soma respectiva ao FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS, de que trata o art. 13 da Lei 7.347, regulamentado pelo Decreto 1.306/94.

[...] (g. n.)

Na contestação, alegou a ré: (1) preliminarmente, a retificação do pólo passivo para que passe a constar a Irmãos Biagi S/A Açúcar e Álcool; ausência de pressuposto de constituição de desenvolvimento válido e regular do processo; litispendência; inépcia da petição inicial; impossibilidade jurídica da cumulação de pedidos; e a ilegitimidade ativa do IBAMA e MPF; (2) o acidente decorreu de caso fortuito; procedeu imediatamente à ação de contenção, o que possibilitou que apenas pequena parte do melaço atingisse o rio; a “seca” e os esgotos muni-

cipais favoreceram a redução do teor de oxigênio das águas do rio Pardo”; o melão é produto atóxico, biodegradável, e inofensivo à saúde humana e animal; que o rio Pardo encontra-se em situações normais, tendo havido recuperação da qualidade da água; (3) sua firme e reiterada intenção de recuperar e compensar o meio ambiente; (4) a apresentação tempestiva de projetos de recuperação e compensação ambiental; (5) que não se justifica a lavratura de auto de infração e a imposição de multa pelo IBAMA; (6) a seriedade e substancialidade da proposta de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC por ela apresentada; (7) a inexistência de responsabilidade objetiva; (8) o não cabimento da tutela antecipada quando da prolação da sentença; (9) o não cabimento da multa para o caso de não cumprimento após a prolação da sentença; (10) a impossibilidade de inversão do ônus da prova; (11) que merecem destaque todas as suas ações sociais em prol do meio ambiente; (12) improcedência do pedido de indenização por dano moral; e (13) e a improcedência do pedido de reflorestamento de área fora dos limites legais; pelo que requereu o acolhimento das preliminares e a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou que sejam julgados improcedentes todos os pedidos constantes da petição inicial (f. 497/554).

A ré requereu designação de audiência de tentativa de conciliação, inclusive na ACP 2004.61.02.006798-2 (f. 1.329). Na audiência de 06/12/2007, nos autos em apenso, foi proposta pelo Juízo a elaboração de projeto comum, com prazo de 90 dias para manifestação da viabilidade e aceitação, passando o presente feito a tramitar conjuntamente (f. 1.354/6):

[...]

Iniciados os trabalhos, feita a tentativa de conciliação, restou a mesma, por ora, infrutífera. Em seguida, pelo MM. Juiz foi dito: Após a manifestação das partes sobre diversos pontos do processo e dos elementos que estariam a impossibilitar a conciliação, foi informado que as partes estariam de acordo quanto ao valor da reparação no importe de sete milhões de reais, remanescendo divergência quanto à destinação dos recursos para a compensação ambiental, tendo em vista que ambas as partes elaboraram estudos técnicos. Após longo debate e diante do posicionamento das partes, foi proposto pelo Juízo a elaboração de um projeto comum que atendesse em parte a pretensão de ambas as partes na utilização dos recursos, sendo que sessenta por cento seriam aplicados na recuperação conforme definição do IBAMA e quarenta por cento dos recursos seriam aplicados na recuperação, conforme definição da parte ré, considerando para isso, a readequação dos laudos e pareceres já apresentados pelas partes nos autos, sendo que o acordo também envolve a redução da multa administrativa em noventa por cento. Assim, foi concedido um prazo de 90 (noventa) dias para que as partes informem sobre a viabilidade e a aceitação da proposta do Juízo. Decorrido o prazo, com ou sem manifestação tornem conclusos.

[...]

A ré reiterou sua disposição de realizar acordo, em 05/03/2008, destacando (f. 1.362/5):

[...]

6- Também não surtiu, até agora, nenhum efeito, a determinação dada pelo MM Juiz Federal, de maneira informal, naquela audiência, à advogada do IBAMA, Dra Riê Kawasaki, para que esta averiguasse, junto ao CONAMA e ao IBAMA a possibilidade de fazer um só acordo abrangendo todos os processos, em especial o processo administrativo nº 02027.023195/2003-44, sobre a aplicação de multa, ora em fase de julgamento pelo CONAMA, e estes processos relativos às Ações Cíveis Públicas, propostas pelo Ministério Público Federal, IBAMA e pela ONG IBDC.

7- É necessário lembrar que anteriormente, durante as negociações que se realizaram nos

protocolados do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, consensuouse que o valor de R\$ 7.000.000,00 a serem investidos em 10 anos pela Pedra, abrangerá a extinção de todos os processos, em especial o processo de multa, hoje em trâmite perante o CONAMA, e essas Ações Cíveis Públicas.

8- Dessa forma, a Pedra vem reiterar que o Plano que propôs, de autoria da ESALQ, como já é do conhecimento do IBAMA, do Ministério Público Federal, do Ministério Público Estadual, do IBDC, e de todos os demais órgãos e entidades interessadas, consiste em realizar reflorestamento de matas ciliares estimadas em 1.900 ha. encravadas na área de 38.000 ha. (50.000 ha. menos 12.000 ha.), ao preço de R\$ 2.500,00 por hectare, perfazendo o total de R\$ 4.750.000,00 a serem investidos em 10 anos, na bacia do Rio Pardo, em áreas próprias e de terceiros, estas exploradas no regime de parceira agrícola, mediante anuência prévia e expressa dos parceiros outorgantes.

9- O Projeto Global consiste em investimento no valor de R\$ 7.000.000,00, em 10 parcelas anuais, conforme proposto anteriormente.

[...] (g. n.)

Após deferimento de prazo suplementar, o IBAMA apresentou projetos atualizados do Programa Integrado de Recuperação dos Rios Pardo, Mogi e parte do Rio Grande, alegando que houve memorando encaminhado pelo Chefe do CEPTA ao Diretor do Instituto Chico Mendes, “ressaltando a impossibilidade de aceitação da proposta formulada pelo Juízo do repasse de apenas 60% (sessenta por cento) dos recursos para a execução dos projetos, cujo custo total alcança o montante de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais)”, em 05/05/2008 (f. 1.372).

Realizada audiência em 07/05/2008, foi dado prazo aos autores para manifestação sobre a proposta, com apensamento das ações, para solução uniforme, e realização de nova audiência em 16/06/2008 (f. 809, do apenso).

Na audiência de 16/06/2008, a tentativa de conciliação não vingou, pedindo o MPF a indicação de interlocutor do IBAMA “com poderes suficientes para, na próxima audiência, alcançar o desejável acordo”. O IBAMA requereu o ingresso do ICMBIO no pólo ativo da demanda, o que foi indeferido, gerando agravo retido (f. 814/6, do apenso):

[...]

Iniciados os trabalhos, feita a tentativa de conciliação, restou infrutífera. Pelo MPF foi dito: MM. Juiz Federal, diante da ausência de intimação do IBAMA e a despeito dos esclarecimentos trazidos pelo Procurador Federal aqui presente, necessário que aquele autor se pronuncie de forma mais clara a respeito das tratativas para conciliação, notadamente indicando interlocutor com poderes suficientes para, na próxima audiência, alcançar o desejável acordo. Outra questão que pende de definição é a eventual sucessão desse mesmo autor pelo recém criado Instituto Chico Mendes. Portanto, para que a próxima audiência seja útil em termos de real tentativa de conciliação o MPF requer vista dos autos, tanto destes quanto de seus conexos, para requerer ao Juízo que inste o IBAMA a se pronunciar sobre essas questões. Pelo Procurador do IBAMA foi dito: MM. Juiz em relação ao questionamento do Ilmo. Procurador da República, cumpre esclarecer que não ocorre no caso sucessão do IBAMA pelo o Instituto Chico Mendes. Como cediço, parte das competências do IBAMA referente as unidades de conservação e pesquisa foram direcionadas ao recém criado Instituto Chico Mendes. O IBAMA é autor da ação e o continuará sendo. Entretanto, como os projetos de recuperação ambientais apresentados nos autos foram elaborados por técnicos do CEPTA, que na época a propositura dessa ação pertencia ao IBAMA e hoje pertence a Instituto Chico Mendes, requer-se deste Juízo após a oitiva das partes, seja Instituto Chico Mendes integrado ao pólo ativo

da ação. Este Procurador é também representante do referido Instituto Chico Mendes. Pelo advogado da Usina da Pedra foi dito: Não há sentido em incluir o Instituto Chico Mendes no pólo ativo da ação, tendo em vista que ele, na qualidade de elaborador de um projeto técnico de recuperação, por meio do Órgão denominado CEPTA, pode figurar como assistente técnico do IBAMA, que é a entidade responsável pela fiscalização do meio ambiente, que já figura no pólo ativo da presente ação. O referido Instituto não tem interesse jurídico na presente ação. Pelo advogado do IBDC foi dito: Quanto a proposta apresentada pela requerida na audiência do dia 7 maio de 2007 o IBDC manifesta-se no sentido de que os valores eventualmente depositados por força de acordo visando assim a recuperação/revitalização do rio sejam geridos em juízo, bem como que sejam ainda contempladas outras finalidades, a saber, financiar os projetos de pesquisa ambiental, adotar medidas compensatórias em benefício dos ribeirinhos, por todo dano causado. Em seguida, pelo MM. Juiz foi dito: *Defiro os requerimentos do MPF, para determinar ao Ilmo. Procurador do IBAMA, que, em até 10 dias, identifique os agentes administrativos da autarquia que tem poderes para transigir no presente processo da forma mais ampla possível. Essa referência abrange, inclusive, a repercussão que eventual celebração de acordo/revitalização do rio afetado terá sobre a penalidade administrativa, nos termos do artigo 60 do Decreto nº 3179/99. Por outro lado, defiro a vista requerida pelo MPF pelo prazo de 10 dias. Indefero, por ora, o ingresso do Instituto Chico Mendes no pólo ativo da ação, tendo em vista que o interesse jurídico relativo ao objeto da presente ação permanece com o IBAMA e que o novo Instituto, como elaborador de projetos de recuperação, não tem, em princípio, atribuição fiscalizatória e, dado seu papel primordial, pode funcionar como assistente técnico do IBAMA.* Designo nova audiência para o dia 29 de outubro de 2008 às 14:00 horas. Providencie-se a intimação do Presidente, da Procuradora-Chefe e da Procuradora-Chefe do setor de Coordenação de Estudos e Pareceres, todos do IBAMA, para que compareçam na audiência. As partes poderão ser acompanhadas dos assistentes técnicos. As partes deverão aproveitar o tempo entre a presente audiência e a próxima, para que elaborem propostas de acordo visando à uma solução conciliatória, que, efetivamente, seja tendente a recuperar/revitalizar o rio afetado, de forma mais apropriada do que uma sentença aparentemente condenatória pode fazer. Pelo Procurador do IBAMA Instituto Chico Mendes foi dito o seguinte: *Interpõe-se neste ato agravo retido da r. decisão proferida pelo ínclito Juízo que indeferiu o ingresso do Instituto Chico Mendes no pólo ativo. Com todo respeito ao entendimento do Juízo, a participação do ICM-Bio através de seu órgão o CEPTA, não se restringe à mera elaboração dos projetos de recuperação ambiental dos rios atingidos, mas também na condição de executor de tais projetos em conjunto com o IBAMA, bem como na condição de destinatário das eventuais verbas objeto da indenização, daí se extraindo o seu inequívoco interesse jurídico na procedência da presente ação. Destarte, requer-se a reconsideração da respeitável decisão para que o ICM-BIO seja aceito no pólo ativo na condição de assistente litisconsorcial ou o que melhor entender o Juízo.* Pelo MM. Juiz foi dito: Digo as demais partes em contra-razões. Pelo advogado da Usina da Pedra foi dito: Reporta-se a sua manifestação anterior, ressaltando apenas que se o CEPTA tivesse interesse jurídico para a propositura da ação deveria estar no pólo ativo desde o início. Requer que seja mantida a decisão agravada. Pelo MPF foi dito: *Tendo o próprio Procurador Federal aqui presente esclarecido que ao Instituto Chico Mendes compete a parte, que antes cabia ao IBAMA de pesquisas ambientais, tendo o IBAMA ficado com as atribuições de fiscalização e responsabilização por danos ambientais descabe o ingresso do Instituto Chico Mendes. Isto porque, diante dessa nova atribuição de divisões o pedido aqui feito não poderia ter sido feito autonomamente pelo Instituto Chico Mendes.* Pelo MM. Juiz foi dito: Mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos. [...]

Na audiência de 29/10/2008, ausente o IBAMA, foi deferido prazo pelo Juízo *a quo* para

a ré apresentar proposta de acordo, com designação de nova audiência para 12/12/2008 (f. 860, do apenso).

Conforme despacho de f. 895, do apenso, foi deferida expedição de: a) mandado de intimação para MPE, MPF, IBDC e Procuradoria Local do IBAMA, e Presidentes do ICMBIO e CEPTA; e b) cartas precatórias para a intimação dos Presidentes do IBAMA, ICMBIO e CEPTA, com cópia da proposta de acordo formulada, para manifestação, no prazo de 5 (cinco) dias, sendo que “Na impossibilidade de manifestação antes da audiência, por não haver transcorrido o prazo deferido, a referida manifestação deverá ser apresentada na audiência, impreterivelmente.” O Presidente do IBAMA foi intimado em 12/12/2008 (f. 931, do apenso) e o ICMBIO em 10/12/2008 (f. 934, do apenso).

Em nova audiência de tentativa de conciliação, em 12/12/2008, o Procurador Federal junto ao IBAMA não aceitou os termos da proposta da ré, conforme registro em ata, sendo designada audiência para 04/03/2009 (f. 1.551/2):

[...]

Aberta, com as formalidades legais, apregoadas as partes, compareceu(ram): o Dr. Antonio da Silva Ferreira, OAB/SP 24.761, Dr. Paulo Correa Rangel Junior, OAB/SP 108.142 e Dr. André Luis Martins, OAB/SP 178.356, patronos da ré USINA DA PEDRA, bem como seu preposto, o Sr. Nelson Blanco, RG 4.950.023-5 SSP SP. Presente o Dr. Afonso Diniz Arantes, OAB/SP 243.373, pelo IBDC. Presente o Procurador Federal, representando o IBAMA, o Dr. Marcellus Dias Peres. Presentes, finalmente, os Drs. André Menezes e Marcelo Pedroso Goulart, representantes do Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, respectivamente. Iniciados os trabalhos, dada a palavra ao Procurador Federal junto ao IBAMA, foi requerida pelo mesmo a juntada de cópia de documento. O Ministério Público Federal, manifestou-se favoravelmente à proposta formulada pela ré se dispondo a fazer o acordo, com as ponderações de que é impertinente a referência feita à quitação na cláusula 10ª da proposta de acordo, bem como de que é necessária a correção monetária do valor da proposta apresentada pela ré, da data do acordo em diante. Pelo advogado do IBDC foi dito que aceita os termos da proposta de recomposição do dano ambiental, postulando, no entanto, que a ré pague ao Instituto R\$ 10.000,00 de honorários ao Instituto, desde que homologada a proposta. Pelo advogado da ré foi dito que concorda com o valor dos honorários pedidos pelo IBDC. *Pelo Procurador Federal junto ao IBAMA foi dito: o IBAMA não aceita os termos da proposta formulada pela ré pelos seguintes motivos: a inclusão da multa administrativa no importe, salvo engano, de dez milhões de reais no acordo judicial esbarra em impedimentos legais que obstem a sua conseqüente redução para viabilização do acordo, nos termos do Decreto nº 6.514-08, que vincula a autarquia ambiental. Em relação ao valor ofertado, verifica-se ser ele insuficiente para cobrir os custos dos projetos de recuperação ambiental propostos pelos autores, pelo que inviável a celebração do acordo nos moldes propostos. Outrossim, por motivo de hierarquia funcional eis que já decidido pela presidência da autarquia a não inclusão da multa, este procurador levará ao conhecimento da Procuradoria Geral do IBAMA eventual proposta de acordo que a exclua.* Dada a palavra ao representante do Ministério Público Estadual, foi dito: este órgão ministerial comparece em atendimento a convocação pelo Juízo, sem que, contudo, se considere parte ou terceiro integrante do presente processo. A fim de contribuir com uma solução consensual, faz as seguintes sugestões: que o valor da indenização seja elevado para aquele objeto de tratativas anteriores entre as partes, quais sejam, R\$ 6.000.000,00 para pagamento em 05 (cinco) anos, sendo R\$ 5.000.000,00 referentes à indenização e R\$ 1.000.000,00 referentes à multa administrativa, sem correção monetária. Que sejam excluídas do acordo as cláusulas 3ª, 7ª e 12ª; que seja impedido o uso do valor da indenização para projetos de reflorestamento de áreas de preservação permanente de reserva

legal, visto que esses reflorestamentos são obrigações legais, o que frustraria a compensação mediante indenização que seria objeto de eventual acordo. Finalmente sugere que não seja aceita a cláusula 10ª, uma vez que eventual transação não constitui caso de desistência de ação, mas extinção do processo com julgamento de mérito. Este órgão ministerial assume o compromisso de arquivar os procedimentos existentes em sua promotoria de justiça que tenham por objeto o dano ambiental descrito nos presentes autos, caso sejam aceitas pelas partes as sugestões acima propostas. Dada a palavra à ré, foi dito: requeiro o prazo de 60 (sessenta) dias, para apreciação das considerações feitas nesta audiência. Dada a palavra ao Procurador Federal junto ao IBAMA foi dito: o IBAMA concorda com as sugestões apresentadas pelo ilustre representante do Ministério Público Estadual, *sendo que, caso concorde a ré com o valor final e o prazo propostos pelo parquet* estadual, com a devida correção monetária e exclusão da multa administrativa no acordo, tal proposta é tida como conveniente por este procurador e será encaminhada à Procuradoria Geral e à presidência da autarquia. Pelo MPF e pelo IBDC foi dito que concordam com as sugestões feitas pelo Ministério Público Estadual. Pelo MM. Juiz, foi dito: Defiro a juntada do documento apresentado em audiência. Defiro o prazo requerido pela ré, ou seja, 60 (sessenta) dias. Designo o dia 04 de março de 2009, às 14:00 horas, neste Juízo, para ter lugar nova audiência de tentativa de conciliação ou julgamento. Traslade-se cópia deste termo para os autos 2005.61.02.012872-0. Saem todos cientes e intimados.
[...] (g. n.)

Na audiência de 04/03/2009, o MPF e o IBDC aceitaram o acordo, ao contrário do IBAMA, resultando na sentença homologatória para ambas as ações, nos seguintes termos (f. 1.557/61):

Aos 4 de março de 2009, às 14:00 horas, nesta cidade de Ribeirão Preto, SP, na sala de audiências do Juízo Federal da 5ª Vara de Ribeirão Preto, sob a presidência do Meritíssimo Senhor Juiz Federal Substituto, Doutor PETER DE PAULA PIRES, comigo, Técnico Judiciário, abaixo assinado, foi aberta a audiência de tentativa de conciliação, nos autos das Ações Civis Públicas epigrafadas. Aberta, com as formalidades legais, apregoadas as partes, compareceu(ram): o Dr. Antonio da Silva Ferreira, OAB/SP 24.761, Dr. Paulo Correa Rangel Junior, OAB/SP 108.142 e Dr. André Luis Martins, OAB/SP 178.356, patronos da ré (PEDRA AGROINDUSTRIAL S/A - USINA DA PEDRA), bem como seu preposto, o Sr. Nelson Blanco, RG 4.950.023-5 SSP SP. Presente o Dr. Fábio Boleta, OAB/SP 272.650, pelo IBDC. *Presente o Procurador Federal, representando o IBAMA*, o Dr. Marcelus Dias Peres. Presente o Dr. Uendel Domingues Ugatti, representante do Ministério Público Federal. Antes de iniciados os trabalhos, pelo MM. Juiz Federal foi aposta a sua assinatura no termo de deliberação da audiência anterior, ficando as partes cientes acerca desta regularização. Pelo advogado da ré foi apresentada a proposta de acordo, da qual foi dada vista às partes na presente audiência. Dada a palavra ao Ministério Público Federal, foi dito que concorda com os termos da proposta. Dada a palavra ao advogado do IBDC foi dito que concorda com os termos da proposta. *Dada a palavra ao Procurador Federal junto ao IBAMA, para que se manifestasse sobre a proposta de acordo apresentada em audiência, acerca da qual as demais partes já se manifestaram de acordo, devendo o ilustre procurador abordar, inclusive, a conversão prevista no artigo 72, § 4º, da Lei 9605-98, regulamentada pelo artigo 60, do Decreto nº 3179-99, foi dito que: MM. Juiz, o IBAMA, por este procurador, rechaça a proposta de acordo apresentada pela ré. Em primeiro lugar, nos termos da legislação vigente, acordos judiciais desta monta somente poderiam ser firmados pelo dirigente máximo da autarquia ou, salvo melhor juízo, pelo sr. Advogado Geral da União em razão de recente medida provisória. Este procurador, portanto não tem poderes ou competência para realizar o acordo*

proposto. Trata-se a presente de ação para se discutir a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio-ambiente, que não confunde, conforme lição básica do direito, com as responsabilidades administrativa e penal. A tentativa de se incluir a multa administrativa aplicada à ré, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) no acordo apresentado nestes autos, não é aceita pelo IBAMA, como reitera a petição encaminhadora da proposta, trazendo a posição exarada pelo Subprocurador - Geral da autarquia, Dr. Alexandre Coelho Neto. Ao contrário do aventado nesta audiência, não houve a concordância deste procurador com qualquer proposta apresentada na audiência do dia 12.12.2008, nos termos ali expressos.

Pelo MM. Juiz, foi proferida a seguinte sentença: Trata-se de duas ações civis públicas propostas contra Irmãos Biagi S.A. Açúcar e Álcool (Usina da Pedra), uma delas pelo Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania (doravante IBDC), correspondente aos autos nº 2004.61.02.006798-2, e a outra pelo Ministério Público Federal (doravante MPF) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (doravante IBAMA), correspondente aos autos nº 2005.61.02.012872-0. A primeira demanda encontra-se fundada na alegação de que a ré contribui de forma expressiva para a poluição do rio Pardo, porquanto, no desempenho de suas atividades industriais, lança, no referido curso d'água, sem prévio tratamento, enormes quantidades de efluentes compostos por melaço, um subproduto da cana utilizada para a produção de açúcar. Pondera-se que a natureza poluente dos efluentes foi demonstrada pelo vazamento ocorrido em meados de 2003, que causou dano ambiental de grande monta. Alega-se, ainda, que a ré construiu suas instalações em área de preservação permanente, não respeitando a distância de 30 metros do rio. Na referida demanda, postula-se que a ré se abstenha de despejar poluentes no Rio Pardo, promova a instalação de sistema de tratamento de efluentes antes de destiná-los ao rio e realize a reparação de dano ambiental causado pela ré em decorrência de derrama de vinhoto e outros efluentes, conforme menciona em sua peça inicial, ou, alternativamente, em não sendo possível a reparação, realize medidas compensatórias e efetue projeto de recuperação das áreas afetadas pelos efluentes já lançados ao rio, especificamente no tocante à derrama mencionada na inicial. A primeira demanda foi originalmente distribuída para a 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, que, mediante a decisão de fls. 44-45 dos autos pertinentes, declinou da competência para a Justiça Federal. A segunda demanda especifica que, em 29 de setembro de 2003, ocorreu o vazamento de aproximadamente oito milhões de litros de melaço dos tanques de armazenamento da Usina da Pedra, que causou a poluição na bacia hidrográfica do rio Pardo e do afluente rio Grande, causando, durante vários dias, a morte de toneladas de peixes de vinte e sete espécies e a contaminação das águas que são utilizadas para consumo humano e animal em diversos municípios da região, implicando sérios prejuízos para a natureza, para os pescadores e para a coletividade em geral. Assinala-se que foram realizados estudos técnicos que demonstraram a ocorrência do dano ambiental e propiciaram a realização de estimativas de sua extensão, inclusive no que concerne à repercussão financeira pertinentes, e que fundamentaram a aplicação de penalidade pelo IBAMA. Afirma-se, ainda, que a ré, no âmbito administrativo, apresentou um Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (doravante PRAD), que, ante sua precariedade, não foi aceito pelo IBAMA. Na segunda demanda, foi postulada a condenação da ré a financiar os dez projetos de pesquisa ambiental, constantes do Programa Integrado para a Recuperação dos Rios Mogi-Guaçu, Pardo e Grande - aspectos físicos, biológicos e socioeconômicos, a serem executados pelo CEPTA-IBAMA, e a reflorestar, com espécies nativas, a área de preservação permanente do imóvel rural em que está instalada, observando o disposto pelo art. 2º da Lei nº 4.771-65. Postulou-se, eventualmente, a condenação ao pagamento de indenização pecuniária, a ser destinada ao fundo de reconstituição de bens lesados, previsto pelo art. 13 da Lei nº 7.347-85. Foi requerida a antecipação dos efeitos da tutela, com a finalidade de que a ré fosse compelida a executar provisoriamente a recuperação ambiental. A ré apresentou respostas em ambos os feitos. Na primeira demanda, alegou, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal, sustentando que a demanda deveria correr na Comarca de Serrana, São Paulo, que a inicial é inepta, que a pertinência temática é ausente, que o pedido é juridicamente im-

possível, que não é cabível a ação civil pública, que não há interesses difusos ou coletivos a serem defendidos e que o autor é carecedor de ação, que não há interesse processual. No mérito, postulou a declaração de improcedência do pedido. Na segunda demanda, depois de sumariar as razões pelas quais opunha-se à pretensão dos autores, de ressaltar sua intenção de promover a recuperação e a compensação ambiental e de questionar a multa aplicada pelo IBAMA, suscitou as preliminares de ausência de pressuposto processual, a litispendência (relativamente à demanda similar ajuizada pelo IBDC, também objeto da presente sentença), a inépcia da inicial, a impossibilidade de acumulação de pedidos. No mérito, postulou a declaração de improcedência dos pedidos autorais, fundando-se nos argumentos de que o projeto apresentado por ela em sede administrativa é sério e substancial, que não há responsabilidade objetiva e que há exagero na quantia indenizatória pretendida. Ponderou, ademais, que não seria cabível a antecipação pretendida na inicial. Foram proferidas decisões, em ambos os feitos, declarando a incompetência absoluta da Justiça Federal e determinando a remessa dos autos para o Foro Distrital de Serrana - SP (fls. 620-623 dos autos da primeira demanda e fls. 1.274-1.277 dos autos da segunda demanda). Dessas decisões foram interpostos agravos de instrumento pelo MPF (fls. 655-670 dos primeiros autos e 1.280-1.295 dos segundos autos), sendo ambos providos (fls. 684-686 e 754-758 dos primeiros autos e 1.334-1.339 [reformou a decisão monocrática de fls. 1.317-1.319] dos segundos autos). A partir da audiência realizada em 6 de dezembro de 2007 (termo de fls. 771-772 dos primeiros autos e fls. 1.354-1.355 dos segundos autos), ambos os processos passaram a tramitar conjuntamente. A ré, mediante requerimentos de semelhante teor, juntados às fls. 789-792 dos autos da primeira demanda e 1.362-1.365 da segunda, formulou proposta de acordo visando à solução amigável do conflito. O IBAMA, mediante o requerimento de fl. 809, instruído pelos documentos de fls. 1.373-1.530 dos autos da segunda demanda, protocolizado em 5 de maio de 2008, afirmou que não aceitava a proposta de acordo apresentada pela ré. Na audiência realizada em 7 de maio de 2008 (por equívoco, constou 2007 no termo), foi concedido prazo para que os demais autores se manifestassem a respeito da proposta. Por outro lado, foi determinado o apensamento dos autos de ambas as ações, para que tivessem solução uniforme, bem como foi determinada a realização de nova audiência, em 16 de junho de 2008 (termo de fl. 809 dos autos da primeira demanda). Nessa audiência (termo de fls. 814-816 dos autos da primeira demanda), foi indeferido o ingresso do ICM-BIO no pólo ativo da demanda, requerido pelo IBAMA, sendo determinado à autarquia que identificasse que servidores seus dispunham de atribuições para transigir, sendo determinada a intimação dos mesmos para comparecimento na audiência então designada para o dia 29 de outubro de 2008. Na oportunidade, as partes foram exortadas para a maior pertinência da solução conciliatória como meio mais adequado para a recuperação e revitalização do rio afetado, quando comparada com eventual sentença condenatória. Em 29 de outubro de 2008 (termo de fls. 860-861 dos autos da primeira demanda), em razão da ausência de preposto do IBAMA, foi designada nova audiência para o dia 12 de dezembro de 2008. A ré, mediante o requerimento de fls. 879-881 dos autos da primeira demanda, apresentou o termo de proposta de acordo de fls. 882-887. Na audiência realizada em 12 de dezembro de 2008 (termo de fls. 908-909 dos autos da primeira demanda), esteve presente também o Ministério Público Estadual, que apresentou sugestões para reforma parcial da proposta de acordo oferecida pela ré naquela oportunidade. Todos os autores concordaram com as sugestões feitas pelo Ministério Público Estadual, sendo certo que o ilustre procurador do IBAMA, apresentou ressalva apenas no que concerne à exclusão da multa administrativa. Na ocasião, foi designada a audiência realizada na presente data. Relatei o que é suficiente. Em seguida, decido. Não há questões processuais pendentes de deliberação. No mérito, calha perceber que, no curso do presente feito, foram realizadas diversas audiências com o fim de assegurar a composição entre as partes, que é a forma mais adequada para a resolução de questões como a presente. Além de outras vantagens potenciais, a celeridade decorrente de tal forma de composição se mostra adequada para acompanhar as mutações inerentes ao meio ambiente. Nota-se, em seguida, que, nas várias audiências realizadas, a ré insistiu na realização de acordo, apresentando proposta na

última audiência, que foi retificada no sentido de se ajustar às sugestões feitas pelo ilustre representante do Ministério Público Estadual, o promotor de Justiça Marcelo Goulart. *Todas as partes concordaram com as sugestões feitas, que foram adotadas pela ré na elaboração da proposta apresentada na presente audiência, durante a qual foi manifestada anuência de todas as partes, com exceção do IBAMA. A resistência do IBAMA, todavia, encontra-se totalmente desamparada de qualquer fundamentação substancial. Com efeito, a administração da autarquia, no curso do presente feito, portou-se com olímpico distanciamento, o que é patentemente demonstrado com a ausência de designação de preposto munido do adequado poder para transigir, ou para apresentar razões substanciais para não fazê-lo. O absentismo demonstrado pela administração da autarquia acabou, inclusive, deixando o respectivo procurador em delicada situação, o que se demonstrada pelas alegações estritamente formais apresentadas para a negativa de adesão ao acordo aceito por todas as demais partes. Substancialmente, é bom que se diga que o art. 72, § 4º, da Lei nº 9.605-98 estipula expressamente a possibilidade de conversão de multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Com isso, a lei procura estimular a reparação do dano mediante a tutela específica, pertinente ao bem lesado, em lugar de privilegiar a conversão de tudo em pecúnia, solução essa sempre mais mesquinha. O referido dispositivo legal era regulamentado, na data do fato, pelo Decreto nº 3.179-99 (revogado pelo Decreto nº 6.514-08), cujo art. 60, § 3º, prevê, para o caso dos autos, a redução da multa em 90%, no caso do cumprimento da prestação de serviços de recuperação, preservação e melhorias ambientais. A redução é uma consequência natural do desempenho de tais serviços. Relativamente ao caso tratado nos autos, nota-se que não houve a apresentação de projeto visando à consecução de tais serviços. No entanto, a proposta de acordo assegura que os trabalhos tendentes ao alcance dessa finalidade será dirigida pelo IBAMA, tendo em vista que, dentre as partes envolvidas, é a entidade que dispõe dos conhecimentos técnicos pertinentes para a melhor execução dos objetivos propostos. Tendo em vista as considerações acima expostas, conclui-se que a negativa do IBAMA, porquanto está apartada de qualquer explicação que possa ser aceita como justificação, impede a consecução das finalidades expressamente previstas pela legislação ambiental. Por outro lado, como se trata de proposta de acordo fornecida pela ré em modalidade de procedimento que não admite a dedução de pedido contraposto, a solução mais adequada à instrumentalidade e à eficácia do processo é que ausência de declaração de vontade do IBAMA, no sentido da aceitação do acordo ao qual todas as demais partes aderiram, seja suprida por manifestação do juízo, na presente sentença. Portanto, declaro aceito o acordo também pelo IBAMA. Em seguida, homologo por sentença o acordo celebrado entre as partes, conforme a proposta apresentada pela ré na presente audiência, que seguirá o presente termo. O presente termo deverá constar dos autos nº 2004.61.02.006798-2 e nº 2005.61.02.012872-0. Oficie-se, inclusive por via eletrônica, ao eminente relator do recurso pendente de julgamento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O MPF, o IBDC e a ré renunciaram a qualquer recurso da presente sentença. Saem todos cientes e intimados.*
[...](g. n.)

Apelou o IBAMA, alegando interesse jurídico do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade - ICMBIO; nulidade da sentença, por ofensa ao artigo 5º, *caput* e inciso II, da CF/88; e culpa exclusiva da ré pelo dano ambiental.

Sobre a inclusão do ICMBIO no pólo ativo da ação, objeto tanto do agravo retido como da própria apelação, improcedente o pedido, pois o IBAMA invoca tal legitimidade passiva, por ser aquela entidade a executora dos projetos de recuperação ambiental e a destinatária dos recursos financeiros decorrentes da presente ação. Tal fato, conquanto evidencie interesse econômico, não demarca interesse jurídico, já que, mesmo após a Lei 11.516/2007, o IBAMA continuou a ser o órgão federal responsável por exercer poder de polícia ambiental e controle

ambiental de forma geral (artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei 7.735/1989).

Já o ICMBIO foi criado para executar políticas públicas em relação a unidades de conservação instituídas pela União (artigo 1º), assim classificadas: Estação Ecológica (ESEC); Reserva Biológica (REBIO); Parque Nacional (PARNA); Monumento Natural (MN); Refúgio de Vida Silvestre (REVIS); Área de Proteção Ambiental (APA); Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE); Floresta Nacional (FLONA); Reserva Extrativista (RESEX); Reserva de Fauna (REFAU); Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS); e Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN).

No caso dos autos, nada comprova que se trate de dano ambiental em unidade de conservação instituída pela União, a gerar interesse jurídico do ICMBIO na presente ação, não se cogitando de concorrência de interesse jurídico de tais entidades, pois somente no caso de unidades de conservação instituídas pela União existe previsão de concorrência supletiva e, assim mesmo, apenas do IBAMA em relação ao ICMBIO, e não o contrário.

Em preliminar, a apelada alegou que a apelação não deveria ser admitida, pois teria havido trânsito em julgado da sentença em decorrência do litisconsórcio unitário, pois IBAMA e MPF formularam pedidos únicos com fundamentos jurídicos iguais, devendo ser julgado o feito de maneira uniforme (artigo 47, CPC). Todavia, para haver litisconsorte necessário é preciso que haja exigência legal de tal litisconsórcio ou que ele decorra da natureza da relação jurídica de direito material. Na espécie, o fato de IBAMA e MPF terem ajuizado o feito em conjunto acarreta, nos termos do artigo 47 do CPC, apenas e especificamente a obrigação do juiz de “decidir de modo uniforme para todas as partes”.

A exigência de unidade de solução para os litisconsortes não pode ser resolvida, porém, na forma propugnada pela apelada, para efeito de impedir o exame da apelação do IBAMA. Com efeito, tendo havido apelação à sentença de homologação de acordo, o litisconsórcio unitário, para manter a própria unidade necessária da decisão, em vez de transformar a concordância do MPF em coisa julgada para o IBAMA, produz efeito processual exata e diametralmente oposto, pois permite e obriga o Tribunal a apreciar a apelação do IBAMA, impedindo a formação da coisa julgada, inclusive quanto ao MPF, e ainda estendendo o efeito do julgamento que se fizer, igualmente, a ambos os litisconsortes, para a validade ou não do acordo celebrado e homologado.

Note-se que tal solução é a contemplada, inclusive, pelo artigo 509 do CPC, citado pela apelada na petição de 29/06/2012, e sobre o qual ensina a melhor doutrina que “em se tratando de litisconsórcio unitário, assistência litisconsorcial e litisconsórcio facultativo decorrente da solidariedade, viável é a aplicação da regra em comento, a saber: o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos seus interesses” (Gilson Delgado Miranda *in Código de Processo Civil Interpretado*, coordenador Antonio Carlos Marcato, Atlas, São Paulo, 2008, p. 1.748). Evidente o interesse convergente de ambos os autores, conforme admitiu a apelada (f. 1.642), assim como a Procuradoria Regional da República ao concordar com o provimento da apelação para desconstituir a sentença homologatória proferida (f. 1.619/22).

Assim, rejeito a preliminar e conheço da apelação do IBAMA, e em virtude da mesma fundamentação inviável cogitar do desapensamento para efeito de certificação do trânsito em julgado na ACP 2004.61.02.006798-2.

Passo ao exame do mérito.

Consta dos autos que, reconhecida a conexão das ações pelo Juízo *a quo*, foi proferida sentença homologatória de acordo entre as partes em audiência de tentativa de conciliação, com o escopo de evitar decisões contraditórias e dar maior efetividade aos princípios da celeridade e economia processual.

No tocante à homologação do acordo, cumpre reconhecer que o procurador do IBAMA efetivamente não tinha poderes para transigir, conforme destacado pelo MPF (f. 1.624), e que houve discordância dos termos do acordo pelo IBAMA, não podendo o Juízo *a quo* suprir a vontade de uma das partes, sem expressa autorização legal, impondo acordo em nome do princípio da instrumentalidade e eficácia do processo em detrimento aos demais princípios norteadores do processo.

A jurisprudência, inclusive da Suprema Corte, já tratou da definição legal de transação e da natureza da intervenção homologatória do magistrado, com grifos nossos:

RE 100.466, Rel. Min. DJACI FALCÃO:

AÇÃO OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DE TRANSAÇÃO HOMOLOGADA JUDICIALMENTE. APLICAÇÃO DO ART. 486 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO VINGA A ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 269, INC. III E 485, INC. VIII, DO INVOCADO DIPLOMA. A *sentença simplesmente homologatória de transação apenas formaliza o ato resultante da vontade das partes*. Na espécie, a ação não é contra a sentença, que se restringe a homologação, em que não há um conteúdo decisório próprio do juiz. Insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação. Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada e a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do Código Proc. Civil). Dissídio jurisprudencial não comprovado, nos termos da Súmula 291. Recurso extraordinário não conhecido.

AGRESP 1.123.817, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 16/12/2009:

PROCESSUAL CIVIL - FGTS - POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 - ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO - DESNECESSIDADE - NULIDADE DO ACORDO - AÇÃO PRÓPRIA. 1. Da análise do artigo 7º da Lei Complementar nº 110/2001, conclui-se pela possibilidade de o fundista transigir extrajudicialmente com a Caixa Econômica Federal a fim de que sejam aplicados os índices de correção monetária às suas contas. Somente a homologação é judicial e, nessa fase, necessária a presença de advogado. 2. *“A transação é possível no caso de direitos disponíveis e, uma vez concluída, torna-se inviável o arrependimento unilateral. Diante disso, celebrado o acordo, obriga-se o juiz à sua homologação, salvo se ilícito o seu objeto, incapazes as partes ou irregular o ato, o que não ocorreu. E, se for o caso, a nulidade da transação por vício de vontade (desconhecimento da existência de trânsito em julgado da sentença de mérito) deve ser alegada em ação própria.”* (AgRgRD no REsp 1057402/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 23.4.2009). Agravo regimental improvido.

RESP 694.147, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 18/06/2007:

Ação de busca e apreensão. Extinção do feito. Assinatura de petição pelo advogado do banco e pela parte ré, havendo desistência para a cobrança de multa arbitrada em favor da última. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Precedentes da Corte. 1. Precedente desta Terceira Turma (REsp nº 150.435/SP, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 28/8/2000) assentou *não ser válida a homologação de transação celebrada pela desistência da ação sem a participação do procurador de uma das partes*. 2. Recurso especial não conhecido.

AC 1999.61.00058997-1, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJU 31/08/2007: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PEDIDO, FORMULADO POR UMA DAS PARTES, DE HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PROLAÇÃO DE SENTENÇA SEM DAR-SE VISTA À PARTE CONTRÁRIA. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. 1. *Fere o princípio do contraditório a sentença que, sem dar vista ao exequente, homologa termo de acordo apresentado unilateralmente pelo executado.* 2. Salvo exceções expressamente previstas em lei, as partes manifestam-se, no processo, por meio de seus advogados, porque somente estes detêm a necessária capacidade postulatória (Código de Processo Civil, art. 36). 3. Se as partes celebram transação extrajudicial, a respectiva *homologação judicial depende da intervenção ou concordância dos advogados de ambas.* 4. O acordo extrajudicial previsto na Lei Complementar nº 110/2001 - pertinente às diferenças de correção monetária devidas sobre saldos de contas do FGTS - só pode ser homologado judicialmente se intervierem ou manifestarem concordância os advogados de ambas as partes. 5. Sentença nula. Apelação prejudicada.

Como se observa, para que haja transação, especialmente em Juízo, é essencial que haja, pelo menos, *manifestação de vontade e capacidade civil e processual* que a suporte para que possa ser homologada. Salvo questão de ordem pública (por exemplo, ilicitude do objeto), não cabe ao Juízo analisar o mérito do acordo, mas apenas aspectos formais essenciais, atinentes à *vontade e capacidade* das partes que o celebram.

No caso concreto, não houve sequer manifestação de vontade no sentido de celebrar acordo judicial, pois o representante processual do IBAMA interveio enfaticamente na audiência, dizendo ser inviável acordar com os termos da proposta feita, inclusive por não possuir poderes para transigir, discordando expressamente da transação, o que, logicamente, já impede a homologação, que se assenta na premissa de haver vontade livre manifestada e convergente em determinado sentido para viabilizar a transação.

No entanto, ainda assim o Juízo “homologou” o “acordo”, mediante mais do que mero suprimento da vontade da parte, já que, em verdade, o que se fez foi substituir a vontade contrária do IBAMA ao acordo pela vontade do Juízo de encerrar o processo mediante transação. A hipótese não é de mera ilegalidade ou nulidade, mas chega mesmo ao ponto de configurar inexistência do ato de transação para efeito de homologação e extinção do processo com resolução do mérito, como se fez nos autos.

Quando se trata de sentença homologatória de transação, como é o caso dos autos, as partes podem livremente convencionar e transigir, observando apenas aspectos formais de validade e questões de ordem pública, em relação às quais não cabe renúncia ou transação; porém, quando inexistente formalmente e materialmente a transação, cabe ao Juízo examinar o mérito, nos limites objetivos da causa. Ora, a ação civil pública buscou a condenação da ré na reparação de danos e na compensação ambiental por derramamento de melaço nas águas do rio Pardo, no município de Serrana/SP. A defesa do réu não poderia inserir no litígio e sem forma processual própria a discussão de multa administrativa, imposta pelo IBAMA no exercício do seu poder de polícia administrativa, que não se confunde com a sanção, objeto de discussão judicial.

Assim, não havendo transação e homologação - como no caso dos autos juridicamente não há, por vício essencial consistente na falta da própria vontade e capacidade da parte para transacionar -, a sentença jamais poderia tratar, anular ou reduzir o valor da multa administrativa, pois a validade jurídica, em termos de constituição e exigibilidade, somente poderia ser discutida em ação própria - inclusive através, se for o caso, de embargos no caso de execução fiscal da multa - e não como matéria de defesa em contestação à ação civil pública, na qual

pleiteada reparação civil, e não penalidade administrativa. O máximo que poderia alcançar o réu, dentro dos limites da ação ajuizada, seria a improcedência do pedido quanto à reparação civil e compensação de danos, jamais, porém, outro pleito, que dependesse, como no caso, de ação ou medida judicial própria.

A melhor doutrina ensina o que é necessário para haver transação e o alcance processual respectivo:

Transação é o ato bilateral com que autor e réu definem a solução do conflito que os envolve, repartindo renúncias. Quando celebrada no curso do processo, ela tem um pouco de reconhecimento do pedido, na medida em que o réu se submete em parte à pretensão do autor; e um pouco de renúncia a direito, na medida em que o autor se resigna a obter um resultado menos vantajoso que o pleiteado.

A transação não precisa estar rigorosamente adstrita ao litígio ou ao seu objeto, para produzir seus efeitos substanciais ou para dar causa à extinção processual. No tocante à eficácia substancial, limitações dessa ordem seriam transgressivas à garantia constitucional da liberdade, que aqui se apresenta como liberdade negocial ou autonomia da vontade (Const., art. 5º). Quanto ao processo, por mais que a lei dissesse o contrário a extinção seria também inevitável, a partir de quando as partes houvessem eliminado consensualmente o litígio, cessando pois a crise jurídica que o legitimava e portanto sendo rigorosamente inadmissível o julgamento do mérito pela hipótese do inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil (falta de interesse de agir - *supra*, nn. 544 e 554). (In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III, p. 266).

Sobre homologação de transação os seguintes ensinamentos:

Homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa. Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os jurisdicionaliza (Pontes de Miranda), outorgando-lhes a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma, referente ao *meritum causae*, nem decide sobre a pretensão deduzida na inicial. Limita-se a envolver o ato as formas de uma sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. “Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença” (Chiovenda). Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião. Sugestivamente, disse a doutrina brasileira que diante de um ato autocompositivo nada adianta a convicção do juiz (Clito Fornaciari Júnior). Penetrar no conteúdo do ato importaria violação à liberdade negocial e aos preceitos com que a lei institui a eficácia vinculante dos contratos (CC, art. 427 ss.).

(...)

Por isso, cumpre ao juiz proceder apenas ao exame externo dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama delibação: assim como o enólogo prova pequenas doses do vinho em busca da descoberta de seu sabor e controle de qualidade assim também o juiz permanece na periferia do ato das partes, em busca dos requisitos de sua validade e eficácia. São cinco os pontos que lhe cumpre verificar, mas nenhum deles referente aos possíveis direitos das partes: a) se realmente houve um reconhecimento, transação ou renúncia; b) se a matéria comporta

ato de disposição (CC, art. 841); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados. Esses pontos dizem respeito à ordem pública e constitui dever do juiz a sua verificação, quer alguma das partes a haja requerido ou mesmo de-ofício - negando homologação ao ato se lhe faltar algum dos requisitos, um só que seja. Ao proceder esse exame, o juiz exerce atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado. Somados, ambos produzem o mesmo resultado de uma sentença que efetivamente julgasse o *meritum causae* e por isso é que o Código de Processo Civil animou-se a encaixá-los no tratamento da extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, incs. II, III e V).

(...)

Como a sentença homologatória não influi no conteúdo dos atos negociais das partes e limita-se a acrescentar-lhes a imperatividade que teria o próprio e verdadeiro julgamento de mérito, é naqueles que se definem os resultados do processo - e não no ato puramente homologador. (...) No caso de transação o resultado será aquele que as partes estabelecerem, na medida que ajustarem, podendo ser assumidas obrigações para o futuro, constituída ou desconstituída uma relação jurídica etc. (*In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III, p. 267/9)

O inciso III do art. 269 refere-se à resolução de mérito “quando as partes transigirem”. A “transação” referida no dispositivo deve ser entendida amplamente como qualquer meio de auto-composição, em que as partes, com ou sem a participação do magistrado, cheguem a um acordo quanto ao direito controvertido no processo e, até mesmo, como expressamente admitido pelo art. 475-N, III, quanto a direitos que sequer foram levados à apreciação do Poder Judiciário desde que seja o juízo competente para apreciá-lo (...). (*In*: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 2, t. I, p. 348)

A jurisprudência, em casos análogos, consolidou o entendimento no sentido da nulidade de sentença homologatória de acordo com o qual divergiu ou do qual não participou a parte interessada, com grifos nossos:

AC 07627648319864036100, Rel. Juiz Conv. VALDECI DOS SANTOS, DJF3 24/07/2008: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DISCORDÂNCIA DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. JUSTA CAUSA. LEGALIDADE. 1. *Os autos dão notícia de que a apelante e o CNPQ lograram chegar a um acordo, para por fim à demanda, porém, não convidaram para a mesa de negociação a União Federal, e, se esta, parte no processo, por meio de seu representante legal, insiste que não concorda com nenhuma transação, não há, rigorosamente, acordo para homologar, pois, parte necessária, dele não participou.* 2. *A ora apelante comprometeu-se, por meio de contrato, a executar a obra contratada, utilizando-se de profissionais adequados, assumindo responsabilidade pelo cumprimento de prazos, aceitando os prazos contratados, concordando em contratar mais mão-de-obra e utilizar-se de mais equipamentos para assegurar o cumprimento dos prazos estabelecidos, isso, sem alteração do preço contratado. Todavia, foi isso que não restou cumprido na execução do contrato, decorrendo daí a sua rescisão unilateral.* 3. *Deveras, no referido contrato está inscrito que o CNPQ/INPE poderá, a qualquer tempo, rescindi-lo no caso de inadimplemento de qualquer cláusula ou condição constante dele e descumprida pela empreiteira, asseverando que a*

ocorrência de quaisquer dos motivos de que trata a cláusula anterior, dará ensejo à rescisão, de pleno direito, do contrato, independentemente de quaisquer providências judiciais ou administrativas. 4. Portanto, claramente previa o contrato sua rescisão unilateral em face de descumprimento de quaisquer das obrigações contratuais assumidas, sendo certo que, no caso, a ora apelante deu causa a atrasos na construção, com o objetivo de obter reajuste de preço sem que motivo justo legitimasse a pretensão, conquanto estudo procedido pela empresa fiscalizadora da obra concluiu que os valores contratados continuavam a refletir o preço de mercado da construção, não se configurando hipótese de desequilíbrio da equação financeira da avença, a oferecer justa causa para eventual revisão. 5. Não bastasse a clareza das disposições contratuais, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispõe (art. 58, II, c.c. art. 79, I) que o regime jurídico dos contratos administrativos por ela instituído confere ao administrador a prerrogativa de rescindi-los, unilateralmente, em casos como o dos autos, motivado (art. 78, I a III) por descumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; ou lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados. 6. Quanto à motivação do ato administrativo, não bastasse as razões alhures mencionadas, acrescente-se que documento acostado aos autos atesta que a construção do Laboratório de Integração de Testes Ambientais e Central de Energia de Fluídos, está vinculado ao cronograma global da Missão Espacial Completa Brasileira, projeto de alto interesse nacional, envolvendo o Estado-Maior das Forças Armadas, o Ministério da Aeronáutica e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Isso é causa mais do que suficiente para justificar a rescisão do contrato e a contratação emergencial levada a cabo. 7. É legítima a rescisão unilateral do contrato, por parte da Administração, quando a parte contratada descumprir as suas obrigações contratuais, radicando a justa causa na cura do interesse público, que sobrepaia sobre o interesse particular. 8. Apelação a que se dá parcial provimento.

AC 2008.51.01810580-1, Rel. Des. Fed. AZULAY NETO, E-DJF2R 01/03/2011:

APELAÇÃO - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA - ACORDO ENTRE AS EMPRESAS LITIGANTES - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - DISCORDÂNCIA DO INPI - RECURSO PROVIDO. *I - Sendo a Autarquia Federal parte integrante do processo, não pode o Magistrado extinguir o feito com base em homologação de acordo que não teve sua participação ou aceite. II - Máxime no caso dos autos, onde tudo leva a crer que a expressão em litígio - “RB51” - é de cunho genérico, comumente utilizada pela comunidade científica para designar certo tipo de vacina contra brucelose, independente de quem a produza, como se vê na Instrução Normativa nº 33 de 24 de agosto de 2007, do Ministério da Agricultura, III - Com razão o INPI quando diz que não pode concordar com a r. sentença homologatória tendo em vista sua discordância com a realização do acordo e a extinção do processo, sendo certo que a manutenção do registro da marca RB-51, sem a análise do Magistrado sobre o tipo de expressão, implica em oferta de prestação jurisdicional em contrariedade com os ditames da lei. IV - Recurso Provido.*

EDAC 2003.05.0001024680-5, Rel. Des. Fed. ROGÉRIO FIALHO, DJE 06/05/2010:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. CELEBRAÇÃO DE ACORDO ENTRE AS PARTES. DELIBERAÇÕES SESC Nº 15/2003 E SENAC Nº 03/2003. INDISPENSABILIDADE DE INTERVENÇÃO DO INSS. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA CONTRARIAMENTE AO ACORDO. INVIABILIDADE DA HOMOLOGAÇÃO POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO INDISPENSÁVEL A SUA REALIZAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IMPROVIDOS. 1. Embargos de declaração interpostos por MARPE CONSULTORIA EM RECURSOS HUMANOS S/C LTDA. E OUTROS aduzindo, em

síntese, que o acórdão embargado restou omissa, na medida em que as Deliberações SENAC 03/2003 e SESC 15/2003 determinam apenas a interveniência do INSS, ou seja, sua ciência e participação, não exigindo sua concordância. *A não-concordância do INSS, segundo alegam, em nada obstará a homologação do acordo em si, no máximo impediria a liberação dos valores depositados em juízo diretamente em favor das entidades paraestatais.* 2. *Hipótese em que esta Primeira Turma, analisando toda a matéria trazida à discussão, concluiu que “em nenhum momento houve intervenção da mencionada autarquia previdenciária nos acordos firmados entre as empresas apelantes e o SESC e SENAC. E não se diga que o simples fato de o INSS ter tomado conhecimento da transação em juízo supriria a ausência de sua participação, tornando válida a composição, seja porque na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos o INSS manifestou-se contrariamente ao acordo, seja em face da ausência de previsão legal para sua realização nos moldes em que foi realizado e por entidade que não detém autorização legal para fazê-lo”.* 3. Inexistência de omissão no julgado, pretendendo as empresas embargantes, na verdade, sob o pretexto da omissão, a rediscussão da matéria sobejamente decidida, providência incompatível com os estreitos limites dos embargos de declaração. 4. Embargos de declaração conhecidos, porém improvidos.

AC 96.04.43429-2, Rel. Juiz Conv. COSTA DIAS, DJ 21/07/1999:

MATA ATLÂNTICA. SUPRESSÃO. IBAMA. FATMA. ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS. CF, ART. 225, *CAPUT*, LEIS 6.938, DE 31.8.81 E 4.771, DE 15.9.65, DEC. 750, DE 10.2.93. 1. Empresas particulares e públicas têm interesse jurídico para coadjuvarem em processo na qualidade de assistentes litisconsorciais, haja vista que suas atividades pressupõem supressão de Mata Atlântica, sob licença dos réus, órgãos ambientalistas. 2. *Não pode haver extinção do processo (art. 269, inc. III, do CPC) em virtude de acordo com autarquia estadual, caso o IBAMA, autarquia federal, não haja concordado, nem tampouco os assistentes litisconsorciais intimados para se manifestar sobre ele.* 3. A competência para supressão de Mata Atlântica decorre de lei específica para tal ato, nos termos do art. 225, inc. III, da CF. 4. O Poder Público não tem competência para suprir essa competência por ato administrativo - licença, ou por decreto ou regulamento, resoluções e atos normativos do mesmo gênero, sob pena de violação ao princípio da legalidade e separação de poderes. 5. A competência administrativa do Poder Público quanto à matéria ambiental não confunde com a legislativa. Aquela tem caráter de preservação e proteção ao meio ambiente em todas as esferas. Esta estabelece normas gerais à União e suplementar aos Estados, no âmbito de suas particularidades, nos termos do art. 24, pars. 1º ao 4º, da CF. 6. A “autorização do poder público executivo federal” para supressão de mata (art. 3º do Código Florestal) é pressuposto para autorização legislativa do art. 224, inc. III, da CF, pois a lei não se contradiz com a norma que lhe dá fundamento de validade, ou seja, a Constituição Federal, mas na verdade exterioriza a foram quem que os Poderes (...)

Como se observa, a transação envolve ato de vontade das partes, manifestada de forma regular, pelos titulares do direito discutido, pressupondo o consenso entre os litigantes, não podendo o Juízo suprimir a vontade da parte e substituí-la pela sua para homologar acordo inexistente e extinguir o processo com resolução do mérito, como se fez no caso concreto. Se inexistente vontade ou capacidade para transacionar, ao Juízo caberia prosseguir no processo com o oportuno julgamento da causa, com ou sem exame do mérito, acolhendo, ou não, o pedido dos autores, mas não criando nem homologando acordo inexistente, como se fez no caso concreto.

Assim, por qualquer ângulo de análise, manifesta a inviabilidade da subsistência da sentença apelada, como, de resto, destacou o próprio parecer da Procuradoria Regional da República, sendo irrelevante ainda considerar aqui, para os fins da matéria devolvida, a exis-

tência de execução fiscal da multa administrativa e de embargos do devedor ou ainda de ação indenizatória de terceiros contra a apelada na Justiça Estadual (f. 1.644/1.743).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento da apelação, nego provimento ao agravo retido, e dou parcial provimento à apelação e provimento à remessa oficial, tida por submetida, para desconstituir a sentença para regular processamento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0098110-68.2007.4.03.0000

(2007.03.00.098110-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 399/400

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Rés: MÁRCIA BOSQUETTI ROMAZINI, LÚCIA LANÇA DEFAVERI, MARIA CONCEIÇÃO FURLAN RIBEIRO E APARECIDA SIMÕES

Excluída: MARIA AUGUSTA LAURITA GOMES (julgado extinto)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

Classe do Processo: AR 5721

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2012

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CORRÉ FALECIDA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO E CITAÇÃO DOS SUCESSORES SOMENTE ANTES DO PRAZO DECADENCIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS LITISCONSORTES.

1. Constatado o falecimento de corré antes do ajuizamento da ação rescisória, cuja citação dos sucessores ou o aditamento à inicial não foi requerida no prazo decadencial, é de rigor a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, em relação àquela que não detinha capacidade para estar em juízo, e inafastável é a decadência do direito de propor esta ação rescisória contra os sucessores. Agravo improvido.

2. Possível é a análise do pedido formulado na ação rescisória em relação às demais litisconsortes.

3. Notam-se, na espécie, relações jurídicas autônomas e independentes entre si. O julgado rescindendo atribuiu a cada litisconsorte facultativo o direito individual de ter o seu benefício revisado e de receber quantia certa e distinta de atrasados.

4. Por ser divisível o objeto da decisão, exequível com autonomia e independência, não cabe cogitar de litisconsórcio passivo necessário, restando incólume o *decisum* transitado em julgado em relação às partes não demandadas. Com mais razão, o julgamento da rescisória pode não ser o mesmo para todas as demandadas.

5. Agravo a que se nega provimento. Prosseguimento do feito em relação às corrés remanescentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental e, por maioria, determinar o prosseguimento do feito em relação às

corrés remanescentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de junho de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de agravo regimental oposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão monocrática de fls. 399/400, que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, no tocante à corré Maria Conceição Furlan Ribeiro, nos termos do art. 267, VI, § 3º e art. 301, § 4º, ambos do Código de Processo Civil.

Em razões recursais de fls. 403/407, a Autarquia Previdenciária sustenta a presença dos pressupostos de constituição e validade da relação processual, considerando que apresentara aditamento da inicial a fim de que os sucessores da falecida passassem a integrar o polo passivo da presente demanda.

É o relatório.

Em mesa, nos termos do art. 80, I, do Regimento Interno.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Pretende o INSS a reforma da decisão deste Relator que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, no tocante à corré Maria Conceição Furlan Ribeiro, considerando-se a ausência de pressupostos de constituição e validade da relação processual, uma vez que a sua morte se deu antes do ajuizamento da ação e que eventual aditamento à inicial visando alterar o polo passivo nela indicado, como no caso dos autos, não mais deve ser considerado, porque encerrado o biênio decadencial.

Em suas razões de recurso, o agravante argumenta no seguinte sentido:

do exame dos autos verifica-se que, ao tomar conhecimento do óbito da pessoa originalmente indicada como Ré, o ente previdenciário promoveu a correção do pólo passivo da ação, aditando o pedido inicial a fim de que Márcia Furlan Ribeiro Moreira; Silvia Regina Ribeiro Ieck e seu marido Ivo Ieck; Marcelo Furlan Ribeiro e sua esposa Cássia Aparecida Galera Ribeiro; Etelvina Maria Ribeiro e seu marido Ronan Sant'Ana, passassem a figurar no polo passivo da demanda.

Convém ressaltar que *não há que se falar em decadência, na medida em que o retardamento do ato citatório não se deu em razão da ausência de diligência ou omissão da autarquia; ou seja, a demora na citação se deu em razão de obstáculo processual (g. n).*

Observe-se que acerca da questão já se posicionou a Terceira Seção deste Tribunal, ao julgar a Ação Rescisória 0009819-34.2003.4.03.0000 (fls. 403/407).

Devo inicialmente destacar que a decisão aqui agravada não se constituiu em uma sanção imposta ao agravante por alguma postura displicente que tenha adotado em relação ao processo em curso ou por eventual ausência de diligência na busca da concretização do ato citatório de sucessores dentro de um determinado prazo que se pudesse considerar razoável.

A sentença declaratória de extinção parcial do feito, sem a resolução do mérito, tem por causa legal a condição de finada daquela que indicara como ré na sua petição inicial, desde muito antes da sua distribuição perante esta Corte, pois, evidentemente, ela não poderia vir a ser chamada para responder à lide. Apresenta, ainda, como razão de decidir, a impossibilidade de se considerar o aditamento à inicial para inclusão de réus diversos depois de decorrido o prazo decadencial.

De qualquer forma, porque aventada desta feita, ressalto que, conforme precedente referido pelo próprio agravante, esta Corte não tem registrada a tese no sentido de que a citação deva necessariamente ocorrer dentro do prazo decadencial. Isso, aliás, mostra-se incabível no ordenamento jurídico pátrio, pois, para tanto, seria necessário que o próprio ajuizamento do feito se desse em tempo anterior ao decurso do prazo fixado pelo art. 495 do Código de Processo Civil para que, ao cabo dos dois anos que se seguem ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, todos os réus já estivessem regularmente integrados à lide.

Vale lembrar que o tempo determinado pelo referido dispositivo legal corresponde ao limite máximo para a propositura da ação e não para a citação de todos os réus.

Por outro lado, esta Corte tem, de fato, acolhido o preceito sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula nº 106, STJ).

Exemplo desse posicionamento nesta 3ª Seção é verificado quando do julgamento da AR 0029444-25.2001.4.03.0000, em 27.10.2011, de relatoria da eminente Des. Fed. Marianina Galante (DJF 29.11.2011), que assim assentou em sua ementa:

Rejeitadas as preliminares de falta de capacidade processual do réu e de decadência. Certidão do Oficial de Justiça, dotada de fé pública, foi o primeiro ato formal a atestar, nos autos, o óbito da parte. Autarquia Federal providenciou a correção do polo passivo, viabilizando o regular processamento da ação rescisória. Citação válida do sucessor, após o decurso do biênio previsto pelo art. 495 do CPC, não induz à decadência (art. 219, § 2º, *in fine*, do CPC e a Súmula 106 do E. STJ).

Ocorre que, no caso dos autos, não há delonga relacionada aos mecanismos intrínsecos da máquina judiciária tal como no precedente citado, nem mesmo “em razão de obstáculo processual”, como irrefletidamente sustenta o agravante.

Note-se que a petição inicial de fls. 02/10, ao indicar que a aludida ré, ali qualificada como *viúva*, teria como residência a Rua Tóquio, nº 579 - Vila Metalúrgico, em Santo André/SP, laborou em flagrante desrespeito aos comandos procedimentais de nosso ordenamento jurídico, pois se limitou a colher os dados oferecidos pela então demandante na ação subjacente, descurando-se de observar que ali mesmo, na fase de execução, já havia notícia da substancial alteração desse quadro.

Com efeito. Não teria sido necessário que o Sr. Oficial de Justiça encarregado da diligência nestes autos visitasse pessoalmente aquela localidade (fl. 263), para que se pudesse constatar

que o estado civil de viuvez e o endereço informado pelo demandante não correspondia à realidade muito antes da propositura desta ação. A informação acerca do óbito foi destacada no bojo da execução iniciada no juízo *a quo*, através da petição nela protocolada em 18 de julho de 2006 (fls. 210 e 223), tendo a Autarquia Previdenciária declarado, em 22 de agosto daquele mesmo ano, a ausência de oposição ao pedido de habilitação de sucessores do mesmo *de cujus*, conforme cota de fl. 226.

Como se vê, a demora na citação dos sucessores para que viessem a integrar o polo passivo como litisconsortes nesta demanda se deve, unicamente, à falha do autor, a qual se evidencia na ausência de pronta inclusão dos seus nomes, conquanto há muito tempo já conhecidos. Essa falta de cuidado, que acabou por atrasar significativamente a marcha regular do processo, gerando prejuízos aos demais demandados, os quais aguardam, por mais de três anos, a superação dessa primeira fase processual, a citatória, representa um verdadeiro atentado ao princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

Como se vê, o argumento insincero do demandante acerca da ausência de omissão ou de diligência de sua parte, esquivando-se de assumir a própria responsabilidade pelo dano até aqui observado, é mais do que irrefletido, pois beira à má-fé.

A decisão agravada encontra-se assim fundamentada:

Vistos.

Observo que a co-ré Maria Conceição Furlan Ribeiro faleceu aos 19 de fevereiro de 2005, conforme certidão de óbito acostada à fl. 223, sendo que a presente demanda rescisória foi proposta em 31 de outubro de 2007.

Verifica-se, desta forma, que a requerida faleceu antes de iniciado o exercício do direito subjetivo público de ação do autor, o que impede que lhe seja atribuída à qualidade de parte, dada a impossibilidade originária de ser demandado, por evidente falta de personalidade jurídica. Consequentemente, falta nesta ação a capacidade de direito do sujeito passivo ao contraditório e, portanto, os pressupostos processuais, relacionados à capacidade de ser parte.

Ressalte-se que não há como se considerar regularizada a *ilegitimatio ad processum* do réu, com a indicação e a citação de espólio no curso desta ação, pois a mácula já destacada acomete o processo desde antes da sua distribuição. A ausência dos pressupostos processuais, neste caso, impediu, desde o início, a constituição da relação processual.

Não se cuida da hipótese de uma mera irregularidade na citação que possa vir a ser sanada em tempo hábil, pois a própria petição inicial, através da qual a atividade jurisdicional foi provocada, não individualizou as pessoas a quem a sentença buscada poderia vir a obrigar, ou seja, não indicou os nomes, estados civis e residências em face de quem se pede o provimento jurisdicional buscado, no caso, dos eventuais sucessores (art. 282, II, CPC).

Assim, trata-se de questão relacionada com os pressupostos processuais e as condições da ação, que se resolve tecnicamente de ofício, a teor do art. 267, IV, § 3º e art. 301, § 4º, ambos do CPC, com a extinção do processo, sem resolução do mérito.

A 3ª Seção desta Corte já se pronunciou sobre a mesma questão, por ocasião do julgamento da AR nº 1999.03.00.039259-0, de relatoria da Juíza Federal Convocada Giselle França, julgada em 10 de dezembro de 2009 (DE 2/2/2010).

Naquela oportunidade, o julgado, que destacava a inaplicabilidade da hipótese de substituição das partes prevista no art. 43 do CPC e o processamento nos termos do art. 1.055 do mesmo Código, concluiu pela inexistência do próprio título judicial então atacado, porquanto a morte da parte ocorrera em datas anteriores à citação na demanda subjacente.

No entanto, no caso dos presentes autos o óbito se deu em momento posterior à citação na demanda subjacente, não havendo qualquer mácula no título executivo, o que se permite concluir que a situação não sugere, *por esse mesmo fundamento*, solução semelhante à já

decidida por este Tribunal.

Também se mostra inviável o instituto da habilitação, uma vez que este pressupõe uma relação jurídica perfeitamente constituída, com a lide estabilizada.

Note-se que o art. 265, I, do Código de Processo Civil somente determina a suspensão do processo pela morte ou perda da capacidade processual de quem *é parte* no processo e não daquele que o seria, não fosse o óbito ocorrido em data anterior. É sabido que a pessoa indicada como ré somente integra a relação jurídico processual depois de regularmente citada.

Denota-se, por fim, que eventual aditamento à inicial, mesmo que visando alterar apenas o pólo passivo nela indicado como no caso dos autos, não mais deve ser considerado, uma vez encerrado o biênio decadencial, conforme entendimento já firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (AR 1469 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.09.2007; AR 1252-6/PE, Relator para acórdão Min. Moreira Alves, j. 1º.10.1992, DJ 10.12.1993).

Ante o exposto, de ofício, a teor do art. 267, IV, § 3º e art. 301, § 4º, ambos do CPC, *julgo extinto o processo, sem resolução do mérito*, no tocante à co-ré Maria Conceição Furlan Ribeiro. No mais, regularize o patrono da parte ré a sua representação processual (fls. 277/280), juntando o instrumento de mandato no prazo de 10 (dez) dias.

Intimem-se.

Não merecem prosperar as alegações do Instituto Autárquico suscitadas em sede de agravo regimental, senão vejamos:

Conforme já esclarecido e a decisão agravada bem destaca, a morte da segurada Maria Conceição Furlan Ribeiro ocorreu em momento anterior ao ajuizamento da presente rescisória, o que impede a sua qualidade de parte por evidente falta de personalidade jurídica, daí porque a determinação no sentido de que a mesma fosse excluída do polo passivo, com a extinção do feito em relação à sua pessoa, sem a resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, § 3º e art. 301, § 4º, ambos do CPC.

De se ver, portanto, que o *decisum* impugnado traz em seu bojo fundamentos concisos e suficientes a amparar o resultado proposto, em conformidade com o entendimento aplicável ao caso dos autos, razão pela qual é de se negar provimento ao agravo regimental.

Por outro lado, também restou esclarecido na mesma decisão que eventual aditamento à inicial, mesmo que visando alterar apenas o polo passivo nela indicado, como no caso dos autos, não mais deve ser considerado, uma vez encerrado o biênio decadencial.

Nesse particular, ou seja, acerca da decadência, devo pronunciar-me de ofício, solucionando o mérito da causa, a teor do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, conforme impõe o art. 210 do Código Civil.

Por petição datada de 10 de março de 2008 (fls. 281/282) o INSS, atendendo à determinação deste Juízo, requereu “a citação da representante legal do espólio da co-ré Maria Conceição Furlan”, no endereço constante de fl. 211 destes autos (fl. 191 do feito subjacente) e, somente em 03 de maio de 2010, apresentou a individualização das partes, requerendo a “intimação dos sucessores” Maria Furlan Ribeiro Moreira, Silvia Regina Ribeiro Ieck e seu marido Ivo Ieck, Marcelo Furlan Ribeiro e sua esposa Cássia Aparecida Galera Ribeiro, Etelvina Maria Ribeiro e seu marido Ronan Sant’Ana (fls. 338/339), os quais passaram a integrar a lide por força dos despachos de fls. 345 e 359, que lhes determinaram a citação.

Contudo, não há como negar que a tardia formação dessa relação jurídica processual decorreu de falha exclusiva do demandante, o qual já tinha ciência plena de que os referidos réus compunham o litisconsórcio na extremidade ativa da ação executiva subjacente, por sucessão

da exequente originária, como amplamente esclarecido neste voto.

Conforme entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, “uma vez formalizado o aditamento após o biênio decadencial, cumpre desconsidera-lo” (AR - AgR 1469).

O Superior Tribunal de Justiça também se posicionou dessa forma: “Decorrido o prazo decadencial para interposição da rescisória (CPC, art. 495), já não pode a ação ser proposta contra novo réu, sendo, consequentemente, impossível a regularização da relação processual nos termos do art. 47 do CPC” (REsp 893890/SC, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJE 25.02.2011).

Ainda do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO. DECADÊNCIA. VERIFICAÇÃO. LITISCONORTE PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO. FALTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RELAÇÃO PROCESSUAL. REGULARIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Uma vez decorrido o prazo decadencial para a propositura de ação rescisória contra qualquer dos litisconsortes passivos necessários, co-autores na demanda originária, é impossível a regularização da relação processual nos termos do artigo 47 do CPC.

Agravo regimental desprovido.

(3ª Seção, AgRg na AR 3070/AL, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 28.02.2007, DJ 02.04.2007, p. 225)

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS “A” E “C”, INCISO III, ART. 105, CR/88 - EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 465 E 269, IV, DO CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - RECURSO PROVIDO.

1. A propositura da ação rescisória pelo Recorrido, dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, deu-se, apenas, com relação a 90 (noventa) réus, dentre os 104 (cento e quatro) servidores beneficiados pela decisão proferida na ação originária.

2. Quando já expirado o prazo previsto no art. 465 do CPC, o Recorrido requereu o aditamento da inicial, requerendo a inclusão dos outros 14 (quatorze) litisconsortes, no pólo passivo da ação rescisória.

3. Assim, se vê que a ação foi, tempestivamente, proposta de forma indevida, isto é, contra somente 90 (noventa) réus.

4. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a ausência de inclusão de todos os beneficiários da ação originária, no pólo passivo da ação rescisória, em constituição de litisconsórcio passivo necessário, implica a nulidade do processo, que deverá ser extinto, nos termos do art. 269, IV, do CPC, com julgamento do mérito. Precedentes.

5. Recurso especial a que se dá provimento, estendendo-se a decisão para todos os litisconsortes passivos necessários.

(6ª Turma, REsp 661161/SC, Rel. Ministro Paulo Medina, j. 23.05.2006, DJ 12.03.2007 p. 333).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. CITAÇÃO DE LITISCONORTE PASSIVO NECESSÁRIO.

1. Após ultrapassado prazo decadencial, é vedada a regularização de ação rescisória em que falte a citação de litisconsorte passivo necessário.

2. Precedente da Primeira Seção (AR 2009/PB, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 03.05.04).

3. Recurso especial provido.

(2ª Turma, REsp 115075/DF, Rel. Ministro Castro Meira, j. 05.04.2005, DJ 23.05.2005, p. 185).

No mesmo sentido já decidiu esta mesma Seção (AR 0012473.62.2001.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 26.01.2012, DJF 13.03.2012; AR 0038640-82.2002.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 13.10.2011, DJF 11.11.2011).

O extrato de consulta processual acostado à fl. 181, demonstra que o acórdão rescindendo transitou em julgado aos 03 de novembro de 2005. Portanto, o prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC já havia se expirado há muito tempo quando requerida a providência acima mencionada, em março de 2008.

Dessa forma, é de se declarar, de ofício, a nulidade de todos os atos processuais praticados com relação a tais requeridos, considerando-se que posteriores à verificada decadência, julgando-se extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, Código de Processo Civil.

Prosseguindo no julgamento, cumpre observar que esta ação não se propõe a uma rescisão parcial do *decisum* rescindendo, mas de sua totalidade. Vale dizer que se cuida, na espécie, de ação rescisória integral. Por esse ângulo, constata-se a existência de um litisconsórcio passivo necessário, de modo que a decisão que se pronunciou acerca da decadência em relação a alguns dos requeridos se estende aos demais.

A causa subjacente resultou na condenação da Autarquia Previdenciária à revisão da renda mensal do benefício de todas as então requerentes, majorando-se o percentual de cálculo para 100% dos respectivos salários de benefícios, com base na Lei nº 9.032/95. E é contra essa decisão, a qual beneficiou indistintamente e de modo uniforme as suas demandantes, que se volta a presente ação rescisória, ao fundamento de que teria incorrido em violação a literal dispositivo de lei.

Participaram da relação processual originária, na condição de autoras, cinco senhoras, viúvas e pensionistas, dentre as quais a falecida Maria Conceição Furlan Ribeiro, substituída pelos seus sucessores, ainda naquela esfera, no decorrer da execução. Não obstante, o INSS deixou de propor a ação rescisória, dentro do prazo decadencial, em face desses herdeiros, conforme lhe competia.

Já me posicionei em sentido contrário, quanto à existência de litisconsórcio necessário em situação semelhante (AR nº 97.03.072238-5, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 25.11.2010, DJF 03.12.2010), ocasião em que restei vencido nesta Seção. Entendia, até então, que se na ação subjacente, o polo ativo era composto pelos autores em litisconsórcio facultativo, dessa mesma natureza não se afastaria o polo passivo da ação rescisória, de modo que a falta de citação a um deles não impediria o devido prosseguimento do feito quanto aos corréus já citados regularmente.

Alterei o meu posicionamento para acompanhar o voto apresentado pelo eminente Des. Fed. Baptista Pereira em feito de sua relatoria, aqui acolhido à unanimidade em 26.01.2012, o qual resultou na seguinte ementa:

AGRAVO LEGAL RECEBIDO COMO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 267, IV, DO CPC. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A oportunidade de regularização do pólo passivo somente deve ser deferida quando não decorrido o biênio após o trânsito em julgado da sentença rescindenda, o que não é a hipótese dos autos.

2. Considerando: a) o litisconsórcio passivo necessário e unitário; b) que a ação não foi proposta em face de todos os litisconsortes; c) que o biênio para eventual aditamento ou emenda à inicial para inclusão dos litisconsortes já decorreu integralmente; d) que decorridos mais de 10 anos desde o ajuizamento da ação, esta não ultrapassou sequer a fase citatória; e e) que, para a declaração da nulidade de todos os atos decisórios proferidos na ação originária, após o falecimento dos então autores, o INSS deveria ter ajuizado a ação rescisória em face dos respectivos sucessores para, somente a partir daí, ser possível, no âmbito da ação rescisória, deliberar sobre referida questão (porquanto a nulidade da sentença rescindenda por suposta ofensa ao Art. 43 do CPC não pode ser declarada sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa), é de rigor a extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de pressupostos de constituição e validade processual.

3. Precedente desta E. 3ª Seção: AR 9703072238-5, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJF 03/12/10.

4. Agravo regimental desprovido.

(AR 0012473-62.2001.4.03.0000, j. 26.01.2012, DJF 13.03.2012)

Conquanto a questão ainda não se mostre tranquila quer na doutrina, quer na jurisprudência de nossos tribunais, estou revendo a minha posição anteriormente adotada, utilizando-me dos ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

Todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, para a ação rescisória, porque o acórdão que será nela proferida atingirá a esfera jurídica de todos. Quanto ao juízo rescindendo, o litisconsórcio passivo é unitário, pois o tribunal manterá ou rescindirá a decisão, atingindo a todos, indistintamente, de maneira uniforme; quanto ao juízo rescisório, o litisconsórcio passivo pode ser simples ou unitário, pois o tribunal rejulgará a lide dependendo da maneira como deduzida na petição inicial da ação rescisória.

(in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 8ª ed., Editora Revista dos Tribunais, pg. 919/920)

Comportam exceção as ações rescisórias nas quais o demandante pretende ver rescindida apenas determinada parte, ou seja, um capítulo específico da sentença. Ora, se essa parte do *decisum* não diz respeito a um dos integrantes da lide subjacente, evidentemente que este não será chamado para se defender, o que se justifica pela já anunciada falta de interesse do autor.

Outro exemplo clássico e bastante óbvio é o do acórdão que analisa o apelo de um único recorrente. Se os demais litigantes e então autores, ainda que sucumbentes, não apelaram e é contra o julgado de 2ª instância que se volta a rescisória, nem mesmo faria sentido chamar os demais para integrarem o polo passivo, pois em face deles o título judicial rescindendo não chegou a substituir a sentença de primeiro grau.

O notável mestre José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele(s) a quem, conquanto parte(s) no processo anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s). Assim, *v. g.*, caso tenha havido denúncia da lide, e o denunciado queira rescindir a sentença na parte em que reconheceu, em face dele, o direito regressivo do denunciante, bastar-lhe-á, na rescisória, fazer citar este último. Análoga disciplina se observará se, no processo anterior,

houve cumulação subjetiva de ações, com litisconsórcio sujeito ao regime comum, e só se pretende a rescisão no tocante a um (ou a alguns) dos litisconsortes.
(in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V, 11ª ed., Editora Forense, p. 174)

No caso dos autos, o litisconsórcio necessário decorre da natureza da decisão pretendida no juízo rescindendo, qual seja, a *eliminação total* da sentença que passou em julgado e não apenas de parte dela, que eventualmente dissesse respeito a uma e não a outra pessoa dentre aquelas que demandaram a obtenção do mesmo título judicial.

Alega o autor que ao determinar a aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 9.032/95 aos benefícios de pensão por morte pagos às requeridas, o *decisum* desta Corte teria violado a literal dispositivo de lei. O mérito da rescisória consiste na retirada do mundo jurídico dos efeitos dessa coisa julgada como um todo, não sendo possível que estes permaneçam inabaláveis para alguns dos que demandaram juntos e sob o mesmo fundamento legal, pois cabe ao juiz decidir a lide de modo uniforme para todas as partes (art. 47, CPC).

Não me ocorre nem mesmo que a conveniência de aceleração ante a demora na citação de um dos réus possibilitasse o desmembramento do feito, permitindo-se a redistribuição de tantas ações quantos tivessem sido os beneficiados pelo mesmo objeto de rescisão. Não se trata de mera conexão a justificar uma decisão uniforme aos conflitos de interesse, mas da impossibilidade de pronunciamentos judiciais sobre eventual desconstituição do mesmo julgado em momentos distintos.

Mencionei no início deste voto o teor da Súmula nº 106, STJ, segundo a qual “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Convencem-me, desta feita, os fundamentos que se extraem, *a contrario sensu*, do mesmo preceito sumulado.

Se a detença na citação de um dos litisconsortes tolhe o fluxo da demanda por tempo significativo e o embaraço que retarda a movimentação do feito se dá por falta de diligência do autor quanto à realização do ato, como nos casos em que postergada a sua própria inclusão na lide, configura-se a decadência, ainda que a ação tenha sido ajuizada no prazo fixado para o seu exercício.

Por outro lado, já não me parece razoável facultar ao autor a escolha da parte contra quem pretende demandar nas vias rescisórias nas hipóteses em que todas aquelas que se beneficiaram com a decisão rescindenda se encontrarem nas mesmas condições. Ora, se a sentença é uma só e tem o mesmo fundamento legal, alcançando de maneira uniforme a todos os que a buscaram, já não me concebe a idéia de que, conquanto se lhe impute a rescindibilidade por violação a literal dispositivo de lei, o autor o faça somente em relação a um ou outro indivíduo a quem se destina, por sua escolha, a ação rescisória.

Cabe, para melhor elucidação, a transcrição de trecho do pronunciamento do Excelentíssimo Senhor Ministro Maurício Corrêa, exposto por ocasião do julgamento da AR 1.519-6/SC, em 13.05.2009:

Na ação rescisória discute-se a ocorrência de vícios que se referem exclusivamente à coisa julgada tida por defeituosa e não propriamente a um conflito material de interesses disponíveis. A *res judicata*, por outro lado, produz efeitos somente quanto aos integrantes da relação

processual (CPC, artigo 469) e, considerado o princípio da imutabilidade (CPC, artigo 472), forma-se entre eles elo jurídico indivisível como destinatários que são do comando judicial único.

Nessa perspectiva, a excepcional desconstituição da eficácia da sentença interessa e atinge a todos, não sendo possível fazê-lo apenas em relação a um ou outro. A decisão judicial, como verdadeira lei entre as partes, não pode ser cindida ao alvedrio do autor da rescisória, prejudicando aqueles por ele aleatoriamente escolhidos.

Transcrevo, por oportuno, o disposto no art. 47 do Código de Processo Civil:

Art. 47 - Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único - O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Esta ação rescisória não ataca a relação jurídica individual de cada litisconsorte, de forma que se possibilitasse deixar à margem de qualquer observação, no juízo rescindente, alguma situação diversa, porque aqui não se tem a pretensão de rescindir-se apenas parcialmente um julgado.

Explico: todas as autoras da primeira demanda se encontravam com a situação de pensionista consolidada e, em razão dessa igualdade de condição, optaram por formar o litisconsórcio ativo. A decisão rescindenda, partindo da premissa de que se teria por incontroversa essa similitude, entendeu que a legislação invocada se aplicava a todas elas, indistintamente. Dessa forma, a sentença prolatada tem força de lei entre todas as partes ali envolvidas.

Ainda que o litisconsórcio original não tenha sido de formação obrigatória na ação subjacente, a demanda rescisória deve abranger a todos os que dela se beneficiaram, sob pena da mesma sentença ter eficácia para uns e não ter para outros.

Tendo em vista que esta ação não fora proposta tempestivamente contra os sucessores da ré Maria Conceição Furlan Ribeiro, ou seja, em face de todas as partes que demandaram na ação originária, impõe-se reconhecer a decadência e a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*, mantendo a decisão que excluiu da lide a corré Maria Conceição Furlan Ribeiro e, *de ofício, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.*

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

A ação rescisória foi ajuizada em 31/10/07 em face de Márcia Bosquetti Romazini, Lúcia Lança Defaveri, Maria Conceição Furlan Ribeiro, Aparecida Simões e Maria Augusta Laurita Gomes.

A tutela antecipada restou deferida em 09/11/07, ocasião em que determinada a citação das rés.

À fl. 210, verifica-se a existência de petição nos autos originários em que comunicado o óbito de Maria Conceição Furlan Ribeiro, ocorrido em 19/02/05, e requerida sua substituição processual por seus herdeiros, tendo sido deferido o pedido, com a substituição pelo espólio, representado pela inventariante Márcia Furlan Ribeiro. A comunicação do óbito ocorreu na fase de execução, em 18/07/06, *e dela tomou ciência o INSS em 22/08/06 (fl. 226)*.

Em 10/03/08, depois de certificado pelo oficial de justiça que Maria Conceição Furlan Ribeiro havia falecido, o INSS requereu a citação da inventariante Márcia Furlan Ribeiro Moreira (fl. 281).

Foi determinada a citação dos sucessores de Maria Conceição Furlan Ribeiro, em 12/07/10. Foram citados Marcelo Furlan Ribeiro, Cássia Aparecida Galera Ribeiro, Etelvina Maria Ribeiro, Ronan Sant'Ana, Márcia Furlan Ribeiro Moreira, Silvia Regina Ribeiro Ieck e Ivo Ieck.

O Eminent Relator julgou extinto o processo sem resolução de mérito em relação à corré Maria Conceição Furlan Ribeiro, com fundamento no Art. 267, IV, § 3º e Art. 301, § 4º, ambos do CPC.

O INSS relata no agravo que, quando da citação, verificou-se o óbito de Maria Conceição Furlan Ribeiro. Como visto, nada mais incorreto, uma vez que o óbito foi comunicado na ação originária e a substituição processual ocorreu naqueles autos, anteriormente ao ajuizamento da rescisória. Logo, o INSS teve ciência do falecimento de Maria Conceição Furlan Ribeiro na ação originária, e não por ocasião do cumprimento do ato citatório nestes autos.

Menciona ainda o INSS que, após tomar conhecimento do falecimento de Maria Conceição Furlan Ribeiro, pleiteou o aditamento da exordial para que os sucessores passassem a figurar no pólo passivo.

Mais uma vez, a autarquia federal distancia-se dos fatos processuais. Não há aditamento à inicial nos autos e, ainda que se considere o pedido de citação dos sucessores de Maria Conceição às fls. 338/339 como tal, cumpre consignar que esse somente adveio em 03/05/10, quando já esgotado o prazo decadencial à propositura da rescisória (decisão transitada em julgado em 03/11/05).

O Eminent Relator nega provimento ao agravo, mantendo a extinção do processo sem resolução do mérito com relação a Maria Conceição.

Perfilho a mesma linha de raciocínio traçada pelo Eminent Desembargador quanto aos óbitos que antecedem à propositura da rescisória, entretanto, ressalto que o processo também deve ser extinto, sem resolução de mérito, pelo mesmo fundamento, em relação a todos os sucessores de Maria Conceição Furlan Ribeiro, uma vez que, a partir de suas respectivas citações, passaram a integrar a lide.

Também destaco que o caso em questão não é de falecimento da parte ré *entre o ajuizamento da ação rescisória e a sua citação*, conforme razões de decidir ventiladas no voto do E. Relator. Como visto, o óbito é anterior à propositura da rescisória. Logo, o INSS incorreu no erro grosseiro de litigar contra parte destituída de personalidade jurídica.

Nesse sentido são válidos os fundamentos estampados no citado precedente de relatoria da E. Juíza Federal convocada Giselle França, julgado por esta C. 3ª Seção, assim como os do Agravo Regimental 0012473-62.2001.4.03.0000, de minha relatoria, julgado, à unanimidade, por esta E. Seção, cujas ementas transcrevem-se:

AGRAVO LEGAL RECEBIDO COMO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 267, IV, DO CPC. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A oportunidade de regularização do pólo passivo somente deve ser deferida quando não decorrido o biênio após o trânsito em julgado da sentença rescindenda, o que não é a hipótese dos autos.
2. Considerando: a) o litisconsórcio passivo necessário e unitário; b) que a ação não foi proposta em face de todos os litisconsortes; c) que o biênio para eventual aditamento ou emenda à inicial para inclusão dos litisconsortes já decorreu integralmente; d) que decorridos mais de 10 anos desde o ajuizamento da ação, esta não ultrapassou sequer a fase citatória; e e) que, para a declaração da nulidade de todos os atos decisórios proferidos na ação originária, após o falecimento dos então autores, o INSS deveria ter ajuizado a ação rescisória em face dos respectivos sucessores para, somente a partir daí, ser possível, no âmbito da ação rescisória, deliberar sobre referida questão (porquanto a nulidade da sentença rescindenda por suposta ofensa ao Art. 43 do CPC não pode ser declarada sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa), é de rigor a extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de pressupostos de constituição e validade processual.
3. Precedente desta E. 3ª Seção: AR 9703072238-5, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJF 03/12/10.
4. Agravo regimental desprovido.

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTS. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. INAPLICABILIDADE DE ÍNDICES DE REAJUSTE AOS BENEFÍCIOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PEDIDO RESCISÓRIO. PROCEDÊNCIA.

1. A ação rescisória volta-se contra a parte do acórdão desta Corte que não foi analisada pelo C. STJ de modo a fixar a competência neste órgão. Precedente do STJ.
2. Rejeitada a preliminar de intempestividade. O não conhecimento pelo STJ da parte do recurso que versava sobre a questão tratada nesta rescisória não antecipa o trânsito em julgado para o término do prazo recursal iniciado com a intimação do julgamento do apelo, uma vez que toda a matéria foi devolvida ao exame do E. STJ. Outrossim, não se admite o fracionamento da coisa julgada, para fins de fluência do prazo decadencial da rescisória. Precedentes do STJ.
3. *O falecimento dos réus ocorreu em datas que antecedem a data do ajuizamento da presente ação rescisória. Inaplicável a hipótese de substituição das partes por seus sucessores. Desde a origem deste processo, o autor tinha conhecimento do falecimento dos réus, porém, ao invés de postular perante os herdeiros ou espólio, partes existentes e legitimadas, o fez em face de pessoas às quais sequer se atribui personalidade jurídica, instituto este que precede à capacidade processual. (g. n.)*
4. Embora seja de rigor a extinção do feito, sem resolução do mérito, com relação aos réus falecidos (art. 267, IV, do CPC), fato é que o título executivo poderá ser executado por eventuais herdeiros, e sua inexistência, não obstante passível de ser reconhecida a qualquer momento, não ser observada pelo juízo da execução. Nada impede, antes se recomenda, que este egrégio Tribunal, em face da inexistência do título judicial, declare-a nestes autos, conquanto não alegada pelo INSS, haja vista tratar-se a questão de inexistência da relação processual, e não apenas de ordem pública, esta sim, não transladável ao âmbito da rescisória.
5. A violação de literal disposição de lei, *lato sensu* (artigo 485, V, do CPC), é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou de sua aplicação incorreta, compreendendo esta tanto os erros de julgamento quanto os de procedimento. De acordo com a Súmula 343, do STF, inaplicável a dispositivo da Constituição Federal, “não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de

interpretação controvertida nos tribunais.” Logo, a interpretação razoável da lei não dá azo à rescisão do julgado. Precedentes do STJ.

6. Esta egrégia Seção já firmou entendimento no sentido de que a aplicação, ou não, de índices inflacionários expurgados a benefício previdenciário enseja matéria constitucional (direito adquirido), que não é afeta a texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, razão pela qual incabível a incidência do óbice veiculado pela Súmula acima referida. Precedentes desta Seção.

7. É pertinente o fundamento invocado pela autarquia previdenciária de que não há lugar para inclusão dos percentuais referentes aos expurgos verificados nos meses de jun./87, abr. e maio/90 e fev./91, sob pena de ofensa aos arts. 195, § 5º e 201, ambos da CF, bem como ao art. 41, da L. 8.213/91. Precedentes desta Corte.

11. Entre abr./89 e dez./91, por força do art. 58, do ADCT, os valores dos benefícios concedidos anteriormente à CF/88 ficaram atrelados à equivalência em número de salários mínimos, e, após o advento da L. 8.213/91, os reajustamentos passaram a observar o disposto no art. 41, II, e alterações subsequentes, que definiram o INPC e outros índices que se seguiram como parâmetro de revisão, inaplicáveis, assim, os índices expurgados expressos em IPC. Referidos índices de reajuste não se aplicam aos benefícios dos réus, fixados no valor de um salário mínimo, conforme exposto.

12. No julgamento dos Embargos à Execução n. 2002.03.99.042673-2, não se assegurou a aplicação dos expurgos ao reajuste dos benefícios, mas sim às diferenças eventualmente existentes, questões diversas.

13. Rejeitadas as preliminares. Julgado extinto o feito, quanto aos réus Ercília Pirolla Fabri e Nelson Cordeiro da Silva, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por ausência de pressuposto processual, dada a não ocorrência da coisa julgada. Declarada, de ofício, a inexistência da ação subjacente quanto aos referidos réus, uma vez que falecidos antes da formação da respectiva relação processual. Com relação aos demais que remanescem no pólo passivo (Francisco Fusca, Leonardo Aparecido Bruno e Maria Micheletti Casatti), julgada procedente a ação rescisória, nos termos do art. 485, V, para, em *judicium rescindens*, desconstituir o acórdão, quanto à aplicação dos percentuais referentes aos expurgos verificados nos meses de jun./87, abr. e maio/90 e fev./91, e, em *judicium rescisorium*, julgar improcedente o pedido subjacente de revisão de benefício com base nos índices acima mencionados. Concedidos aos réus os benefícios da justiça gratuita, deixa-se de condená-los à verba sucumbencial.

Ante o exposto, acompanho o E. Relator, pelos fundamentos supra explicitados, e, de ofício, extingo o processo sem resolução de mérito também com relação a Marcelo Furlan Ribeiro, Cássia Aparecida Galera Ribeiro, Etelvina Maria Ribeiro, Ronan Sant’Ana, Márcia Furlan Ribeiro Moreira, Silvia Regina Ribeiro Ieck e Ivo Ieck.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA:

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão de fls. 399/400 que extinguiu o processo sem resolução de mérito à corré Maria Conceição Furlan Ribeiro, nos termos do artigo 267, inciso VI, § 3º, e artigo 301, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões, o INSS sustenta estarem presentes os pressupostos de constituição e validade da relação processual, por ter requerido o aditamento à petição inicial da ação rescis-

sória, para a citação dos sucessores da falecida.

Na sessão de 10/5/2012, o e. Relator negou provimento ao agravo e, de ofício, extinguiu o processo com resolução de mérito às demais litisconsortes, nos termos do artigo 269, IV, do CPC.

Na ocasião, não obstante os judiciosos fundamentos do voto prolatado, apresentei divergência parcial para dar prosseguimento ao feito em relação às demais corrés.

Depois da apresentação do voto vista do e. Desembargador Federal Baptista Pereira, e colhidos os votos dos demais membros, a E. Terceira Seção decidiu, por maioria, nos termos da divergência, que passo a declarar.

Inicialmente, acompanho o e. Relator para negar provimento ao agravo interposto pelo INSS.

Com efeito, a corré Maria Conceição Furlan Ribeiro faleceu *antes* do ajuizamento da ação rescisória; portanto, é de rigor a extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, em relação a ela, pois não detinha capacidade para estar em juízo.

Por outro lado, incabível é a inclusão dos sucessores no polo passivo quando já decorrido o prazo decadencial, consoante destacado pelo e. Relator.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA - SUBSTITUIÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO - MORTE OCORRIDA ANTES DO AJUIZAMENTO - INVIABILIDADE - ART. 43 DO CPC – DECADÊNCIA.

I - A sucessão processual ocorre no caso de falecimento de parte, ou seja, de quem já integre qualquer dos pólos da relação processual.

II - Com sucessão *mortis causa* de parte na ação rescindenda, ocorre a transferência para os herdeiro da legitimação passiva para a ação rescisória. Mas o espólio ou os sucessores devem ser chamados ao feito pela forma própria, sendo do autor o ônus de promovê-lo *tempestivamente*.

III - A citação dos sucessores deve ser promovida dentro do biênio legal no caso de falecimento de parte da ação rescindenda antes do ajuizamento da ação rescisória.

III - Agravo regimental improvido.

(TRF 2ª Região - Primeira Seção - Agravo Interno em Ação Rescisória nº 2000.02.01.067529-9 - Rel.: Des. Federal Ney Fonseca)

Contudo, *peço vênua* para apresentar divergência quanto ao reconhecimento da decadência em relação às demais corrés e à extinção do processo nos termos do artigo 296, IV, do Código de Processo Civil.

Trago, nesta oportunidade, as mesmas razões de decidir esposadas no voto por mim proferido na Ação Rescisória n. 2006.03.00.032134-5, julgada em 8/3/2012, pois penso que a extinção da relação processual em relação a algumas corrés não obsta a análise do pedido formulado na ação em relação às demais litisconsortes.

Isso, porque as ora demandadas propuseram a ação originária, servindo-se do litisconsórcio ativo facultativo, para obter a revisão dos respectivos benefícios previdenciários. O processo subjacente, embora único, reúne diversas relações processuais fundadas em direito material caracterizado pela autonomia.

No litisconsórcio facultativo, os litigantes são considerados distintamente em suas relações com a parte adversa, nos termos do artigo 48 do CPC.

Notam-se realmente, na espécie, relações jurídicas autônomas e independentes entre si; pelo que dos autos consta, o julgado rescindendo atribuiu a cada litisconsorte facultativo o direito individual de ter o seu benefício revisado, e de receber quantia certa e distinta de atrasados.

Assim, por ser divisível o objeto da decisão, exequível com autonomia e independência, não cabe cogitar de litisconsórcio passivo necessário, restando incólume o *decisum* transitado em julgado em relação às partes não demandadas. Com mais razão, o julgamento da rescisória pode não ser o mesmo para todas as demandadas.

Sobre o tema, transcrevo excerto do voto do E. Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp nº 1.111.092/MG (n. g.):

Ora, se a sentença rescindenda diz respeito a ação proposta em litisconsórcio ativo facultativo (que, como visto, constitui mero cúmulo de demandas que poderiam ser propostas separadamente e que comportam soluções diferentes), nada impede que também a ação rescisória - e, se for o caso, o novo julgamento da causa, de que trata o art. 494 do CPC - seja promovida ou dirigida por ou contra um, alguns ou todos os primitivos litisconsortes facultativos, sujeitos, aqui também, ao mesmo regime comum. Em outras palavras: qualquer um dos primitivos autores poderá promover a ação rescisória, independentemente da formação de litisconsórcio ativo necessário com o demais demandantes; da mesma forma, nada impede que o primitivo demandado promova a rescisão parcial da sentença, em relação apenas a alguns dos primitivos demandantes, *sem necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário* em relação aos demais. É o que afirma a doutrina autorizada de Barbosa Moreira, a tratar da legitimidade passiva na ação rescisória:

“O Código não contém disposição expressa a respeito da legitimação passiva para a ação rescisória. O princípio geral, parece-nos, é o de que devem integrar o contraditório todos aqueles que eram partes no feito anterior, ao ser proferida a sentença (*lato sensu*) rescindenda.

(...)

Ressalve-se que, se se tratar de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele(s) a quem, conquanto parte(s) no processo anterior, não diga(m) respeito o(s) capítulo(s) rescindendo(s). Assim, v. g., caso tenha havido denunciação da lide, e o denunciado queira rescindir a sentença na parte em que reconheceu, em face dele, o direito regressivo do denunciante, bastar-lhe-á, na rescisória, fazer citar este último. Análoga disciplina se observará se, no processo anterior, houve cumulação subjetiva de ações, com litisconsórcio sujeito ao regime comum, e só se pretende a rescisão no tocante a um (ou a alguns) dos litisconsortes”.

(MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Arts. 476 a 565, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 173-174)

No mesmo sentido: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 4ª ed., RJ: Forense, p. 691.

Comentando acórdão proferido em hipótese semelhante à dos autos, anotou, com inteira razão, Dilvanir José da Costa:

“A rescisão pode ser realmente de parte da decisão contra todos e não pode ser de toda a decisão contra parte dos litigantes. Mas faltou a seguinte hipótese possível e não prevista no voto: a rescisão pode ser de parte da decisão contra parte dos litigantes. E aqui está precisamente a hipótese desta ação. Em relação aos 10 integrantes da decisão rescindenda, *não citados*, a mesma restará intacta, o que é *perfeitamente possível*, por ser *divisível* o objeto da

referida decisão: cada funcionário recebeu, através da sentença, um quota certa e separada de direitos, exequíveis com autonomia e independência, como prova a cópia da respectiva liquidação, anexada a fls. Logo, a rescisão só valerá em relação aos citados para esta ação e, portanto, *o acórdão não será rescindido totalmente*. Haverá divisão em relação às partes (subjativa) e em relação aos respectivos objetos materiais autônomos (objetiva), por serem estes separados ou não comuns.

Tanto que a sentença rescindenda resultou de um litisconsórcio facultativo por *mera afinidade de questões* por um ponto comum de fato ou de direito (forma mais simples, prevista no último inciso do art. 46). Nem chegou a ser por conexão de causas, cuja finalidade é evitar sentenças contraditórias. Outros funcionários, em situação idêntica, ajuizaram ações em outras varas e até perderam, com trânsito em julgado, como é notório. Os tratadistas citam as ações coletivas como esta, contra a Fazenda Pública, como exemplo típico de litisconsórcio facultativo por afinidade de questões (art. 46, IV), como se pode conferir em Celso Barbi, Comentários..., Forense, art. 46; Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas ..., Saraiva, 1977, vol. 2º, p. 8, com apoio em Pontes de Miranda e Gabriel Rezende Filho. Aliás, Celso Barbi Acrescenta: *‘O litisconsórcio fundado no item IV é tipicamente reunião de várias ações em um só processo*. Podiam ser propostas separadamente, em processos distintos. Mas a reunião em um só *atende às exigências da economia processual’* (Comentários... n. 295).

3. A 3ª conclusão do Relator está correta: no litisconsórcio necessário e unitário devem ser citados todos os interessados, sob pena de ineficácia da sentença, que não pode valer em relação a uns e não valer em relação a outros.

Resta saber se essa premissa geral se aplica à espécie. *Data venia*, não se aplica. Não se trata aqui, de um típico litisconsórcio necessário e unitário, cuja característica é a *indivisibilidade do objeto litigioso*, que é comum a todos os litigantes. Nesta ação os objetos são distintos e separados. A sentença rescindenda é divisível objetiva e subjetivamente.

Atribuiu a cada litisconsorte facultativo, que se juntou a outros para demandar contra o Estado por simples economia processual, o direito individual (e não comum a todos) de ter o seu respectivo cargo em comissão (em que se apostilou) equiparado a cargo do novo Quadro Permanente, com as mesmas atribuições. Em consequência, cada qual passou a receber os vencimentos ou proventos do novo cargo respectivo, bem como cada qual recebeu uma quantia certa e distinta de atrasados, conforme liquidação de sentença anexada a fls. Logo, o litisconsórcio nesta rescisória é divisível, objetiva e subjetivamente. A sentença contra os citados em nada afetará o direito dos 10 não envolvidos, em relação aos quais restará não rescindido o acórdão que os beneficiou”. (COSTA, Dilvanir José da. Do litisconsórcio necessário em ação rescisória, *in Revista de Processo*, n. 30, p. 280/281)

(...).

(STJ, Primeira Turma, j. 28/6/2011, v. u., DJe 1/7/2011, RB vol. 573 p. 52, RT vol. 911, p. 509)

Com essas considerações, *nego provimento* ao agravo regimental, para manter a decisão que excluiu da lide a corré Maria Conceição Furlan Ribeiro, devendo o julgamento prosseguir, porém, em relação às corrés remanescentes.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora designada para o Acórdão

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0021093-19.2008.4.03.0000

(2008.03.00.021093-3)

Embargante: ANTONIO MAIA

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 84/86

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: ANTONIO MAIA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE GUARUJÁ - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO

Classe do Processo: AI 337608

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO REALIZADO POR ÓRGÃO COLEGIADO COMPOSTO MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NÃO VERIFICADA. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO INSUBSISTENTE. PRELIMINAR REJEITADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE, OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

- Em recente julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos eminentes Ministros que o integram entenderam pela conformidade dos aludidos órgãos julgadores com os preceitos contidos na Constituição Federal, dando maior relevo, na ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com a convocação de Juízes Federais para integrar cargo vago de desembargador nos Tribunais, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. (Precedente: STF - HC nº 96.821/SP - Plenário do Supremo Tribunal Federal, no bojo do, da relatoria do i. Ministro Ricardo Lewandowski, julg.: em 08 de março de 2010).

- Não se fazem presentes quaisquer das hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil a autorizar o provimento dos embargos de declaração, porquanto a matéria objeto deste recurso foi apreciada de forma clara e coerente.

- Tendo sido o acórdão impugnado proferido com base em fundamento consistente, o magistrado não está obrigado a responder, à exaustão, a todas as assertivas das partes, nem tampouco a se ater aos fundamentos indicados ou pronunciar-se acerca de todos os textos normativos por elas mencionados.

- A providência pretendida pela embargante, em realidade, é a revisão da própria razão de decidir, não tendo guarida tal finalidade em sede de embargos declaratórios. Somente por meio do competente recurso deve ser novamente aferida e não por meio de embargos de declaração.

- Preliminar rejeitada. Embargos de declaração desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida para, no mérito, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2012.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por Antonio Maia em face do acórdão acostado a fls. 84/86 que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal por ele interposto, conforme se verifica do aresto transcrito a seguir:

JUROS MORATÓRIOS - RPV - SALDO REMANESCENTE - INCABÍVEIS.

- São incabíveis juros moratórios em cálculo de saldo remanescente, adimplido via RPV, pago no prazo legalmente previsto. Precedentes jurisprudenciais.
- Agravo Legal improvido.

Aduz o embargante, em síntese, que o v. acórdão embargado padece de vários vícios que devem ser supridos por meio deste incidente de integração do julgado. Sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgado impugnado, em razão de haver sido prolatado por Juiz Federal Convocado não integrante dos quadros deste Tribunal Regional Federal, o que teria implicado patente violação ao princípio do juiz natural. Superada esta questão constitucional-processual, requer sejam supridas obscuridade e contradição que contaminam o julgado, em razão de não haver sido enfrentada a questão afeta à natureza jurídica dos juros de mora que, conforme fundamenta, corresponderia à recomposição do valor principal corrigido em razão da compensação monetária pela demora no pagamento do principal, relativamente ao período compreendido entre a data da elaboração das contas de liquidação (em 31.08.2003) e sua atualização (em 01.07.2005).

Requer, pois, o acolhimento dos presentes embargos de declaração, para que sejam sanadas a obscuridade, a contradição e a omissão apontadas, atribuindo-lhes, se for o caso, efeitos infringentes. Matéria prequestionada.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo demandante em face do acórdão de fls.

84/86 que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal por ele interposto.

De início, destaco que o r. *decisum* embargado deve ser mantida por seus próprios fundamentos, vez que ausentes quaisquer das hipóteses previstas pelo art. 535 do Código de Processo Civil, autorizador da oposição destes embargos de declaração.

Explico. No que pertine à nulidade do acórdão que decidiu o agravo legal por ele interposto a fls. 78/81, sob o argumento de manifesta afronta ao princípio do juiz natural, na medida em que o órgão colegiado competente para seu julgamento fora composto, em sua maioria, por juízes federais convocados, razão não assiste ao embargante.

Conforme se extrai das informações prestadas pela Subsecretaria da Sétima Turma desta C. Corte Regional (fls. 83), o julgamento colegiado foi de fato proferido, em sua maioria, por juízes federais convocados, sob a presidência do Desembargador Federal Roberto Haddad.

No entanto, tal circunstância, no caso concreto, não teve o condão de gerar quaisquer nulidades. Conforme se depreende da jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores que, esclareça-se, vem recebendo de forma reiterada *habeas corpus* em que se discute eventual nulidade dos acórdãos proferidos por Câmaras Julgadoras compostas, em sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados, vem assentando que tal procedimento administrativo adotado pelos Tribunais não implica qualquer vício ou desrespeito ao princípio do juiz natural. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 96.821/SP, de relatoria do i. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado ocorrido em sessão de 08 de março de 2010, ao apreciar tal matéria, firmou entendimento no sentido de inexistir nulidade de julgamento emanado de câmara extraordinária do TJ/SP composta majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados. Transcrevo, por ser elucidativo, o teor desta ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

V - Ordem denegada.

De posse deste julgado, a E. Quinta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 156.104/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, procedeu à revisão do entendimento anteriormente firmado pela Terceira Seção daquela Corte Superior, passando a encampar a novel interpretação constitucional dada ao caso concreto pela Suprema Corte, tal como fundamentado no aresto a seguir transcrito:

HABEAS CORPUS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JULGAMENTO REALIZADO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU.

CONVOCAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA DE VOLUNTARIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA.

1. Esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, havia firmado entendimento no sentido de considerar nulos os atos decisórios emanados de órgãos colegiados formados, na sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados em desconformidade com a legislação infraconstitucional aplicável, por ofensa ao princípio do juiz natural.

2. *Em recente julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos eminentes Ministros que o integram entenderam pela conformidade dos aludidos órgãos julgadores com os preceitos contidos na Constituição Federal, dando maior relevo, na ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com tal medida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna.*

3. *O posicionamento até então adotado por esta Corte Superior de Justiça, formulado de acordo com a análise da legislação infraconstitucional aplicável, deve ser revisto para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte.*

(...)

3. Ordem denegada. (grifei)

(Julgado em 22.6.2010, DJe 9.8.2010)

Com efeito, embora a aludida decisão exarada pelo C. Supremo Tribunal Federal seja desprovida de efeito vinculante, se faz necessário reconhecer que se trata de posicionamento adotado pela Suprema Corte Federal, guardiã da Carta Magna, devendo ser respeitada e adotada pelos demais Tribunais pátrios.

É preciso assinalar, entretanto, que essa interpretação vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que haja previsão regimental no Tribunal de origem para a ocorrência de tal substituição (*ex vi legis*, art. 51, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *in verbis*: “em caso de vaga ou de afastamento de Desembargador Federal do Tribunal, por prazo superior a 30 (trinta) dias, *poderá ser convocado Juiz Federal da Primeira Instância, para substituição*. A convocação far-se-á pelo voto da maioria absoluta de seus membros, observando-se o disposto no art. 118 da Lei Complementar nº 35/79, com a redação da Lei Complementar nº 54/86”), o que, *de per se*, afasta a alegada violação ao princípio do juiz natural.

Por isso, a solução que tanto o STF quanto o STJ vem adotando nesse tema, deve ser entendida e compreendida nos limites da específica legislação regimental, sem espaço, portanto, para eventuais alegações de desrespeito às garantias constitucionais que regem a matéria processual.

Ademais, tais convocações extraordinárias conferem maior celeridade à prestação jurisdicional, atendendo, assim, ao direito fundamental à razoável duração do processo, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, sem que se vislumbre violação aos princípios do juiz natural, da publicidade, do devido processo legal, ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa e ao pleno contraditório.

Feitas estas considerações, rejeito a preliminar aventada pela parte embargante.

No mais, superada esta questão processual, observo que a matéria objeto dos embargos de declaração foi apreciada de forma clara e coerente, incorrendo, na espécie, qualquer omissão, contradição ou obscuridade no julgado.

Desta forma, descabe falar-se na espécie no sobrestamento do julgamento deste agravo

de instrumento. O E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou Precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia. Além do que, ainda não foi proferida decisão de mérito no RE 579.431. Com efeito, não houve óbice ao julgamento deste agravo. Mesmo porque, o E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

Quanto ao mérito, propriamente dito, entendo que a r. decisão agravada não padece de quaisquer dos vícios apontados pela embargante. Ocorre que a Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.143.677-RS, representativo da controvérsia, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 4/2/2010, ratificou o posicionamento já consolidado naquele Tribunal, no sentido da não incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento do Precatório/Requisição de Pequeno Valor (RPV). Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E. APLICAÇÃO.

1. A *Requisição* de pagamento de obrigações de *Pequeno Valor (RPV)* não se submete à ordem cronológica de apresentação dos *precatórios* (artigo 100, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), inexistindo diferenciação ontológica, contudo, no que concerne à incidência de juros de mora, por ostentarem a mesma natureza jurídica de modalidade de pagamento de condenações suportadas pela Fazenda Pública (Precedente do Supremo Tribunal Federal: AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

2. A Lei 10.259/2001 determina que, para os efeitos do § 3º, do artigo 100, da CRFB/88, as obrigações de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, compreendem aquelas que alcancem a quantia máxima de 60 (sessenta) salários mínimos (§ 1º, do artigo 17, c/c o *caput*, do artigo 3º, da Lei 10.259/2001).

3. O prazo para pagamento de quantia certa encartada na sentença judicial transitada em julgado, mediante a Requisição de Pequeno Valor, é de 60 (sessenta) dias contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, sendo certo que, desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão (artigo 17, *caput* e § 2º, da Lei 10.259/2001).

4. A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a *Súmula Vinculante 17*, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete:

“Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, *não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.*”

5. Conseqüentemente, os *juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório*, desde que satisfeito o débito no prazo

constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), *exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força da princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

6. A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela *não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV* (AgRg no REsp 1.116.229/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1.135.387/PR, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 19.10.2009; REsp 771.624/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 25.06.2009; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14.05.2009, DJe 03.08.2009; AgRg no Ag 750.465/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; e REsp 955.177/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 07.11.2008).

7. A *correção monetária* plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

8. Destarte, *incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV*, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (*Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

9. Entremetas, ainda que a conta de liquidação tenha sido realizada em período em que aplicável a Taxa Selic como índice de *correção monetária* do indébito tributário, impõe-se seu afastamento, uma vez que a aludida taxa se decompõe em taxa de inflação do período considerado e *taxa de juros reais*, cuja incompatibilidade, na hipótese, decorre da não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, no prazo legal, da requisição de pequeno valor - RPV.

10. Consectariamente, o índice de correção monetária aplicável aos valores constantes da RPV, quando a conta de liquidação for realizada no período em que vigente a Taxa Selic, é o IPCA-E/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), à luz do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 242/2001 (revogada pela Resolução 561/2007).

11. A vedação de expedição de precatório complementar ou suplementar do *valor pago mediante Requisição de Pequeno Valor* tem por escopo coibir o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e, em parte, por precatório (artigo 100, § 4º, da CRFB/88, repetido pelo artigo 17, § 3º, da Lei 10.259/2001), o que não impede a expedição de requisição de pequeno valor complementar

para pagamento da *correção monetária* devida entre a data da elaboração dos cálculos e a efetiva satisfação da obrigação pecuniária.

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do *Recurso Extraordinário 579.431/RS*, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado:

“Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.”

13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, *em regra*, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual *recurso extraordinário*, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de *correção monetária*, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Nesse mesmo sentido, orientação já firmada por esta E. Sétima Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. SALDO REMANESCENTE. JUROS DE MORA. PERÍODO DE INCIDÊNCIA. EC Nº 30/2000. PARÁGRAFO 1º DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Emenda Constitucional nº 30/2000 imprimiu nova redação ao § 1º do art. 100, estabelecendo que os precatórios, apresentados até 1º de julho, devem ser pagos até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

2. Assim, conclui-se que, por vontade do legislador ao definir a atualização como sendo puramente monetária, não são devidos juros de mora para tais casos.

3. Pela redação dada ao § 1º do artigo 100 da CF, a não-incidência de juros de mora, em face da determinação de atualização puramente monetária, deve ater-se ao período compreendido entre 1º de julho, data da inclusão da verba necessária ao pagamento dos débitos no orçamento e a data máxima estipulada pela Constituição Federal para a efetivação de tal pagamento, ou seja, o final do exercício seguinte.

4. Em se tratando de pagamento extemporâneo, ou quando verificada a insuficiência do depósito, o INSS passa a incorrer em mora relativamente ao saldo remanescente. Portanto, perfeitamente cabível a incidência de juros moratórios, exclusivamente quanto ao saldo remanescente, a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao que o crédito deveria ser pago, até

a data da apuração deste saldo.

5. Agravo parcialmente provido.

(TRF3, AG: 191138/SP, SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 14/6/2004, por maioria, Fonte DJ Data: 28/7/2004, página: 288, Relator Des. Fed. WALTER AMARAL)

Este entendimento advém da circunstância de o art. 100, § 1º, da Constituição da República, de 05.10.1988, prever prazo para o pagamento de precatórios judiciais, determinando que a satisfação daqueles apresentados até 1º de julho deverá ocorrer até o final do exercício seguinte ao da sua inclusão no orçamento das entidades de direito público.

Havendo, por parte da Fazenda Pública, o cumprimento do lapso constitucional, para pagamento de precatórios (mês de dezembro do ano subsequente ao da apresentação), os juros moratórios são indevidos. O atendimento ao interregno constitucional ultrapassa a esfera de atuação da autarquia, a qual não detém controle a respeito. Assim, descabido penalizá-la, com a condenação de juros, relativamente à mora que não deu causa.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado, oriundo do C. Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F., ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000).

Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33. ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE: 305.186-5SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/09/2002, por unanimidade, Fonte DJ Data: 18/10/2002, página: 49, Relator Ministro ILMAR GALVÃO)

Da mesma forma, não recaem juros moratórios, entre as datas da conta e da inclusão na proposta orçamentária.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não-incidência. Precedentes. 4. Descabimento, pelos mesmos fundamentos, de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (§ 1º do art. 100 da Constituição). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 492.779-1/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 13/12/2005, v.u., DJ 03/3/2006, p. 76)

O Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem, suscitada pela Ministra Ellen Gracie, nos autos do Recurso Extraordinário 579.431/RS, no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral, e denegar a distribuição dos demais processos que versem sobre a matéria, ratificando o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, o qual reconhece a inexistência de mora durante o período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório.

A despeito de meus entendimentos pessoais relativos à matéria, curvo-me à jurisprudência em favor da pacificação dos litígios e da unificação do direito, ao mesmo tempo em que reconheço a obrigatoriedade quanto ao cumprimento da Súmula Vinculante 17, do E. STF.

Por outro lado, acentuo que, quanto à atualização monetária do valor deprecado, foi observado o disposto no art. 18, da Lei 8.870/94, que estabeleceu que o valor da condenação deveria ser convertido em UFIR na data do cálculo e atualizado por esse indexador até a data do depósito. Sendo que, em virtude da extinção da Unidade Fiscal de Referência em 26.10.2000, pelo art. 29, § 3º, da Medida Provisória nº 1973/67, a atualização, a partir de 01 de janeiro de 2001, passa a observar o IPCA-E como sucedâneo, nos moldes preceituados tanto pela Resolução nº 242/01 do CJF, a qual deu origem à edição do Novo Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal, como pela Resolução nº 258/02, também do Conselho da Justiça Federal.

Nesse sentido é a orientação do E. STJ:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE NA DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 18 DA LEI 8.870/94 (CORREÇÃO PELA UFIR/IPCA-E). ACÓRDÃO DO TRF DA 3ª REGIÃO QUE DETERMINA A UTILIZAÇÃO DE ÍNDICES PREVIDENCIÁRIOS (IGP-DI). UFIR E IPCA-E. APLICABILIDADE. PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/08. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 18 da Lei 8.870/94 não trata de indexador para atualização de benefícios previdenciários, mas, sim, de atualização de valores pagos mediante precatório, decorrentes de condenação judicial. Os valores expressos em moeda corrente, constantes da condenação, devem ser reajustados, no caso de parcelas pagas em atraso, observando-se o comando estabelecido no art. 41, § 7º, da Lei 8.213/91, e convertidos, à data do cálculo, em quantidade de Unidade Fiscal de Referência - *ufir* ou em outra unidade de referência oficial que venha a substituí-la.

2. De uma interpretação sistemática, teleológica e contextualizada de toda a legislação previdenciária, conclui-se que, segundo a inteligência do art. 18 da Lei 8.870/94, os valores decorrentes do atraso no pagamento dos benefícios previdenciários serão corrigidos monetariamente pela variação do INPC (janeiro a dezembro de 1992), IRSM (janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), URV (março a junho de 1994), IPC-r (julho de 1994 a junho de 1995), INPC (julho de 1995 a abril de 1996) e IGP-DI (a partir de maio de 1996). Tais valores, expressos em moeda corrente, seriam, tão-somente, para a preservação do valor da moeda, convertidos em *ufir* a partir de janeiro de 1992 e, após a extinção desta, corrigidos pelo IPCA-E, a teor do disposto no art. 23, § 6º, da Lei 10.266/01, posteriormente repetido pelo art. 25, § 4º, da Lei 10.524/02 e, assim, sucessivamente, até a edição da Lei 11.768, de 14/8/08 - que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 -, em seu art. 28, § 6º. Destarte, a partir da elaboração da conta de liquidação, prevalecem a *ufir* e o IPCA-E.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08.

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.102.484; Processo: 20080260476-0; UF: SP; Órgão Julgador: Terceira Seção; Data da decisão: 22/04/2009; Fonte: DJ DATA: 20/05/2009; Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA - negritei)

Ressalto, assim, que a correção do valor requisitado por Precatório, por obedecer sistemática própria, estabelecida pelas Resoluções nº 242/01 e 258/02 do CJF, deve seguir os índices constantes da *Tabela de Atualização dos Precatórios do Tesouro Nacional*, elaborada

pela Contadoria desta E. Corte, confeccionada nos termos das Portarias nºs 72/2000, 40/2001, 79/2002, 32/2003 do CJF e Provimento nº 52, de 04/05/2004, da Corregedoria Geral da 3ª Região.

Desta narrativa, extrai-se que o valor depreciado sempre sofre atualização monetária por ocasião do seu pagamento.

Assim, tendo sido o acórdão impugnado proferido com base em fundamento consistente e mantendo-se adstrito ao entendimento emanado de nossos Tribunais superiores, entendo não padecer ele de quaisquer dos vícios veiculados por estes Embargos de Declaração. Principalmente, porque o magistrado não está obrigado a responder, à exaustão, a todas as assertivas das partes, nem tampouco a se ater aos fundamentos indicados ou pronunciar-se acerca de todos os textos normativos por elas mencionados.

Por conseguinte, a providência pretendida pela parte embargante, em realidade, é a revisão da própria razão de decidir, não tendo guarida tal finalidade em sede de embargos declaratórios, a qual apenas se torna possível mediante a utilização do recurso cabível para este fim.

Quanto ao prequestionamento de matéria ofensiva a dispositivos de lei federal e de preceitos constitucionais, tendo sido o recurso apreciado em todos os seus termos, nada há para ser discutido ou acrescentado nos autos.

Diante do exposto, nego provimento aos presentes embargos de declaração.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre a constitucionalidade do julgamento proferido por órgãos colegiados compostos majoritariamente por juízes convocados, veja também o seguinte julgado: EDcl AI 2008.03.00.037221-0/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschlow, publicados na RTRF3R 98/439.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0036124-55.2008.4.03.9999

(2008.03.99.036124-7)

Agravante: MARIA JOSÉ BUENO

Agravada: R. DECISÃO DE FL. 115

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MARIA JOSÉ BUENO

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITAPORANGA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD

Classe do Processo: AC 1332934

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2012

EMENTA

AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. PROTOCOLO INTEGRADO. JUSTIÇA ESTADUAL. TJ/SP. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do art. 557, § 1º, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. Tendo em vista que o agravo legal foi protocolizado na Justiça Estadual, e não havendo protocolo integrado, deve-se considerar o recurso intempestivo.
3. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3ª Região.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de julho de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de agravo legal de fls. 119/120v interposto pela Maria José Bueno contra o r. despacho proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Walter do Amaral à fl. 115 que, diante da certidão de fl. 114, lavrada pela Subsecretaria da 7ª Turma, deixou de receber o agravo legal de fls. 107/113, uma vez que é intempestivo, determinando a certificação do trânsito em julgado e baixa dos autos à vara de origem.

Em suas razões de inconformismo a agravante alega que protocolou o recurso em 14/09/2009, razão pela qual não poderia a Subsecretaria da 7ª Turma ter certificado que o agravo seria intempestivo.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Trata-se de ação de rito ordinário em que busca a parte autora a aposentadoria por idade, prevista no art. 143, da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou procede o pedido da parte autora.

Inconformado apelou o INSS alegando, em síntese, que a autora não comprovou ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício.

O Exmo. Desembargador Federal Walter do Amaral às fls. 100/103, a teor do art. 557, do CPC, deu provimento ao apelo do INSS, para julgar improcedente o pedido.

A r. decisão foi disponibilizada no Diário Eletrônico de 10/09/2009. Tendo a parte autora prazo de cinco dias, a teor do art. 557, § 1º, do CPC, findo em 18/09/2009.

No entanto, o agravo legal foi protocolizado neste Eg. Tribunal em 21/09/2009, assim fora do prazo legal.

Informa a agravante que protocolou o agravo em questão em 14/09/2009, porém da análise do mesmo consta:

“TJSP 270 IVA 140920091722 TRF3 04 0051812-00”

Assim, verifica-se que o agravo foi protocolizado na Justiça Estadual, no dia 14/09/2009, e recebido neste Tribunal somente no dia 21/09/2009.

O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3ª Região.

No mesmo sentido colaciono os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

As alegações de que o recurso foi protocolizado dentro do prazo, porém em secretaria de juízo diverso, não afastam a intempestividade, na medida em que a mesma é verificada pelo ingresso da petição no protocolo deste Tribunal. Precedentes.

Agravo improvido.

(AgRg no AgRg no REsp nº 830.524/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Sidinei Beneti, julgado em 18/09/08, v.u., DJe 15/10/08)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ERRONEAMENTE INTERPOSTO VIA FAX NO STF DENTRO DO PRAZO LEGAL. IRRELEVÂNCIA. PETIÇÃO ORIGINAL PROTOCOLIZADA FORA DO PRAZO NO STJ. INTEMPESTIVIDADE DO REGIMENTAL.

1. A aferição da tempestividade do recurso dá-se invariavelmente com base na data de entrada da petição no Protocolo do Superior Tribunal de Justiça. Em atenção ao princípio da segurança jurídica, não se pode considerar tempestivo o recurso protocolizado - ainda que por engano e dentro do prazo - em Tribunal diverso daquele ao qual se dirigia.

2. Na hipótese dos autos, a petição do Agravo Regimental, interposto via *fax*, foi apresentada em 8.9.2009 (último dia do prazo recursal) no STF e recebida na Seção de Protocolo de Petições deste Tribunal em 21.9.2009. A petição original correspondente foi protocolizada no STJ em 9.9.2009; após, portanto, o decurso do prazo estabelecido no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil e no art. 258 do RI/STJ.

3. Agravo Regimental não conhecido.

(AgRg no Ag nº 1.164.073/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/10/09, v.u., DJe 13/11/09)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557 DO CPC. RECURSO INTEMPESTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROTOCOLADO NA JUSTIÇA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE PROTOCOLO INTEGRADO. RECEBIMENTO NESTE TRIBUNAL APÓS O ESGOTAMENTO DO PRAZO RECURSAL.

I- Incabível o conhecimento de agravo de instrumento interposto em protocolo não integrado (Justiça Estadual) e registrado serodiamente nesta Corte Regional.

II- O Provimento nº 148, de 02/06/98, do Conselho da Justiça Federal estabelece as regras que disciplinam o protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região, não havendo que se cogitar da extensão das suas regras à Justiça Estadual.

III- Protocolado o recurso, nesta Corte, após o término do prazo legal, imperioso é o reconhecimento da sua intempestividade.

IV- Recurso improvido.

(TRF3ªR - AgLg em AI nº 2009.03.00.024686-5/SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 15/12/09, v.u., D.E. de 02/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROTOCOLO INTEGRADO. RECEBIMENTO DO RECURSO NO TRIBUNAL. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO POR INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- Acórdãos colacionados pela parte agravante não guardam similitude com a fundamentação da decisão agravada, pois não se discute a impossibilidade em se admitir recursos apresentados no sistema de “protocolo integrado”, mas na inexistência de “protocolo integrado” entre a Justiça Estadual Paulista e este Tribunal Regional Federal.

- À parte abre-se a faculdade da utilização dos protocolos das Subseções da Justiça Federal, localizadas no interior do Estado, que poderão receber petições dirigidas a esta C. Corte.

- Não se utilizando desta faculdade, nem de outro meio legalmente permitido, como a postagem no correio e o fac-símile, o exame da tempestividade do recurso far-se-á pela data em que é apresentada a petição recursal no protocolo desta E. Corte.

- Interposto agravo de instrumento em protocolo não integrado e sendo recebido por este E. Tribunal após o prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da decisão agravada, é de ser reconhecida a sua intempestividade .

- Agravo legal improvido.

(AgLg em AI nº 2008.03.00.038747-0, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 27/07/09, v.u., D.E. de 27/08/09)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO NO JUÍZO ESTADUAL. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO.

- O recurso protocolado perante o Juízo Estadual de origem não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, em razão de não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal, existente este tão somente entre as Subseções da Justiça Federal de primeira instância localizadas no interior dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Precedentes desta Corte.

- Agravo regimental desprovido.

(AgLg em AI nº 2008.03.00.020557-3, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 01/09/08, v.u., D.E. de 17/09/09)

Deste modo, está caracterizada a intempestividade do agravo legal de fls. 107/113, conforme a certidão da Subsecretaria da Sétima Turma à fl. 114.

Assim, a r. decisão ora agravada deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do art. 557, § 1º, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

- Sobre a interposição de recurso em protocolo não integrado na Justiça Estadual, veja também o seguinte julgado: Ag Ag 2005.03.00.005855-1/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicado na RTRF3R 76/187.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0017496-03.2012.4.03.0000

(2012.03.00.017496-8)

Suscitante: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA - QUARTA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - PRIMEIRA TURMA
Parte Autora: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS - ECT
Parte Ré: CESTAC COM/ E MANUTENÇÃO DE AR CONDICIONADO LTDA.
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: CC 14164
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/08/2012

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORREIOS. COBRANÇA DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CARÁTER PÚBLICO DA RELAÇÃO JURÍDICA. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA 4ª TURMA (2ª SEÇÃO).

- Carece às turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte competência para apreciar demanda decorrente da resistência à pretensão da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em obter o pagamento, via mandado monitório, de multa por descumprimento do prazo fixado para a conclusão dos serviços em contrato administrativo celebrado com a embargante para instalação de sistema de climatização.

- Caso que não guarda identidade com hipóteses em que se assentou no âmbito do Órgão Especial que “a discussão a respeito de descumprimento de cláusula contratual praticada por empresa que efetuou negócio jurídico com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT consiste em questão de índole contratual regida pelas regras de Direito Privado”, pelo que, por não se tratar “de hipótese de contrato administrativo, o que corrobora a tese de que se trata de questão disciplinada pelo Direito Privado”, “o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, inequivocamente, matéria de Direito Privado, conforme o que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, do Regimento Interno” (Conflito de Competência nº 2010.03.00.030065-5, rel. Desembargadora Federal Suzana Camargo, j. em 8.6.2011, unânime; Conflito de Competência 2011.03.00.013655-0, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, j. em 28.10.2011; Conflito de Competência 2011.03.00.027935-0, rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. em 11.11.2011).

- Neste, em que a análise da situação concreta, na controvérsia evidenciada nos embargos quanto ao valor da penalidade exigida, passa pela verificação das cláusulas do contrato em questão, encontra-se em discussão a viabilidade da correção de ato administrativo consistente na imposição de multa prevista contratualmente em razão do atraso no cumprimento de obrigação assumida submetida aos ditames da Lei 8.666/93, tema de cunho eminentemente administrativo.

- Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em caso assemelhado - “Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios” -, em razão de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos utilizar-se de cláusulas exorbitantes

para melhor resguardar os interesses da Administração, permitindo-se a alteração das condições de execução do contrato firmado ou até mesmo sua própria suspensão, ante a supremacia do interesse público envolvido no negócio, “à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado” (Recurso Especial 527.137/PR, 1ª Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 31.5.2004).

- Prevalência da competência da 4ª Turma, integrante da 2ª Seção, a que incumbe para apreciar os processos relativos ao direito público, dentre outros, os que dizem respeito a *nulidade e anulabilidade de atos administrativos*, nos exatos termos da norma contida no artigo 10, § 2º, inciso III, do Regimento Interno, devendo os autos serem remetidos definitivamente à suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e julgá-lo improcedente, a fim de declarar competente a 4ª Turma, integrante da 2ª Seção, para o exame do recurso subjacente, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Alda Basto, Nelton dos Santos (convocado para compor quórum), Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), Antonio Cedenho (convocado para compor quórum), Lucia Ursaia (convocada para compor quórum), Márcio Moraes, Baptista Pereira, André Nabarrete, Roberto Haddad e Cecília Marcondes.

São Paulo, 08 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo de competência suscitado entre os Desembargadores Federais Marli Ferreira (4ª Turma/2ª Seção) e Johonsom di Salvo (1ª Turma/1ª Seção), nos autos de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos opostos à monitoria proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos objetivando “a expedição do mandado de pagamento, inaudita altera parte, no valor de R\$ 155.800,00 (cento e cinquenta e cinco mil e oitocentos reais), correspondente à importância devida a título de multa contratual” (fl. 10).

Distribuído o recurso à 1ª Turma, verificou-se o declínio da competência em favor da 2ª Seção, sob os seguintes fundamentos (fl. 201):

Verifico que na verdade não se discute nos autos matéria de competência desta 1ª Seção.

Os Correios são empresa pública federal que desempenha *serviço público* que compete constitucionalmente à União Federal.

Destaco, ainda, que o contrato administrativo celebrado entre os Correios e a prestadora de serviço, não é de direito privado, tendo em vista que a contratação se deu por meio de licitação (fl. 57).

A questão prende-se ao art. 10, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, pelo que declino competência para a E. 2ª Seção, encaminhando-se os autos à UFOR a fim de que se retifique a autuação para constar a matéria correspondente a este feito e se proceda a sua redistribuição. Cumpra-se.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de maio de 2011.

Redistribuição automática para a 4ª Turma, relatora sorteada a ora suscitante, que assim se manifestou (fl. 203):

A hipótese dos autos é singela.

A ECT firmou com a empresa recorrente contrato para a prestação de serviços de climatização do complexo CTCE/Ribeirão Preto e REOP-SPI-04.

Em decorrência a ECT ajuizou a presente monitoria com o objetivo de cobrar R\$ 155.800,00 (cento e cinquenta e cinco mil e oitocentos reais) a título de penalidade pelo atraso injustificado na execução do contrato.

Destaco preliminar de conhecimento da matéria, vez que patente a incompetência desta 2ª Seção para decidi-la.

Com efeito, há inúmeros precedentes neste Tribunal fixando a competência da E. 1ª Seção para conhecimento e julgamento da hipótese dos autos.

O art. 10, § 1º, III, do Regimento Interno deste Tribunal afirma ser a Primeira Seção, a competente para o processamento e julgamento da matéria de direito privado, dentre outras.

Os precedentes se alinham de forma inafastável, e têm sido inclusive decididos monocraticamente CC nº 0030065.07.2010.4.03.0000/SP; CC nº 2005.03.99.004539-7; CC nº 2011.03.00.027935-0.

Ante o exposto, suscito o presente conflito negativo de competência perante o E. Órgão Especial desta Corte, nos termo do artigo 11, parágrafo único, “i”, do Regimento Interno do TRF 3ª Região.

Desta forma, determino a expedição de ofício à Presidência do Órgão Especial, encaminhando cópia da presente decisão e das principais peças dos autos, para as providências cabíveis.

Aguarde-se em Subsecretaria a deliberação do e. Relator do conflito.

São Paulo, 23 de maio de 2012.

Designado o juízo suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 205), sobreveio manifestação do Ministério Público Federal “pela procedência do conflito negativo de competência, com a restituição dos autos à E. 1ª Turma desse Colendo Tribunal Regional Federal” (fls. 213/216).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo entre Relatores de Seções diversas, cuja competência para processamento e julgamento é deste Colegiado, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra “i”, do Regimento Interno da Corte.

Origina-se, o dissídio provocado nos autos de reg. nº 0009209-65.2009.4.03.6108, da controvérsia sobre a competência para apreciar a apelação interposta contra sentença que rejeitou embargos monitórios opostos com o intuito de refrear a cobrança da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos de penalidade decorrente de atraso injustificado no término da obrigação contratual de “execução de serviços técnicos, com fornecimento de equipamentos e materiais, para instalação de sistemas de climatização nos ambientes das instalações do Complexo CTCE/Ribeirão Preto e REOP-SPI-04” (fl. 16).

Cumpra resolver, portanto, se o pleito da embargante encontra-se inserido na competência da 1ª Seção, consoante aventado pela Desembargadora Federal Marli Ferreira e manifestado ainda no parecer oferecido pela Procuradoria Regional da República, por envolver matéria de direito privado; ou se a demanda resume-se a debate acerca de tema de direito público, a determinar, assim entendido, para julgamento do recurso pendente, o encaminhamento do feito à 2ª Seção desta Corte, já que, como instado pelo Desembargador Federal Johnsonsom di Salvo, “o contrato administrativo celebrado entre os Correios e a prestadora de serviço, não é de direito privado, tendo em vista que a contratação se deu por meio de licitação”.

Embora já se tenha assentado, de fato, no âmbito deste Órgão Especial, na linha dos precedentes inclusive citados na decisão suscitante, primeiramente pelo colegiado (Conflito de Competência nº 2010.03.00.030065-5, rel. Desembargadora Federal Suzana Camargo, j. em 8.6.2011, unânime) e depois monocraticamente, à luz do permissivo disposto no parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil (Conflito de Competência 2011.03.00.013655-0, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, j. em 28.10.2011; Conflito de Competência 2011.03.00.027935-0, rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. em 11.11.2011), que “a discussão a respeito de descumprimento de cláusula contratual praticada por empresa que efetuou negócio jurídico com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT consiste em questão de índole contratual regida pelas regras de Direito Privado”, pelo que, por não se tratar “de hipótese de contrato administrativo, o que corrobora a tese de que se trata de questão disciplinada pelo Direito Privado”, “o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, inequivocamente, matéria de Direito Privado, conforme o que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, do Regimento Interno”, a hipótese dos autos difere desses casos.

Aqui, a questão competencial ganha contornos distintos justamente por não se estar diante dos reiterados questionamentos, como lá apresentados, relacionados às faturas inadimplidas atinentes à prestação de serviços postais pactuados com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas sim de relação jurídica sob roupagem totalmente diversa, decorrente da resistência à pretensão da própria EBCT em obter o pagamento, via mandado monitorio, de multa por descumprimento do prazo fixado para a conclusão dos serviços no contrato administrativo celebrado com a embargante, vitoriosa no “Pregão Eletrônico nº 001/2008, homologado por meio do Relatório de Homologação de 24/04/2008” (“CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA - DA LICITAÇÃO E SUBORDINAÇÃO LEGAL”, fl. 27), matéria circunscrita ao direito público, por excelência, e não ao direito privado.

De ver até mesmo que a controvérsia evidenciada nos embargos, para além da argumentação encetada no sentido do descabimento da sanção, acabou se voltando, em verdade, à discussão quanto ao valor da penalidade exigida, sob a perspectiva da aplicação, para a empresa embargante, de fórmula disposta na cláusula contratual 8.1.2.2, “h” - “multa de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) sobre a diferença entre o valor atualizado acumulado previsto e o valor atualizado acumulado realizado, caso esta diferença resulte em valor positivo, multi-

plicado pelo número de dias verificado entre a medição anterior e aquela em questão ou entre a primeira medição e a data de início dos serviços” (fl. 23) -, ao passo que na impugnação oferecida a EBCT esclareceu encontrar-se “calcada no artigo 86 da Lei 8.666/93 e na alínea ‘b’ do subitem 8.1.2.1 do Contrato” (fl. 151), a saber, “atraso na execução, considerando suas eventuais prorrogações, para os primeiros 15 (quinze) dias, e o dobro para os subseqüentes: 0,10% (um décimo por cento) sobre o valor global atualizado do Contrato, por dia que exceder ao prazo fixado” (fl. 22).

Já por ocasião do recurso de apelação, caso superado o pedido de “anulação da sentença em razão do manifesto cerceamento de defesa da Apelante, já que sequer houve análise das razões apresentadas pela apelante para redução do valor devido, uma vez que tal discussão é direito garantido em sede de embargos” (fl. 181), pugnou-se pela reforma da decisão de primeiro grau “para reconhecer que o valor devido pela apelada deve ser de R\$ 7.103,72 (sete mil cento e três reais e setenta e dois centavos), com base na aplicação do subitem 8.1.2.2, do contrato celebrado entre as partes” (fl. 182).

Do que se conclui que a análise do caso concreto passa pela verificação das cláusulas do contrato administrativo em questão, a infirmar eventual caráter de direito privado da lide formada.

A competência das Seções e das respectivas Turmas que as compõem é fixada em função da matéria e da natureza da relação litigiosa, acudindo, o texto do Regimento Interno do Tribunal, que à 1ª Seção cabe processar e julgar os feitos referentes à *matéria de direito privado* (art. 10, § 1º, inc. III), reservando à 2ª Seção, por outro lado, os processos relativos ao direito público, dentre outros, os que dizem respeito a *nulidade e anulabilidade de atos administrativos*, excetuadas, por óbvio, as questões atreladas às demais seções (art. 10, § 2º, inc. III).

Por isso que, à vista principalmente da constatação de estar em discussão, verdadeiramente, a viabilidade da correção de ato administrativo consistente na imposição de multa prevista contratualmente em razão do atraso no cumprimento de obrigação assumida submetida aos ditames da Lei 8.666/93, tema de cunho eminentemente administrativo, mais acertado é que os Relatores que integram as Turmas da 2ª Seção responsabilizem-se pelos feitos em situações como a presente, como se tem verificado com recursos assemelhados distribuídos nesta Corte, *in verbis*:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. MULTAS. PRELIMINARES DE CASSAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. 1. A autora não formulou pedido de antecipação dos efeitos da tutela, o que torna impossível a sua concessão. 2. Quanto à preliminar de extinção do feito sem apreciação do mérito, não assiste razão à União, uma vez que, ainda que tenha se esgotado o prazo de dois anos a que se refere a penalidade de proibição de licitar e contratar com o Poder Público, poderia a requerente ser prejudicada, em futuros e eventuais processos de licitação, com tal mácula em seus assentamentos. 3. A conduta da Administração Pública encontra-se em perfeita consonância com a legislação pertinente à matéria. 4. Dispõem os incisos II e IV do art. 58 da Lei nº 8.666/93 que, o regime jurídico dos contratos administrativos por ela instituídos confere à Administração, dentre outras, a prerrogativa de rescindi-los, unilateralmente, nas hipóteses do art. 79, I, bem como o de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. 5. Na forma do art. 79, I da mencionada lei, a rescisão do contrato poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos dos incisos I a XII e XVII do art. 78.

6. A própria requerente admite ter, por três meses, executado o contrato firmado de forma indevida, já que seus funcionários não efetuaram a limpeza quinzenal dos vidros, consoante contratado. 7. Tal inexecução enquadra-se no inciso I do art. 78 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual constitui motivo para a rescisão do contrato o não cumprimento de cláusulas contratuais. 8. No que tange às indenizações pleiteadas pela requerente, não merece prosperar a pretensão, uma vez que o § 2º do art. 79 da Lei de Licitações e Contratos é clara ao estabelecer que somente nos casos de rescisão com base nos incisos XII a XVII do mesmo artigo, sem que haja culpa do contratado, é que será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, o que não é o caso dos autos. 9. Quanto às sanções aplicadas, merece ser a sentença reformada no ponto referente à aplicação da penalidade de proibição de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de 2 anos, por ter sido aplicada consoante o disposto no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93. 10. Ademais, no que toca às multas contratuais aplicadas, a previsão para sua aplicação encontra-se no inciso II do citado artigo, dispondo o seu § 2º que “as sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”. 11. Nem se alegue ter havido cerceamento de defesa, uma vez que foi a requerente devidamente notificada de que seriam as penalidades aplicadas, bem como da sua efetiva aplicação. 12. Não cumpre ao Poder Judiciário avaliar a conveniência e oportunidade da Administração Pública na aplicação das sanções, mas tão somente a legalidade de tais atos. 13. Apelação da requerente a que se nega provimento e apelação da União a que se dá provimento.

(Apelação Cível 0000828-24.2002.4.03.6105, 3ª Turma, rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. em 16.7.2009)

ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRA - ATRASO NA ENTREGA - MULTA CONTRATUAL - PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - OBSERVÂNCIA - LAUDO TÉCNICO NÃO INFIRMADO. 1. Conforme se extrai da documentação acostada aos autos, foram respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, sendo incontestes a cientificação tempestiva da apelante acerca da aplicação da sanção contratual. 2. No caso vertente, a apelante não se desincumbiu do ônus de infirmar o laudo técnico apresentado em juízo. 3. Não se demonstrou, outrossim, a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em especial a ocorrência de fato que alterasse fundamentalmente as condições de trabalho. 4. Assim, conforme preceitua o artigo 86 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o contratante que injustificadamente se atrasa na execução da avença está sujeito a ser multado pela Administração, na forma e termos previstos no instrumento convocatório ou no contrato.

(Apelação Cível 0024116-27.2000.4.03.6119, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, j. em 30.9.2010)

AÇÃO ORDINÁRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES - INTERRUÇÃO DOS SERVIÇOS - NOTIFICAÇÃO COM ANTECEDÊNCIA INFERIOR À PREVISTA NOS CONTRATOS - INADIMPLENTO CONTRATUAL - MULTA. 1. Tendo renunciado à prova pericial, não pode a ré pretender que o magistrado manifeste-se sobre documentos cuja análise demandam conhecimentos técnicos. Esse é o caso das planilhas de custos da empresa, acostadas às fls. 92/93, com a qual pretendia a ré demonstrar ser errônea a forma de cálculo da multa imposta, argumento apresentado no item 6 da contestação. 2. Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que o magistrado tem esse poder se constatar que o acervo documental carreado aos autos possui força probatória suficiente para formar seu convencimento. 3. Quanto ao pedido de reforma, não há como se afastar a responsabilidade de empresa contratada tão somente porque o descumprimento alegado ocorreu após o período de vigência originariamente pactuado, mas dentro do prazo

de prorrogação. Isto porque, uma vez prorrogado o contrato, como efetivamente ocorreu, em vigor se encontravam todas as suas cláusulas e condições, impondo sua observância. 4. A notificação de interrupção dos serviços que a apelante fez à apelada não observou a antecedência de 90 dias, prevista no item 7.2 dos contratos de que tratam os autos. 5. A alta inflação do período, que a apelante alega ter-lhe acarretado insuportáveis prejuízos, era fato previsível aventado por ela pouco antes da prorrogação do contrato, não se podendo falar em força maior. 6. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 1201124-05.1994.4.03.6112, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Lazarano Neto, j. em 26.11.2009)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ECT. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. BENS DE CAPITAL. ALÍQUOTA REDUZIDA. RESOLUÇÃO CAMEX 21/2005. PRAZO CERTO E DETERMINADO. UTILIZAÇÃO EM CÁLCULO. PROPOSTA VENCEDORA. ASSINATURA CONTRATO. RETORNO À ALÍQUOTA ANTERIORMENTE PRATICADA. PREVISIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Inicialmente, cabe registrar que o recurso de apelação interposto deverá ser conhecido apenas em parte, pois, veicula, em suas razões, questões totalmente dissociadas do quanto decidido, inovando em parte a causa, quando trata de pedido que extrapola da pretensão deduzida na inicial e dos limites do julgamento conforme posto na lide. 2. De fato, o pedido subsidiário constante do apelo, qual seja, de expresso reconhecimento da experimentação de onerosidade excessiva pela apelante, para determinar que a parte *ex adversa* seja compelida ao pagamento da diferença correspondente à majoração do tributo discutido, não deve ser levado em conta, vez que não deduzido no momento oportuno, qual seja, quando da impetração do *mandamus*. 3. A ECT realizou licitação, do tipo menor preço, para a consecução de obra de modernização do sistema de ar condicionado central do edifício sede da diretoria Regional de São Paulo, consoante se depreende do edital, sagrando-se a ora apelante vencedora do certame, firmando contrato em 16 de maio de 2007. 4. Aduz a ora apelante que, para composição do preço vencedor da licitação, utilizou-se de alíquota referente ao Imposto de Importação dos equipamentos e maquinários no percentual de 2%, ou seja, a alíquota vigente à época, nos termos da Resolução nº 21 da Câmara de Comércio Exterior. Contudo, cessado o prazo de vigência da alíquota diferenciada, o tributo passou a ser exigido no percentual anterior de 14%. 5. Ora, a licitação foi ultimada em dezembro de 2006, sendo o contrato firmado em maio de 2007, e a alíquota reduzida com termo final previsto para 30.06.2007. Portanto, totalmente previsível o evento, sendo descabido pleitear a aplicação da teoria da imprevisão em face de evento com data certa para ocorrer. 6. Ainda que se considere que a impetrante, de fato, tenha se utilizado da alíquota vigente à época, para formulação da sua proposta comercial, esta assumiu o risco de tal cálculo, pois a validade da alíquota reduzida tinha termo previsto, não se podendo olvidar, ainda, que a modalidade da licitação era exatamente do tipo menor preço. 7. Ademais, não consta dos autos qualquer documento que comprove tenha a impetrante, de fato, se utilizado de tal percentual ou, ainda, que todas as demais licitantes tenham, da mesma forma, calculado sua proposta comercial utilizando-se da mesma alíquota de 2% sobre o imposto de importação das máquinas centrífugas necessárias à execução da obra prevista no edital de licitação. 8. Apelação a que se conhece em parte e, na parte conhecida, nega-se provimento.

(Apelação Cível 0029933-51.2008.4.03.6100, 3ª Turma, rel. Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, j. em 26.5.2011)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. BASE DE CÁLCULO. MULTA FIXADA COM BASE NO FATURAMENTO ESTIMADO NO CONTRATO.

VALOR REAL PERCEBIDO PELA CONTRATADA COMO CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO MUITO INFERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há falar em ausência de interesse de agir quando necessária a atuação da jurisdição para superar a resistência à pretensão da impetrante, sendo, em razão disso, necessária e útil a decisão judicial para o deslinde do conflito. 2. Quanto à questão prejudicial de mérito, relativa à decadência do direito de ajuizar o mandado de segurança, a impetrante foi notificada em 04.07.2008, da aplicação da penalidade, tendo apresentado defesa administrativa que restou indeferida em 31.07.2008. Ora, o objeto da impugnação administrativa não era o direito de a Administração punir a impetrante em face de descumprimento de obrigação contratual, aliás, esta reconhece a ocorrência do ilícito contratual, porém, a base de cálculo sobre a qual incidiria a multa e esta questão somente restou definida por meio do ato administrativo que decidiu a impugnação apresentada, ou seja, o ato coator é de 31.07.2008. Assim, considerando que o *writ* foi ajuizado em 24.11.2008 (fls. 2), não há falar em decadência do direito de impetração do *mandamus*. 3. Ademais, visando a impetração ordem judicial para que a base de cálculo da penalidade pecuniária seja o valor mensal do contrato e não os valores estimados no decorrer de sua execução, o que dobraria o valor da multa, tem-se que a índole da impetração é preventiva, restando afastado o prazo decadencial de cento e vinte dias. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Agresp nº 768.522 e REsp 854.009/MG). 4. Trata-se de mandado de segurança no qual a parte impetrante não discute a legalidade do ato em si, mas, apenas, pretende evitar a aplicação de multa por descumprimento de dever contratual com base no valor estimado e não efetivo de faturamento. 5. De fato, as provas colacionadas aos autos demonstram que a multa foi lançada com base no valor estimado do contrato, que não corresponde com a média de faturamento mensal percebida pela impetrante como contraprestação pelos serviços de reprografia que presta à impetrada, implicando valor excessivo e desarrazoado, conquanto o valor global real do contrato traduz aproximadamente um terço do valor tido como estimado no mesmo. 6. Embora a apelante alegue que o valor estimado alhures afirmado foi calculado tomando por base o valor de um contrato anual firmado com outra empresa, em 28.11.2005, restou demonstrado nos autos que a média mensal de faturamento do contrato firmado pela impetrante corresponde a R\$ 11.201,98, alcançando, até o final do contrato, o valor real global de R\$ 103.544,02, em total desconformidade com os valores estimados de R\$ 42.023,67 e R\$ 378.213,03, respectivamente mensal e global. 7. Ora, se de um lado a Administração se vale apenas dos serviços prestados para realizar o pagamento, desprezando, para tanto, as cópias que apresentem defeito e de cópias de testes, asseverando expressamente que não se obriga ao pagamento do valor total estimado naquela cláusula terceira, não pode, de outro lado, no momento de aplicar as penalidades previstas na cláusula décima quinta, fixar as multas administrativas com base naquele valor estimado do contrato, que se mostra muito superior ao efetivamente percebido pela contratada. Tal fato configuraria enriquecimento ilícito da impetrada, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. 8. Em suma, afastada a questão preliminar de falta de interesse de agir e a questão prejudicial de mérito, relativa à decadência, merece ser confirmada a sentença recorrida que concedeu a segurança postulada para o fim de determinar a aplicação das multas contratuais calculadas com base no valor real do faturamento decorrente do contrato e não com base no valor estimado. 9. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (Apelação Cível 0028823-17.2008.4.03.6100, 3ª Turma, rel. Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, j. em 22.7.2010)

No Colendo Superior Tribunal de Justiça o tratamento que se dá à questão também sucede o reconhecimento da competência das turmas responsáveis por processar e julgar os feitos relativos a *licitações e contratos administrativos e direito público em geral* (art. 9º, § 1º, incisos I e XIV, do Regimento Interno do STJ), no caso, lá, integrantes da 1ª Seção (AREsp 93145, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 6.2.2012; REsp 1213085, rel. Ministro Benedito

Gonçalves, DJe de 5.11.2010; REsp 445628, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 13.11.2008; AG 1083478, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 13.2.2009), merecendo transcrição o último *decisum* referido por conta da semelhança com o caso dos autos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.083.478 - GO (2008/0180425-1)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

AGRAVANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

ADVOGADO: MATIAS DE ARAÚJO NETO E OUTRO(S)

AGRAVADO: RB MOREIRA ENGENHARIA LTDA

ADVOGADO: ABDOM DE MORAIS CUNHA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 131, 458, II E 535, II DO CPC. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CO-NHECIDO PARA, DESDE LOGO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em demanda objetivando indenização por multa aplicada devido ao atraso em execução de contrato administrativo, deu parcial provimento à apelação e negou provimento ao recurso adesivo, decidindo, no que importa ao presente recurso, que “no que tange ao por que é devido o pagamento relativo ao 1º termo aditivo, a sentença não foi atacada em seus fundamentos, pelo que merece ser mantida” (fl. 35).

Opostos embargos de declaração (fls. 41-44), restaram rejeitados (fls. 45-48).

No recurso especial (fls. 51-66), fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, a recorrente aponta violação aos arts. 131, 458, II e 535, II do CPC, sustentando que (a) o acórdão não se pronunciou quanto à inexistência de obrigação de pagar quantia referente ao valor restante do 1º termo aditivo; (b) não houve exposição dos motivos que ensejaram o improvimento do apelo. Foram apresentadas contra-razões (fls. 67-69).

2. No que tange à nulidade do acórdão recorrido, é entendimento sedimentado o de não haver negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta (EDcl no AgRg no Ag 492969/RS, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, DJ de 14/02/2007; AgRg no Ag 776179/SP, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 12/02/2007; REsp 523659/MG, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 07/02/2007; AgRg no Ag 804538/SP, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ de 05/02/2007; REsp 688536/PA, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 18/12/2006). No caso, o Tribunal de origem, de forma fundamentada, emitiu juízo acerca do tópico relativo ao valor restante do 1º termo aditivo:

“... reduzida desta forma, a sentença é válida, sendo que os argumentos apresentados na apelação em nada a tocam.

Mesmo no mérito, nada foi dito na apelação que possa mudar a conclusão da sentença sobre a necessidade de pagamento do valor restante do 1º termo aditivo.

As razões quase se resumem à análise da demora na execução do contrato e sobre quem seria o responsável, fazendo-se seu histórico, o que diz respeito apenas a ser ou não devida a multa contratual, pedido já excluído no item I acima.

No que tange ao porque é devido o pagamento relativo ao 1º termo aditivo, a sentença não foi atacada em seus fundamentos, pelo que merece ser mantida” (fls. 34-35).

Desse modo, as alegações de ausência de fundamentação do acórdão refletem mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizados os vícios apontados. Ademais, “o julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados” (REsp 885454/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 28/02/2007).

3. Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial. Intime-se.

Brasília, 02 de fevereiro de 2009

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

Mais do que isso, a Corte Superior chegou a reconhecer expressamente que, pelo fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos utilizar-se de cláusulas exorbitantes para melhor resguardar os interesses da Administração, permitindo-se a alteração das condições de execução do contrato firmado ou até mesmo sua própria suspensão, ante a supremacia do interesse público envolvido no negócio, a natureza jurídica do vínculo estabelecido é de direito administrativo, nos termos seguintes:

ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. 1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços. 2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva. 3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida. 4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. 5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado. 6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. 7. Consoante o acórdão *a quo*, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes. 8. Recurso especial desprovido.

(Recurso Especial 527.137/PR, 1ª Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 31.5.2004)

A interpretação do Direito não veio sem amparo em ensinamento doutrinário, repercutindo para o ponto as conclusões tiradas por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Malheiros, 2004, p. 569), *ipsis verbis*:

(...) as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas

existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua “exorbitância” ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.

É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o “contrato” à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação “administrativo” aposta à palavra “contrato parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo”.

Da mesma forma, a orientação seguida em outras Cortes Regionais, direcionando-se os processos aos órgãos fracionários com atribuição para a matéria administrativa, segundo se observa dos arestos abaixo transcritos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE SEGURANÇA IMPETRADA CONTRA SANÇÕES APLICADAS POR ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA EG. 3ª SEÇÃO. RITRF - 1ª REGIÃO, ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 5º. 1. À luz do quanto disposto no parágrafo 5º do artigo 8º do Regimento Interno da Corte, “os feitos relativos a nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo, conforme parágrafos anteriores”. 2. Dizendo a ação mandamental com impugnação de ato administrativo determinante de aplicação de penalidade por suposto descumprimento de contrato administrativo, assim aplicação de multa e suspensão do direito de licitar com órgão da pública administração, competente para o julgamento dos recursos nela deduzidos é a eg. Terceira Seção do Tribunal 3. Conflito conhecido, declarada a competência da ilustre Suscitada. (TRF-1ª Região, Corte Especial, Conflito de Competência 2009.01.00.042263-0, rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 18.11.2011)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TURMAS ESPECIALIZADAS. MULTAS POR INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. TURMA DE MATÉRIA ADMINISTRATIVA. 1. “Conforme narrado pela própria impetrante na peça prefacial, há uma relação contratual de prestação de serviços de recebimento de documentos de arrecadação fiscal (DARF) entre ela e a Secretaria da Receita Federal (fl. 05). Destarte, constata-se a existência de um contrato administrativo, vale dizer, uma relação contratual entre um particular e um órgão da Administração Pública Indireta.” 2. “Como é cediço, o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos se traduz em regras próprias, eminentemente por normas de direito público, e não por preceitos do direito privado. Nesse diapasão, foi editada a Norma de Execução nº 15/93, estabelecendo a forma com que os contratantes deveriam proceder na prestação de serviços para aquele órgão do Poder Público, é, em se constatando falhas nos mesmos, regradando as sanções administrativas cabíveis em cada caso.” 3. “Na espécie, verifica-se que se trata de mera atuação do Estado no exercício de seu poder de polícia, estabelecendo sanções administrativas nas situações previstas pelo referido ato normativo.” 4. “De se concluir, portanto, que não há que se falar em matéria de índole tributária, visto que o cerne da questão aqui ventilada diz respeito à atuação de poder de polícia administrativa do Poder Público, traduzida pela aplicação de multas administrativas aos particulares, em determinados casos.” 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado. (TRF-2ª Região, Plenário, Conflito de Competência 2001.02.01.020805-7, rel. Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, DJU de 29.10.2009)

Por fim, cumpre destacar que este Órgão Especial, ao julgar, em 9 de dezembro de 2009,

o Conflito de Competência nº 0018634-44.2008.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Carlos Muta, dirimiu controvérsia em dissídio análogo guiando-se pela idêntica premissa de que “definida, pois, a natureza jurídica do contrato objeto do presente caso - contrato administrativo, de direito público - resta também, conseqüentemente, definida a competência das Turmas da 2ª Seção para processamento e julgamento do recurso interposto, nos termos do § 2º, do artigo 10, do Regimento Interno desta Corte”, ganhando a seguinte redação, a ementa do acórdão lavrado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TURMAS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES DESTA CORTE. OBJETO DA AÇÃO ORIGINÁRIA: CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA EM AEROPORTO FEDERAL. INFRAERO E EMPRESA PRIVADA. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO: DIREITO PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO NEGATIVO. 1. A ação originária versa sobre a concessão de uso de bem imóvel da União - aeroporto -, mediante contrato administrativo firmado entre a INFRAERO e empresa privada. 2. Remansosa a jurisprudência no sentido da natureza de direito público do contrato em questão, fixando a competência da 2ª Seção para apreciação da matéria. 3. Conflito negativo julgado procedente, declarada a competência da 3ª Turma desta Corte. 4. Precedentes do STJ e dos demais Tribunais Regionais Federais.

Dito isso tudo, por versar a demanda subjacente sobre cobrança de penalidade administrativa decorrente de descumprimento contratual com entidade que este próprio Órgão Especial já reconheceu como “empresa pública federal que presta serviço público, cuja manutenção é da competência da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, de sorte que, dada essa condição especial, a jurisprudência E. STF lhe reconheceu natureza distinta das empresas públicas comuns - constituídas para o exercício de atividade econômica e sujeitas a regime jurídico de direito privado, conforme previsão do art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF/1988 -, atribuindo-lhe caráter autárquico e equiparando-a à Fazenda Pública” (Conflito de Competência 0029627-78.2010.4.03.0000, rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. em 29.6.2011), a exigir, portanto, à verificação da razoabilidade da tese exposta nos embargos monitórios, o exame de circunstâncias distintas daquelas tomadas em consideração nos feitos costumeiramente distribuídos às turmas da 1ª Seção, conheço deste conflito para julgá-lo improcedente e declarar a competência da Egrégia 4ª Turma, integrante da 2ª Seção, para processar e julgar a apelação cível em questão, devendo os autos serem remetidos definitivamente à eminente Desembargadora Federal Marli Ferreira.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0017839-96.2012.4.03.0000

(2012.03.00.017839-1)

Suscitante: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP - QUARTA TURMA

Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI - QUINTA TURMA

Parte Autora: ALDO GUARDA

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: CC 14175

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2012

DECISÃO

Vistos.

1. À Subsecretaria de Registro e Informações Processuais - SRIP para correção da autuação do presente incidente, tendo em vista que o conflito foi suscitado em face do e. Desembargador Federal Luiz Stefanini na qualidade de integrante da 5ª Turma.

2. Cuida-se de conflito negativo de competência, em que figura como suscitante o e. Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, da 4ª Turma, e, suscitado, o e. Desembargador Federal Luiz Stefanini, da 5ª Turma deste tribunal, nos autos de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente medida cautelar incidental, ajuizada contra a União Federal objetivando suspender a exigibilidade dos valores de laudêmio e taxa de foro decorrentes do aforamento de imóvel situado no Município de Barueri/SP (loteamento Alphaville Residencial II).

O recurso foi distribuído inicialmente na 5ª Turma, onde se tornou relator por sucessão o e. Desembargador Federal Luiz Stefanini, que, entendendo cuidar-se de matéria de direito público, declinou da competência para a sua apreciação em favor da 2ª Seção, para a qual determinou a remessa dos autos.

Em seqüência, foi redistribuído o feito na 4ª Turma, da 2ª Seção, na qual veio a assumir a relatoria o e. Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, que, de seu turno, escorado em precedentes do E. Órgão Especial desta Corte, em que foi reconhecida a competência das Turmas da 1ª Seção para o julgamento da matéria objeto da apelação, suscitou o conflito de competência.

O presente incidente foi formado com cópia integral do feito originário, contendo as decisões e respectivas razões dos Magistrados conflitantes.

Dispensáveis as informações do e. Desembargador suscitado, ante a presença nos autos de todos os elementos necessários à resolução do Conflito.

Decido.

Observe, inicialmente, que o artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil autoriza o relator a decidir de plano o conflito de competência quando houver “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”, hipótese na qual se enquadra o caso em tela.

A questão posta nos autos refere-se à definição da competência para o processamento e julgamento de apelação em medida cautelar versando sobre a suspensão da exigibilidade de laudêmio e taxa de foro decorrente do aforamento de imóvel situado no Município de Barue-

ri/SP, recusada pelo e. Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, o suscitante, por entender tratar-se de matéria de direito privado e, portanto, de competência das Turmas que compõem a 1ª Seção, em consonância com a orientação adotada pelo Órgão Especial do Tribunal em diversos precedentes.

Razão assiste ao Magistrado suscitante.

Com efeito, o E. Órgão Especial desta Corte firmou entendimento no sentido de que as relações jurídicas envolvendo o instituto da enfiteuse e obrigações decorrentes se situam na esfera do Direito Privado, de competência das Turmas da 1ª Seção, consoante acórdãos assim ementados:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENFITEUSE. TAXAS DE FORO E LAUDÊMIO. NATUREZA JURÍDICA. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO.

I - O interesse que perpassa o instituto da enfiteuse é eminentemente particular, não obstante o envolvimento de ente público, caracterizando-se como relação de Direito Privado. Precedentes.

II - As taxas e o foro, decorrentes da enfiteuse são encargos de natureza civil, não tendo natureza jurídica tributária, não se lhe aplicando o Código Tributário Nacional, donde inexistir a competência da Segunda Seção desta E. Corte.

III - Conflito negativo de competência julgado procedente.

(CC 12755/SP, reg. nº 2011.03.00.005469-7, Rel. Desª. Federal Alda Basto, Órgão Especial, j. 11.05.2011, DJF3 02.06.2011)

CIVIL E PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - TERRENOS DE MARINHA - TAXA DE OCUPAÇÃO - NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA - COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

1. Os terrenos de marinha e seus acrescidos são bens da União (art. 20, VII, CF), que podem ser oferecidos a particulares para ocupação mediante o pagamento anual da taxa de ocupação (art. 127, DL 9.760/46).

2. A relação entre a União Federal e o particular, no caso, se submete às regras da enfiteuse (art. 49, § 3º, ADCT), instituto previsto no Código Civil de 1916, e que a essas regras ainda se submetem por força da disposição contida no artigo 2.038, do Código Civil em vigor.

3. A par de um regramento de Direito Administrativo aplicável à espécie, prepondera, no caso, as disposições de Direito Privado, tratando-se, portanto, de tema que se insere na competência da Primeira Seção, nos termos do art. 10, § 1º, III, “d”, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal.

4. Conflito negativo de competência procedente. Competência do Desembargador Federal Suscitado declarada.

(CC 12645/SP, reg. nº 2010.03.00.036979-5, Rel. Desª. Federal Ramza Tartuce, Órgão Especial, j. 11.05.2011, DJF3 17.05.2011)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MANDADO DE SEEGURANÇA. CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO ÚTIL DE BEM IMÓVEL PERTENCENTE À UNIÃO. ENFITEUSE. MATÉRIA DA 1ª SEÇÃO. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. AGRAVO DESPROVIDO.

O relator está autorizado a decidir monocraticamente conflitos de competência, cuja controvérsia tenha sido dirimida pelo Órgão Especial, por maioria. Desnecessidade de julgado unânime. Causa de pedir integrada por aplicação, ou não, da Portaria da Portaria 293/2007 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Alegada demora na conclusão do procedimento administrativo não restrita à suposta ineficiência da Administração.

“A observância das normas de Direito Administrativo face à existência do Poder Público em um dos pólos da relação jurídica, por si, não torna a relação típica de Direito Público” (Precedente 2010.03.00.027013-4/SP RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES). Agravo desprovido.

(CC 12752/SP, reg. nº 2011.03.00.005356-5, Rel. Des. Federal Baptista Pereira, Órgão Especial, j. 11.05.2011, DJF3 17.05.2011)

No mesmo sentido, ainda: CC 13000, reg nº 2011.03.00.016738-8, Rel. Des. Federal Carlos Muta, d. 28.06.2011, DJ 07.07.2011; CC 13002, reg nº 2011.03.00.016740-6, Rel. Des. Federal André Nabarrete, d. 24.06.2011, DJ 12.07.2011; CC 12563, reg nº 2010.03.00.031338-8, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 15.06.2011, DJ 28.06.2011; CC 12961, reg nº 2011.03.00.014079-6, Rel. Des. Federal André Nabarrete, d. 02.06.2011, DJ 15.06.2011; CC 12632, reg nº 2010.03.00.036021-4, Relª. Desª. Federal Marli Ferreira, d. 27.05.2011, DJ 09.06.2011; CC 12753, reg nº 2011.03.00.005357-7, Rel. Des. Federal André Nabarrete, d. 19.05.2011, DJ 06.06.2011; CC 12742, reg nº 2011.03.00.005085-0, Rel. Des. Federal Carlos Muta, d. 12.05.2011, DJ 01.06.2011; CC 12235, reg nº 2010.03.00.016710-4, Rel. Des. Federal Mairan Maia, d. 18.04.2011, DJ 02.05.2011; CC 12704, reg nº 2011.03.00.002094-8, Relª. Desª. Federal Therezinha Cazerta, d. 15.04.2011, DJ 16.05.2011.

Pelo exposto, julgo procedente o presente conflito de competência, com fulcro no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, declarando competente o e. Desembargador Federal Luiz Stefanini, da 5ª Turma deste Tribunal, o suscitado, para o processamento e julgamento do recurso.

Comunique-se e publique-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 13 de julho de 2012.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

- Sobre a competência da 1ª Seção deste Tribunal para julgamento das relações jurídicas envolvendo o instituto da enfiteuse e as obrigações decorrentes por situarem-se na esfera do Direito Privado, veja também o seguinte julgado: CC 0030772-72.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 108/315.

Direito Processual Penal



REVISÃO CRIMINAL
0093974-62.2006.4.03.0000
(2006.03.00.093974-2)

Requerente: ANDRÉ LUIZ MARQUES (réu preso)
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: RvC 547
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2012

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO. PENA. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DA SENTENÇA.

- Denúncia que, embora sucinta, descreve suficientemente os fatos imputados, não se verificando qualquer prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa. Alegações de inépcia da inicial acusatória rejeitadas. Precedentes do STJ.
- Condenação que tem esteio no conjunto probatório e que propicia versão acusatória logicamente oponível à tese defensiva, descabendo a revisão de critérios de julgamento em sede de revisão criminal. Precedentes da Seção.
- Devidamente fundamentada a pena aplicada e não encerrando erro técnico, também não se entrevendo quaisquer rasgos de injustiça explícita, igualmente neste ponto é de ser repelida a pretensão revisional. Precedente da Seção.
- Defensor dativo que, regularmente intimado, não está obrigado a interpor recurso contra sentença proferida. Aplicação do princípio da voluntariedade dos recursos e inteligência do artigo 574 do CPP. Precedentes do STJ.
- Intimação editalícia do revisionando acerca da sentença autorizada pelo artigo 392, VI, do CPP porquanto não encontrado no endereço por ele próprio fornecido, conforme certidão acostada aos autos, e edital que atende a todos os requisitos dos artigos 365 c. c. 370, “caput”, e 392, § 2º, do CPP. Alegações de nulidade repelidas.
- Revisão criminal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a revisão criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): André Luiz Marques ingressou com o presente pedido de revisão criminal noticiando condenação como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal a dois anos e um mês de reclusão e vinte e cinco dias-multa, requerendo a designação de defensor para análise do processo criminal, especialmente para arguição de nulidade por falta de sua intimação pessoal ou de defensor acerca da sentença proferida.

Foi designada defensora pública para assistir o requerente, que apresentou razões de revisão criminal alegando:

a) nulidade dos atos processuais posteriores à sentença porque desde esse momento ficou o ora revisionando indefeso, com inobservância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que em seu favor não foi apresentado qualquer recurso ou impugnação à sentença;

b) ter sido injustamente condenado com base em meras presunções, não havendo prova dos fatos imputados;

c) inépcia da denúncia que não enquadrava eventual conduta delitiva no dispositivo penal, não imputando ao ora revisionando qualquer fato delituoso, contando uma estória, sem narrar a conduta típica e o valor do suposto prejuízo ou ganho do requerente;

d) pena-base fixada com inobservância dos critérios do artigo 59 do Código Penal, gozando o peticionário de bons antecedentes, boa conduta, culpabilidade reduzida e boa personalidade, e sendo a pena-base graduada em um ano e três meses de reclusão sem justificativa para tanto;

e) incidência das atenuantes da confissão prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal e inominada - artigo 66 do Código Penal - alegando ter o requerente colaborado com a Justiça.

A procuradora regional da república oficiante no feito se manifestou pela improcedência da revisão criminal.

Por decisão do Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, que me antecedeu na relatoria do feito, foi indeferido liminarmente o pedido.

Interposto agravo regimental, foi provido pela Colenda Seção.

Certificada em 29.04.2010 a publicação do acórdão e efetuadas providências de intimação, seguiu-se a juntada de petição da defensoria pública e, em 29.11.2011, vindo os autos à conclusão e na mesma data proferido despacho deferindo o pedido de vista.

Recebidos os autos em 19.12.2011, em 23.01.2012 foi proferido despacho determinando providências em vista da impetração de “habeas corpus” perante o E. Superior Tribunal de Justiça, voltando conclusos em 24.01.2012.

Em 28.06.2012 a Presidência desta Corte encaminhou ao gabinete o Telegrama MCD5T 17471/2012 do E. Superior Tribunal de Justiça comunicando que o Ministro Aurélio Belizze proferiu decisão nos autos do referido “habeas corpus” concedendo a ordem para determinar o julgamento da presente revisão criminal no prazo de 60 (sessenta) dias.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Cuida-se de revisão criminal requerida por André Luiz Marques pretendendo a designação de defensor para análise do processo criminal, especialmente para argüição de nulidade por falta de sua intimação pessoal ou de defensor acerca da sentença proferida, tendo sido designada defensora pública para assisti-lo, que apresentou razões de revisão criminal alegando: a) nulidade dos atos processuais posteriores à sentença porque desde esse momento ficou o ora revisionando indefeso, com inobservância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que em seu favor não foi apresentado qualquer recurso ou impugnação à sentença; b) ter sido injustamente condenado com base em meras presunções, não havendo prova dos fatos imputados; c) inépcia da denúncia que não enquadrou eventual conduta delitiva no dispositivo penal, não imputando ao ora revisionando qualquer fato delituoso, contando uma estória, sem narrar a conduta típica e o valor do suposto prejuízo ou ganho do requerente; d) pena-base fixada com inobservância dos critérios do artigo 59 do Código Penal, gozando o peticionário de bons antecedentes, boa conduta, culpabilidade reduzida e boa personalidade, e sendo a pena-base graduada em um ano e três meses de reclusão sem justificativa para tanto; e) incidência das atenuantes da confissão prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal e inominada - artigo 66 do Código Penal - alegando ter o requerente colaborado com a Justiça.

Primeiramente aprecio as alegações de inépcia da denúncia.

O peticionário foi denunciado como incurso nos artigos 304 e 171 do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela inicial acusatória:

Consta do incluso inquérito que, entre o período compreendido entre maio e agosto de 1994, o indiciado ANDRÉ LUIZ MARQUES, qualificado às fls. 73, que fazia a contabilidade da empresa de João Ponze, deixou de recolher os valores que lhe eram enviados para quitar parcelas da previdência e apresentou ao seu cliente as guias de recolhimento de fls. 09/10, que continham falsas autenticações bancárias, conforme foi comprovado pela comunicação do Banco do Brasil, às fls. 17.

Diante do exposto, denuncio ANDRÉ LUIZ MARQUES, como incurso nos arts. 304 e 171 do C.P., em concurso formal, e requeiro seja devidamente processado.

Acerca dos requisitos legais da denúncia dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Observe que não é a extensão da inicial acusatória que determina ser ela ou não inepta, mas sim seu conteúdo, de sorte que, embora sucinta, a denúncia descreve suficientemente a

conduta imputada, narrando que o ora peticionário, na qualidade de responsável pela contabilidade da empresa de pessoa de nome João Ponze, deixou de realizar o recolhimento de valores devidos ao INSS, tendo apresentado ao seu cliente guias de recolhimento com autenticações bancárias falsas, anotando-se que os valores que teriam deixado de ser recolhidos estão mencionados nas guias de fls. 18/19 (fls. 09/10 em anterior numeração) às quais a denúncia faz referência, também mencionando a exordial a existência de comunicação encaminhada pelo Banco do Brasil (fl. 22 - fl. 17 em anterior numeração), com o seguinte teor:

1 - Com referência aos documentos anexos ao seu ofício (autenticações datadas de 18.08.94), informamos que os números das autenticadoras não pertencem a esta agência e a característica das autenticações é diferente dos padrões do Banco do Brasil; 2 - Com referência as autenticações datadas de 20.05.94, informamos que existe nesta agência autenticadora com o mesmo número. Mas na data em questão, não constam as autenticações citadas em seu ofício. Por oportuno, esclarecemos que o tipo de impressão de nossa autenticadora nº 00289 é diferente do constante nos documentos enviados, conforme pode ser observado na cópia anexa.

Verifica-se, portanto, que os valores que compõem a ilícita vantagem obtida em prejuízo alheio estão devidamente especificados, assim como o *modus operandi* empregado na consecução do delito, qual seja, utilização de autenticações bancárias falsas, pelo que se conclui que os fatos estão suficientemente descritos, não se verificando qualquer prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa.

Destaco os seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça de utilidade na questão:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. SÚMULA 07/STJ. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA 155/STF. NÃO ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

V. Peça acusatória que, embora sucinta, apresenta elementos mínimos necessários ao exercício da ampla defesa, eis que descreve, satisfatoriamente, as condutas delituosas, as circunstâncias de tempo e lugar, meio e modo de execução.

VI. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa.

VII. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, nos termos do voto do Relator. (STJ, REsp 1074672, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 01/03/2011, DJe 14/03/2011)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FURTOS QUALIFICADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIDO O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, descreve os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos que menciona, apontando, ainda, a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, além de subsídios aptos a configurar a materialidade delitiva de forma a permitir o exercício do direito de defesa.

2. *Habeas Corpus* denegado.

(STJ, HC 146406, Sexta Turma, Relator para Acórdão: Desembargador Convocado do TJ/CE, j. em 18/08/2012, DJe 15/08/2011)

Quanto à alegação de que a “inicial acusatória não imputou ao Acusado o fato típico previsto no art. 171 do Código Penal, ou seja, não enquadrando a suposta e eventual conduta delituosa praticada pelo Requerente no citado dispositivo penal” não merece acolhida, verificando-se da análise da inicial que o procurador da república oficiante no feito fez a capitulação nos artigos 304 e 171 do Código Penal, tendo o juiz sentenciante condenado o ora peticionário como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, convindo sublinhar que o Código de Processo Penal admite expressamente a “emendatio libelli”, conforme dispõe o artigo 383, “caput”:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

Observo, também, que a se pretender, com a alegação aduzida, que à conduta descrita faltasse tipicidade igualmente é de ser afastada a hipótese de inépcia da denúncia, narrando a exordial conduta de alguém que, incumbido de recolher valores ao INSS, não faz o recolhimento e apresenta guias falsas ao cliente, fato que encerra os elementos de obtenção de vantagem ilícita e da fraude, que em tese constitui delito que a denúncia enquadra como de uso de documento falso e estelionato em concurso formal e a sentença como crime único de estelionato qualificado, classificação por sua vez que não se demonstra contrariasse texto expresso da lei penal e sequer fosse prejudicial em face de outra mais favorável ao réu.

Rejeitadas as alegações de inépcia da denúncia, passo ao exame do decreto condenatório.

Conforme asseverado, a sentença é de condenação do requerente como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, destacando-se:

A materialidade delitiva restou comprovada pelos documentos acostados aos autos, quais sejam, os boletos bancários de fls. 14/15, o laudo de exame documentoscópico de fls. 69/70 e demais diligências realizadas no curso do inquérito policial, onde constam os elementos materiais que comprovam a prática delitiva, assim como pela prova testemunhal produzida em Juízo.

Para análise da autoria delitiva trago à colação as declarações prestadas pelo acusado e pelas testemunhas ouvidas em audiência.

Em Juízo, o réu declarou (fls. 131/132) que:

“Nega a acusação que lhe é feita porque os fatos se deram de outra forma. Na verdade, deixou de recolher as parcelas mensais devidas a Previdência de mais ou menos duas dezenas de clientes seus que lhe antecipavam o dinheiro para pagamento. Porém, quando a fiscalização do INSS ficou por quase seis meses no seu escritório de contabilidade todos os débitos foram levantados e objeto de parcelamentos que honrou a todos vendendo os seus objetos pessoais. No seu escritório deixou de pagar as guias mas não falsificou as guias de pagamento do Banco do Brasil que figuram no processo porque deixou de recolher as contribuições, mas não falsificou nenhuma das guias, pois em seu escritório com doze funcionários pode ser que alguém tenha falsificado mas não era de seu conhecimento.

Uma vez quitados os parcelamentos os clientes retiraram a contabilidade de seu escritório e passaram os serviços para duas ex-funcionárias suas ambas de nome Vanessa, sendo que a primeira não recorda o nome e a segunda chama-se Vanessa Sofientino, com escritório no

final da Rua Luiz da Cunha na confluência com a avenida Antonio e Helena Zerrenner, fundadores da Companhia Antarctica. Na verdade João Ponze, quando a fiscalização esteve no escritório chegou a fazer reuniões com outros clientes para tratar dos parcelamentos o que significava verdadeira humilhação porque ficava sem condições de reagir em face das ameaças que recebia. Aliás, João Ponze quando tirou a contabilidade do escritório chegou a levar duas máquinas de escrever sob a alegação de que era para garantir o pagamento das últimas parcelas de seu financiamento. Nada fez para ter as máquinas de volta porque já estava no fim do escritório e não suportava mais a situação. João Ponze responde a um processo na Justiça Estadual por falsificação de guias do IPVA e se falsificou essas guias porque não teria as outras e tentado responsabilizar a mim. Na verdade é que o escritório de João Ponze ficava na Martinico Prado e ele freqüentava meu escritório diariamente e inclusive pegavas as pastas de sua contabilidade. Esteve preso recentemente, durante quinze dias na cidade de Franca - SP por estelionato e na cidade de Dumont-SP ficou seis meses presos na condição de depositário infiel porque não tinha dinheiro para pagar advogado. As guias do parcelamento eram remetidas diretamente para as empresas e eu comparecia nos seus endereços e dava o dinheiro para o pagamento das guias”.

João Ponze (fls. 142/144), testemunha arrolada pela acusação, afirmou que:

“tomou conhecimento de que as contribuições previdenciárias não estavam sendo recolhidas desde 1982, 1986, até 1994, quando o fiscal de contribuições previdenciárias contatou-o por telefone informando-lhe sobre a ausência de recolhimento tanto da sociedade unipessoal João Ponze quanto da Tarumã Auto Escola Ltda. Em seguida, o réu André Luiz, após o trabalho de auditoria da fiscalização do INSS, se propôs a fazer parcelamento tanto dos débitos de suas empresas quanto dos débitos de outras empresas, num número aproximado de trinta, e de fato fez os parcelamentos, assumindo pagamento das parcelas que no caso de suas empresas conseguiu pagar mais ou menos doze parcelas de cada um dos parcelamentos. Não pode afirmar se em relação aos demais parcelamentos o réu conseguiu quitar alguma parcela. De fato quando o caso chegou ao conhecimento dos clientes do escritório foram feitas várias reuniões na sede do escritório entre estes, e o seu, sempre acompanhado de seu advogado, cujo nome não sabe informar, mas se apresentou como tal e era quem mais falava. Nestas reuniões surgiram algumas idéias de como as empresas conseguirem o dinheiro para pagar a dívida perante o INSS, entre elas a de um bingo que não prosperou e outra de assumirem o escritório de contabilidade com o que não concordou o réu. O desvio do dinheiro que remetia para o pagamento das contribuições previdenciárias, tanto de suas empresas quanto das demais envolvidas, não era todo mês, ora deixava de quitar as parcelas das contribuições de suas empresas ora de outrem empresas, porém as guias com autenticação daqueles meses se encontravam nas pastas de documentos de várias empresas. Não sabe informar qual era o mecanismo de falsificação das guias, mas o funcionário do escritório de nome William chegou a declarar, perante a autoridade policial, que se surpreendia porque no final da tarde deixava as guias preenchidas sobre a sua mesa e na manhã seguinte constatava que as guias estavam autenticadas. Nas tratativas que manteve com o réu este deu-lhe uma máquina elétrica Facit, como parte de pagamento. Não é verdade que tenha destrutado o réu em seu escritório, apesar de estar nervoso e indignado. Nestas reuniões todos estavam indignados, aconteceram xingamentos contra o réu, mas em nenhuma ocasião aconteceu qualquer espécie de agressão física. É bem verdade que alguns clientes receberam do réu alguns bens como parte do pagamento, recorda-se que uma papelaria levou o telefone, duas mesas, inclusive a Vanessa, que atualmente tem escritório de contabilidade fez uma sociedade com o firma de ferro velho cujo nome deve ser Valdeci, e levou móveis e equipamentos do escritório, também como pagamento. Nas reuniões que aconteceram no escritório, o réu, em mais de uma ocasião, disse ‘eu fiz, estou errado, vou assumir tudo e vou pagar’, tendo inclusive assinado declaração em conjunto como José Aparecido Marques de que pagaria todo o débito. Como os pagamentos foram honrados até em torno da 12ª parcela, em razão das guias falsas o INSS rompeu unilateralmente o parcelamento, tendo o depoente firmado parcelamento com

o INSS em quinze prestações que continua pagando até hoje, segundo as suas possibilidades, pois como o valor do débito está em torno de R\$ 1.200,00 o INSS não fez novo parcelamento, porém como não tem interesse administrativo no ajuizamento de execução, tem tolerado o pagamento segundo os valores que tem conseguido pagar. O réu sempre foi um bom profissional, competente, portanto acha que talvez a ambição, mulheres bonitas, 'porque era com ele mesmo', o tenha levado ao descaminho. Hoje ao encontrar com o réu e com o seu irmão José Aparecido, não conteve a indignação e acabou dizendo 'vocês desgraçaram a minha vida', mas não ameaçou e não foi ameaçado por eles. Reperguntas: Reconhece como sendo sua a assinatura no documento constante de fls. 26 e 27 e acrescenta que o documento foi firmado dentro do escritório. Quando das reuniões no ano de 1994, o réu dizia 'eu errei, vou assumir tudo', até então ninguém sabia da existência de guias falsas que só começara a aparecer em 1995, com o trabalho do fiscal, Sr. João Manoel, e quando o INSS apreendeu as guias da João Ponze e da Tarumã já foi com o seu novo contador Sr. Shieda, da Contabilidade Shieda. Nestas reuniões o réu dizia 'eu errei, eu vou assumir tudo', mas em nenhuma ocasião o réu declarou que teria falsificado as guias. *O funcionário William levava para o deoente o dinheiro correspondente ao pagamento das guias parceladas. As outras guias, que mais tarde se constatou falsas, eram retiradas diretamente no INSS e nestas guias constam as assinaturas do William e do Sr. André Luiz na via do INSS para em seguida providenciar o pagamento.* O Sr. William trabalha junto com Dona Vanessa escritório desta, porém não sabe informar se ele é sócio do escritório de contabilidade. Nunca respondeu a processo criminal por falsificação de documento em seus 25 anos de profissão. Porém, é verdade que foi ouvido no 2º ou 3º Distrito Policial em inquérito que apura a falsificação de guias de duas multas de trânsito que foram quitadas pelo escritório”.

As testemunhas de defesa, ouvidas a fls. 151/152, nada acrescentaram aos fatos narrados na denúncia, limitando-se a atestar a idoneidade do réu e a situação crítica em que se encontrava, tendo que vender seus bens para pagar dívidas.

Por fim, foi ouvido o fiscal do INSS Manoel Rodrigues Moreira (fls. 158/159) responsável pela apreensão das guias falsificadas, o qual afirmou que:

“Em 1989 o depoente alertado por um contador de um outro escritório de contabilidade, que havia recebido um cliente cuja contabilidade era feita pelo escritório do réu, diligenciou e de fato constatou que, como de hábito, o escritório de André Luiz arrecadava o dinheiro de sua clientela porém não o repassava para a Previdência. A partir desse primeiro levantamento fiscal, ficou claro para o depoente que André Luiz estava se apropriando desse dinheiro, tanto é verdade que em certa ocasião chegou a correr atrás do depoente em plena rua para pedir-lhe que tivesse paciência porque ele tinha mesmo se apropriado do dinheiro, mas pretendia se compor com todos os seus clientes e parcelas os débitos perante a Previdência. De fato André Luiz compôs-se com muitos com muitos de seus clientes que pediram parcelamentos que foram deferidos e realmente na Previdência os servidores da arrecadação sabiam que aquelas guias de recolhimento seriam na verdade quitadas por André Luiz. Em decorrência deste fato, a Previdência passou a auditar todas as guias de recolhimento de empresas cuja contabilidade era feita pelo escritório de André Luiz e, *os bancos em vários casos informaram que a autenticação constante da guia não tinha sido feita pelas máquinas autenticadoras da agência.* Em face disso, várias auditorias foram realizadas em outras empresas com contabilidade feita por André Luiz, constatando-se o mesmo quadro. Não sabe informar se a Previdência Social desdobrou as suas diligências para chegar à origem da máquina ou das máquinas que produziam as identificações falsas, porém o depoente esteve uma vez na Delegacia de Polícia Federal para prestar declarações num inquérito policial. Não chegou a participar de nenhum reunião no escritório de André Luiz onde estivessem presentes clientes seus, porém no INSS era sabido por ele, que estas questões chegaram a acontecer. A impressão do depoente é que o réu fez uso do dinheiro irresponsavelmente, porque quando ninguém tinha camioneta zero quilômetro, ele tinha, e mais outros três carros zero quilômetros na garagem. Acrescenta que essas informações chegaram ao INSS por meio de queixa de empregadores que faziam a con-

tabilidade com André Luiz, porque, quando desejavam pleitear um benefício previdenciário, descobriam que os recolhimentos não haviam sido feitos. A sua postura foi eminentemente profissional, porque não tem razões para gostar ou desgostar do acusado, com quem teve pouco contato, porque apenas deu início a este trabalho. Reperguntas: *Na época, parte das guias de parcelamento já eram processadas pelo Banco do Brasil e neste caso remetidas via correio para o endereço da empresa. Outra parte era preenchida pelo próprio serviço de arrecadação do INSS e neste caso, normalmente, eram entregues em mãos nos balcões de atendimento da Previdência para funcionários dos escritórios que usualmente têm procuração arquivadas no INSS.* Não participou da apuração interna do INSS e nem das declarações prestadas ao INSS pelo Sr. João Ponze. As guias foram apreendidas na Auto Escola de João Ponze após dirigirem-se até o escritório do Chieda Emm, mas estava claro que este não estava envolvido porque se referia a período anterior à auditoria geral que foi realizada no escritório por quatro colegas do depoente, Sr. Eurípedes Barsanufi Ferreira, Sr^a. Maria Lúcia Del’Lama e Sr^a. Clarinda Maria de Jesus, que inclusive realizou apreensões em outras empresas numa fase posterior, na fase de apreensão das vias das guias do parcelamento que se deu quase um ANP após a auditoria geral. Não se recorda quais os períodos de vencimento das guias apreendidas. Não tem conhecimento se o Sr. João Ponze possuía débitos anteriores perante a Previdência Social. Os documentos de fls. 52/57 são guias de parcelamento processadas pelo Banco do Brasil, da mesma forma os documentos de fls. 14/15.”

Pela leitura dos depoimentos acima transcritos constata-se, sobretudo em face da coerência dos fatos narrados, que o réu, objetivando eximir-se do pagamento devido ao Sr. João Ponze, falsificou a autenticação bancária das guias do INSS, causando prejuízo não apenas ao Sr. João Ponze, que está pagando o débito, mas também ao INSS, o qual pretendeu induzir em erro com a apresentação de guias com autenticações bancárias falsas. Não restam dúvidas de que o pagamento do parcelamento vinha sendo feito pelo réu, num primeiro momento repassando o dinheiro ao sr. João Ponze e, posteriormente, se encarregando de efetuar o pagamento das guias diretamente, ocasião em que surgiram as guias com autenticações falsas. Caracterizada, assim, a autoria do delito.

Basta uma simples leitura da sentença para afastar de pronto a alegação de que o requerente foi condenado com base em meras presunções.

No caso o juiz sentenciante concluiu pela comprovação da materialidade do delito mediante documentos e laudo pericial e da autoria pela prova oral produzida.

O magistrado “a quo” concluiu estar devidamente comprovada a materialidade em vista dos documentos acostados aos autos da ação penal, mormente os boletos bancários de fls. 14/15 e laudo de exame documentoscópico de fls. 69/70, segundo o qual “com base nos confrontos do material padrão com o questionado, os Peritos concluem que as impressões contidas nas fitas detalhe e as impressões referentes à autenticação mecânica nas guias foram produzidas por *caracteres diferentes*, permitindo afirmar que não partiram da mesma máquina autenticadora” e a autoria “pela leitura dos depoimentos acima transcritos constata-se, sobretudo em face da coerência dos fatos narrados, que o réu, objetivando eximir-se do pagamento devido ao Sr. João Ponze, falsificou a autenticação bancária das guias do INSS, causando prejuízo não apenas ao Sr. João Ponze, que está pagando o débito, mas também ao INSS, o qual pretendeu induzir em erro com a apresentação de guias com autenticações bancárias falsas.”

Digno de nota, quanto à autoria, que se reportou o juiz sentenciante às declarações das testemunhas de acusação ouvidas em juízo - João Ponze, que à época dos fatos havia contratado os serviços de contabilidade do ora peticionário, e Manoel Rodrigues Moreira, fiscal do INSS responsável pela apreensão das guias falsificadas - que são convergentes no sentido de

que o requerente deixou de recolher valores que lhe foram entregues por clientes para quitar suas obrigações perante a autarquia federal e que foram utilizadas guias com autenticações bancárias falsificadas.

Nota-se, de conseguinte, que o decreto condenatório está devidamente fundamentado e alicerçado em elementos probatórios produzidos, não se entrevendo contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.

Provas evidentemente não faltaram e propiciavam versão acusatória logicamente oponível à tese defensiva.

No mais trata-se dos critérios de julgamento, que descabe examinar em sede de revisão criminal, não se podendo pretender que referida ação de impugnação tenha o mesmo âmbito de abrangência do recurso de apelação, afinal o Código de Processo Penal, em seu artigo 621, delineia de forma expressa as hipóteses de cabimento do pedido revisional, nenhuma das quais possibilitando reexame de juízo de valoração da prova produzida.

Neste sentido a jurisprudência desta E. Primeira Seção:

PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA EM QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP.

1. A revisão criminal não tem a natureza de apelação, não se presta a reparar injustiças, e não tem cabimento para sustentar que a análise da prova e a interpretação e a aplicação da lei, embora racionais, não foram as melhores.
2. Não cabe revisão criminal que vise a mera reapreciação do mérito, como mais um meio de impugnação ordinário, sem se basear em novos elementos de prova, em erro quanto a fato processual (existência ou ausência de determinado documento), *verbi gratia*, ou na manifesta colidência com a lei ou com a prova dos autos.
3. A alegação de insuficiência de prova para a condenação não corresponde à de manifesta contrariedade ao corpo de evidências ou à absoluta ausência de provas, de sorte que tampouco rende ensejo à revisão criminal.
4. Revisão Criminal improcedente.

(TRF3, RVC 0034487-59.2009.4.03.0000, Primeira Seção, Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, j. 05/08/2010, DJF3 CJ1 27/10/2010).

PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. REEXAME DE MATÉRIA JÁ DISCUTIDA. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRELIMINARMENTE RECHAÇADA A PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL FALTA DE INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DE JÁ TER SIDO CONCEDIDO TAL PEDIDO ANTERIORMENTE. REVISÃO CRIMINAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

A Revisão Criminal não é a sede adequada para a reapreciação do conjunto probatório, pela repetição de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva.

A revisão criminal não tem a natureza de apelação, já que se apresenta como verdadeira ação rescisória do julgado, não se prestando ao mero reexame de provas, já analisadas no juízo de conhecimento e, eventualmente, em segundo grau.

(TRF3, RVC 200703000641411, Primeira Seção, Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DJF3 CJ1 DATA: 13/08/2010 PÁGINA: 87)

Com relação às penas, foram nestes termos aplicadas pelo juiz sentenciante:

Fixo a pena-base, nos termos dos artigos 59 e 60 do Código Penal, em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, acima do mínimo legal, em razão da reprovabilidade de suas condutas, uma vez que se valeu, desde o início, da confiança que as empresas depositaram em seu trabalho e, após todo o procedimento delituoso ter sido descoberto e dada nova oportunidade para reparar seu dano, tornou a delinquir falsificando as guias de pagamento do tributo. Além disso, embora seja tecnicamente primário, ostenta maus antecedentes criminais, consoante demonstram as folhas de antecedentes e certidões criminais (fls. 180/184; 188/190 e 192/205), possuindo, destarte, conduta social repreensível e personalidade voltada para a prática de crimes. Assim, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente recomendam a necessidade de fixação da pena-base privativa de liberdade em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal a fim de que haja suficiente reprovação do injusto por ele cometido. Outrossim, incide no caso a circunstância agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea *g*, do Código Penal, pois houve evidente violação a dever inerente a profissão, pelo que é de se agravar a pena em 1/4 (um quarto), de sorte que fica majorada para 18,75 (dezoito vírgula setenta e cinco) meses e 18,75 (dezoito vírgula setenta e cinco) dias-multa. Por fim, é de se aplicar na hipótese a causa de aumento de pena prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal, em razão do crime ter sido cometido em detrimento de autarquia federal de previdência social (Súmula nº 24 do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena-base majorada em mais 1/3 (um terço), totalizando 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva, visto que não ocorrem outras causas de aumento ou de diminuição de pena.

Cada dia-multa fixado na condenação corresponderá a um décimo do valor do salário-mínimo mensal vigente na época dos fatos, considerando que verifico no réu capacidade econômica para suportar o ônus da condenação. O valor da multa será atualizado a partir da data do fato. A teor dos artigos 33, § 3º e 59, ambos do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto (CP, art. 33, § 2º, *c*), visto que as circunstâncias judiciais não recomendam regime mais severo, devendo ser observado o disposto no artigo 36, *caput*, do mesmo diploma legal.

Não obstante as circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na fixação da pena-base, não entrevejo motivos que impossibilitem a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos insertos no artigo 44 do Código Penal, razão pela qual opero a mencionada substituição pelas seguintes restritivas de direito: a) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, na forma do artigo 46 e seus parágrafos, em entidade ou estabelecimento a ser designado quando da execução desta sentença; b) proibição de frequentar bares, casas noturnas e similares após as 22h00 (vinte e duas horas). Em ambos os casos, a duração das penas restritivas de direito será aquela prevista no artigo 55 do Código Penal, com a redação conferida pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Verifica-se que as penas foram fixadas de maneira devidamente fundamentada, obedecendo aos critérios legais, não encerrando erro técnico e também não se entrevendo quaisquer rasgos de injustiça explícita, assim igualmente neste ponto devendo ser repelida a pretensão revisional.

A propósito cito também o seguinte julgado da E. Primeira Seção:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO COERENTE COM AS PROVAS COLIGIDAS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE DE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE LEI NOVA MAIS BENEFÍCA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

II - Não há qualquer incoerência entre a decisão que condenou o réu e o conjunto probatório apurado nos autos. Tanto a sentença condenatória, como o Acórdão que a confirmou apreciaram, detalhadamente, as provas produzidas contra o réu.

III - A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo Juízo para avaliação das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso. Vale dizer que o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

IV - O Juízo monocrático fixou a pena base acima do mínimo legal em virtude de o réu ter praticado o delito no gozo do benefício da suspensão condicional de outro processo, fato denotativo de sua má personalidade. Não há, portanto, que se pretender em sede revisional a redução da pena para o mínimo legal.

V - A aplicação da majorante do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 foi expressamente fundamentada pela decisão que condenou o réu. Não há qualquer nulidade na dosimetria da pena por falta de fundamentação.

VI - A aplicação da lei nova na parte favorável ao réu cabe ao Juízo da Execução.

VII - Vedação à progressão de regime afastada, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF.

VIII - Revisão criminal parcialmente procedente para afastar a vedação à progressão de regime. (grifei)

(REVISÃO CRIMINAL Nº 0000106-59.2008.4.03.0000/SP, RELATORA Desembargadora Federal CECILIA MELLO, D.E. Publicado em 17/10/2011)

No caso, considerou o juiz desfavoráveis ao requerente as circunstâncias de cometimento do delito com quebra da confiança que lhe fora depositada pela vítima João Ponze, que entregou ao peticionário os valores que deveriam ser repassados ao INSS, e o fato de que mesmo após ter sido descoberto o ilícito o revisionando tornou a delinquir, falsificando guias de recolhimento, também tendo o magistrado considerado as inúmeras folhas de antecedentes e certidões criminais a revelar “conduta social repreensível e personalidade voltada para a prática de crimes”.

Depreende-se, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal de forma fundamentada, não se patenteando na sentença contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, cuidando-se de avaliação feita pelo magistrado em atenção às peculiaridades do caso concreto e dentro dos parâmetros legais.

Anoto ainda a propósito que, ao contrário do que alega a defensoria pública nas razões apresentadas, a circunstância da “conseqüência danosa” - que alega ser elementar do tipo e que, por isso, não autorizaria a exasperação da pena - não foi avaliada desfavoravelmente na sentença.

Também alega a defensoria pública incidência das atenuantes da confissão prevista no artigo 65, inciso III, do Código Penal e inominada - artigo 66 do Código Penal - ao argumento de que o requerente colaborou com a Justiça.

Para melhor compreensão da questão destaco o seguinte excerto do interrogatório:

Nega a acusação que lhe é feita porque os fatos se deram de outra forma. Na verdade, deixou de recolher as parcelas mensais devidas a Previdência de mais ou menos duas dezenas de clientes seus que lhe antecipavam o dinheiro para pagamento. Porém, quando a fiscalização do INSS ficou por quase seis meses no seu escritório de contabilidade todos os débitos foram levantados e objeto de parcelamentos que honrou a todos vendendo os seus objetos pessoais. No seu escritório deixou de pagar as guias mas não falsificou as guias de pagamento do Banco do

Brasil que figuram no processo porque deixou de recolher as contribuições, mas não falsificou nenhuma das guias, pois em seu escritório com doze funcionários pode ser que alguém tenha falsificado mas não era de seu conhecimento.

Uma vez quitados os parcelamentos os clientes retiraram a contabilidade de seu escritório e passaram os serviços para duas ex-funcionárias suas ambas de nome Vanessa, sendo que a primeira não recorda o nome e a segunda chama-se Vanessa Sofientino, com escritório no final da Rua Luiz da Cunha na confluência com a avenida Antonio e Helena Zerrenner, fundadores da Companhia Antártica. Na verdade João Ponze, quando a fiscalização esteve no escritório chegou a fazer reuniões com outros clientes para tratar dos parcelamentos o que significava verdadeira humilhação porque ficava sem condições de reagir em face das ameaças que recebia. Aliás, João Ponze quando tirou a contabilidade do escritório chegou a levar duas máquinas de escrever sob a alegação de que era para garantir o pagamento das últimas parcelas de seu financiamento. Nada fez para ter as máquinas de volta porque já estava no fim do escritório e não suportava mais a situação. João Ponze responde a um processo na Justiça Estadual por falsificação de guias do IPVA e se falsificou essas guias porque não teria as outras e tentado responsabilizar a mim. Na verdade é que o escritório de João Ponze ficava na Martinico Prado e ele freqüentava meu escritório diariamente e inclusive pegava as pastas de sua contabilidade. Esteve preso recentemente, durante quinze dias na cidade de Franca-SP por estelionato e na cidade de Dumont - SP ficou seis meses presos na condição de depositário infiel porque não tinha dinheiro para pagar advogado. As guias do parcelamento eram remetidas diretamente para as empresas e eu comparecia nos seus endereços e dava o dinheiro para o pagamento das guias.

Observa-se que o ora peticionário admitiu que deixou de recolher as parcelas mensais devidas à Previdência de diversos clientes, mas quanto às falsificações das autenticações bancárias o que se verifica no interrogatório em juízo é que o revisionando aduziu que no escritório havia doze funcionários e que algum deles poderia ter realizado as falsificações mas que não era de seu conhecimento, ainda alegando que João Ponze teria sido processado perante a Justiça Estadual por falsificação de guias de IPVA, neste quadro concluindo-se que se trata de confissão qualificada que não é apta a ensejar a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

Neste sentido:

*HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ORDEM DENEGADA. 1. A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal. De qualquer forma, a versão dos fatos apresentados pelo ora Paciente sequer foram utilizados para embasar a sua condenação, uma vez que restou refutada pela prova oral colhida no processo. 2. *In casu*, o Paciente confessou ter atirado contra os policiais para se defender, negando, assim, o *animus necandi*. 3. Ordem denegada. (STJ, HC 129278, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJE DATA: 25/05/2009)*

Pelos mesmos fundamentos acima expostos fica afastada a alegação de incidência de atenuante inominada ao argumento de que o revisionando colaborou com a Justiça.

Em que pese as razões de revisão criminal não mencionem a agravante e a causa de aumento aplicadas, consigno que a agravante do artigo 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal (“são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o

crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] g) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão”) está respaldada na circunstância de que o requerente praticou o delito valendo-se de sua condição de contador e a causa de aumento do artigo 171, § 3º, do Código Penal, foi aplicada por ter sido o delito cometido em detrimento da autarquia federal.

Restam, ainda, as alegações de nulidade dos atos processuais posteriores à sentença, aduzidas ao argumento de que desde esse momento teria ficado o ora revisionando indefeso, com inobservância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, uma vez que em seu favor não foi apresentado qualquer recurso ou impugnação à sentença e também ao fundamento de falta de intimação pessoal do peticionário ou do defensor acerca da sentença proferida.

Uma primeira consideração a ser feita é que objeto de revisão criminal é a sentença de condenação.

Com efeito, dispõe o artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal que “a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”, destacando-se que o Código faz menção à “sentença condenatória”, pelo que não ficariam abrangidos os atos processuais praticados após o decreto condenatório ou após o acórdão confirmando-o ou reformando-o.

Assim, o artigo 626 do Código de Processo Penal que dispõe que “julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou *anular o processo*” (grifo nosso) deve ser interpretado à luz do disposto no excogitado artigo 621.

Existe, porém, a possibilidade de concessão de “habeas corpus” de ofício, neste caso pondo-se questão da competência para julgamento, uma vez que, nos termos do artigo 178 do Regimento Interno desta Corte, “os ‘habeas corpus’ de competência originária do Tribunal serão processados e julgados pelas Turmas especializadas em matéria penal”, ao passo que o artigo 221 estabelece que “o Plenário procederá a revisão das suas decisões criminais condenatórias, incumbindo à Primeira Seção rever as suas próprias decisões, bem como as das suas Turmas e os julgados de primeiro grau”.

Não obstante, considerando que no caso em exame também foram suscitadas outras questões cabíveis em sede de revisão criminal - já examinadas - e tendo em vista a existência de precedente da Seção em que foi admitido o conhecimento de alegação de natureza análoga - no caso, de nulidade do processo por ausência de intimação da defesa técnica acerca da sentença - (RVC 0014447-56.2009.4.03.0000, j. em 19/11/2009, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães), delibero conhecer do pedido.

Sustenta a defensoria pública ocorrência de nulidade “uma vez que o acusado não foi efetivamente defendido por advogado, ou seja, em seu favor não foi apresentado qualquer recurso ou impugnação à r. sentença”.

Não merece acolhida a alegação suscitada.

Com efeito, verifica-se da análise dos autos que, intimado pessoalmente da sentença (fl. 222), o defensor dativo não apresentou recurso contra a decisão, que transitou em julgado, mas à luz do princípio da voluntariedade dos recursos, consagrado no artigo 574 do Código de Processo Penal, o defensor regularmente intimado não está obrigado a recorrer. Neste

sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a título ilustrativo destacando-se os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO E QUADRILHA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR PÚBLICO. APELAÇÃO. TRANSCURSO *IN ALBIS* DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE RECORRER. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE.

4. De outra parte, a jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, em face da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, *caput*, do Código de Processo Penal, não está obrigado o defensor público ou dativo, devidamente intimado, a recorrer.

5. Portanto, aquele que não recorre, no prazo previsto pela lei, mostra conformismo com a sentença e perde a oportunidade de obter sua reforma ou nulidade.

6. Recurso improvido.

(STJ, RHC 22218, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 29/09/2008, DJe 13/10/2008)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR DATIVO. APELAÇÃO. TRANSCURSO *IN ALBIS* DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE RECORRER. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE.

1. A não-interposição do recurso de apelação pela defesa, devidamente intimada, não gera nulidade, em face do princípio da voluntariedade, insculpido no artigo 574, *caput*, do Código de Processo Penal.

2. Portanto, aquele que não recorre, no prazo previsto pela lei, mostra conformismo com a sentença e perde a oportunidade de obter sua reforma ou nulidade.

3. *Habeas corpus* denegado.”

(STJ, HC 33215, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 02/09/2008, DJe 22/09/2008)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE PROCESSUAL. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA EXTRAJUDICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VERIFICAÇÃO QUE PRESCINDE DA ANÁLISE PROFUNDA DAS PROVAS. POSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DEFENSOR PÚBLICO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

3. Conforme compreensão desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de atuação de defensor público ou dativo, vigora o princípio da voluntariedade dos recursos, resultando daí que a falta de interposição de apelo em ataque à decisão contrária aos interesses do réu, por si só, não acarreta nulidade.

4. Não é de falar em deficiência da defesa técnica se foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, revelando os autos que a defensora pública, embora tenha optado por não recorrer, apresentou alegações preliminares, compareceu à audiência e formulou alegações finais.

5. Recurso parcialmente provido.

(STJ, RHC 15349, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 18/03/2008, DJe 14/04/2008)

HABEAS CORPUS. RECURSO DE APELAÇÃO. ACÓRDÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. INTIMAÇÃO TAMBÉM DO RÉU. NULIDADE INOCORRENTE.

OBRIGATORIEDADE DE RECORRER. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE.

Estando a causa no término da fase ordinária, onde os expedientes recursais vindouros não dispõem de efeito suspensivo, a determinação do recolhimento é mera exigência da condenação, não cabendo a idéia de motivação quanto ao decreto de prisão.

Segundo a orientação desta Corte, o defensor dativo tem de ser intimado pessoalmente do acórdão, mas em relação ao réu, ao contrário, não se exige tal comunicação.

Em fase de recurso, o princípio regente é o da voluntariedade, segundo o qual o defensor interpõe o apelo na medida de sua conveniência e oportunidade.

Ordem denegada.

(STJ, HC 28842, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 16/03/2004, DJ 12/04/2004)

Destarte, o fato de não ter sido o decreto condenatório impugnado pelo defensor dativo não configura violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pelo que fica rejeitada a alegação.

Analiso, por fim, as alegações feitas de próprio punho pelo requerente de nulidade por falta de sua intimação pessoal ou de defensor acerca da sentença proferida, quanto ao cabimento do pedido reportando-me às mesmas considerações feitas anteriormente.

Inicialmente faz-se necessário um breve relato sobre a seqüência dos atos processuais praticados.

Recebida a denúncia em 15.01.1999, o juiz designou audiência para realização do interrogatório em 09.03.1999 e determinou a citação do ora revisionando (fl. 104), que não foi localizado, conforme certidão de fl. 114vº, seguindo-se manifestação ministerial requerendo a citação por edital (fl. 116), pedido que foi dado por prejudicado ante informação prestada nos autos em 19.02.1999 no sentido de que o requerente encontrava-se detido na cadeia pública de Franca/SP, determinando o magistrado a expedição de carta precatória (fl. 117).

Em vista de nova informação prestada em 25.02.1999 de que o revisionando havia sido solto em 24.02.1999, deixando como endereços possíveis de localizá-lo a Av. Maria de Jesus Condeixas, nº 882, e a Rua Ceres Abujanra, nº 114, na cidade de Ribeirão Preto/SP, o juiz reconsiderou o despacho, designou o dia 13.04.1999 para interrogatório e determinou a citação do peticionário (fl. 118), que não foi encontrado nos endereços fornecidos, conforme certidão de fl. 130 vº.

Na data designada, compareceu o requerente - suprimindo a ausência de citação - que na ocasião indicou ter advogado constituído (fls. 131/132), que posteriormente apresentou defesa prévia (fls. 135/136). Da audiência saíram intimados o revisionando e seu advogado da designação do dia 11.05.1999 para realização de audiência para oitiva das testemunhas.

A audiência foi redesignada para o dia 19.05.1999, tendo sido devidamente intimados o acusado e seu defensor (fl. 139 vº), que compareceram ao ato, ocasião em que foi ouvida a testemunha João Ponze, tendo sido designada nova audiência para o dia 03.08.1999 para oitiva das testemunhas de defesa, saindo intimadas as partes (fls. 141/144).

À audiência realizada em 03.08.1999 não compareceu o revisionando, constando da ata que seu advogado informou que o mesmo se encontrava preso na cadeia pública local (fl. 150).

Foi designada audiência para oitiva da testemunha Manoel Rodrigues Moreira para o dia 29.09.1999 (fl. 155), tendo o acusado sido intimado no endereço fornecido por ocasião do interrogatório judicial (fl. 156 vº) e comparecido ao ato processual (fl. 157).

Posteriormente, o advogado constituído renunciou ao mandato (fl. 165), pelo que o juiz determinou a intimação pessoal do acusado para constituir novo defensor, cientificando-lhe da possibilidade de nomeação de defensor dativo na hipótese de quedar-se silente (fl. 166).

Expedido o mandado de intimação, o revisionando não foi localizado no endereço por ele fornecido no interrogatório, constando da certidão de fl. 170: “certifico e dou fé que em cumprimento à ordem constante do presente mandado, diligenciei, por três vezes, 13, 14 e 17 de abril p. passados, à Rua Feres Abujamra, nº 114 - Adão do Carmo Leonel - nesta - sendo atendida, nas duas primeiras diligências, pelo irmão do réu, Sr. José Aparecido Marques e, na terceira diligência, pela mãe do intimando, Sra. Ana Marques. Esclareço que, em todas as diligências efetuadas, o irmão e a mãe do réu acima designados, declararam que o mesmo não se encontrava no local e não possuía data e horário previsível para lá ser encontrado, sem fornecer qualquer indicação de outro endereço, ou telefone de contato, que facilitasse o acesso ao intimando. Observo, ainda, que desde a primeira diligência deixei meus telefones para contato, inclusive designando data de 18 de abril último, no horário das 11:00 às 19:00 horas, para possível encontro pessoal com o réu neste prédio da Justiça Federal (Central de Mandados), em dia de plantão desta servidora. [...]”.

Em vista da certidão supramencionada, o magistrado nomeou defensor dativo (fl. 172), que apresentou alegações finais.

Proferida sentença (fls. 207/217), seguiu-se sua publicação em 12.12.2000 (fl. 218), tendo sido o peticionário intimado por edital (fl. 220) e o defensor dativo pessoalmente (fl. 222 vº).

A sentença transitou em julgado para o Ministério Público Federal em 21.02.2001 e para a defesa em 25.06.2001 (fl. 224).

Diante do acima relatado, verifica-se que o revisionando foi intimado acerca da sentença por edital porque estava em local incerto e não sabido, já que não fora encontrado no endereço por ele próprio fornecido no interrogatório, tendo a oficial de justiça comparecido ao local em três dias distintos sem lograr êxito e sem receber da mãe e do irmão do requerente que lhe atenderam qualquer informação sobre seu paradeiro, conforme certidão de fl. 170, anotando-se que o artigo 392, inciso VI, do Código de Processo Penal autoriza a intimação editalícia em tal hipótese. Confira-se:

Art. 392. A intimação da sentença será feita: [...]

VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça. [...]

Consigno ainda que o edital de fl. 220 atende a todos os requisitos legais dos artigos 365 c.c. 370, “caput”, do Código de Processo Penal, “in verbis”:

Art. 365. O edital de citação indicará:

I - o nome do juiz que a determinar;

II - o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;

III - o fim para que é feita a citação;

IV - o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer;

V - o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação.

Parágrafo único. O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publi-

cado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação.

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996) [...]

Também houve observância na expedição do edital ao prazo de noventa dias estabelecido pelo § 1º do artigo 392 do CPP para as hipóteses de fixação de pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano.

Registro ainda que a notícia de 03.08.1999 prestada pelo advogado em audiência de que o requerente estava preso restou superada uma vez que o mesmo compareceu na audiência realizada no dia 29.09.1999. E não há informação precisa nos autos de que na data da publicação da sentença o revisionando estivesse preso. O que há é registro em folha de antecedentes de cumprimento de mandado de prisão em 18.10.1999, ou seja, *mais de um ano* antes de publicado o “decisum”, em 12.12.00.

Ressalvo, por oportuno, que a súmula 351 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “é nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição”, refere-se tão somente à citação, vale dizer, somente há a obrigatoriedade de expedição de ofícios a autoridades do sistema prisional para fins de localização do acusado antes da expedição de edital quando se tratar de realização de citação, ato processual que dá ciência da existência da persecução penal e que, por sua natureza, justifica a realização de tais diligências, o mesmo não se aplicando às intimações.

Com efeito, não é razoável esperar que o magistrado retarde o processo com diligências infundáveis para localizar acusado que já sabe da imputação que lhe é feita, já forneceu endereço nos autos, mas não foi encontrado por oficial de justiça no local em mais de uma data (no caso, três), de sorte que caberia a ele - ciente da existência do processo - informar ao Juízo novo endereço no qual pudesse ser encontrado.

É de interesse na questão excerto do voto do Ministro Relator do HC 15.273/PR, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

A alegada nulidade da intimação editalícia não resulta de bases seguras. Inadmissível requerer do Juiz condutor retarde o andamento natural do processo para o fim de usar à exaustão de diligências possíveis para localizar o réu, quando, comprovadamente, as já realizadas davam conta do seu destino incerto e não sabido. Por essa razão, a forma de chamamento via edital se mostrou não só a única cabível, mas também a única eficiente, sobretudo porque familiares do Paciente declararam seu paradeiro incerto, tornando o conteúdo da certificação fundamento hábil à proposição da forma entabulada.

Também merecem destaque os seguintes precedentes do C. STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE A CONSTRANGIMENTO (ARTIGOS 214, COMBINADO COM O ARTIGO 224, ALÍNEA “A”, E 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, E NO ARTIGO 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). ALEGADA NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO RECORRENTE POR EDITAL ACERCA DA

SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOTIFICAÇÃO FICTA QUE TERIA SIDO IMPLEMENTADA ANTES DE SE TENTAR LOCALIZAR O RÉU. EXISTÊNCIA DE TENTATIVAS PRÉVIAS DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. RECORRENTE QUE TINHA CIÊNCIA DA PROLAÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO EM SEU DESFAVOR, E MANTEVE CONTATO COM SEU ADVOGADO, QUE INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O acusado que respondeu solto ao processo, ainda que possua defensor constituído, deve ser intimado pessoalmente da condenação, sob pena de nulidade por violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes do STJ e do STF.

2. Consoante o disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal, as intimações devem seguir o mesmo modelo usado para as citações, ou seja, devem proceder-se por mandado, quando o réu estiver sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado (artigo 351 da Lei Processual Penal), por precatória, quando estiver fora do território da jurisdição do juiz processante (artigo 353 do mencionado diploma legal), ou por edital, quando não for encontrado (artigo 361 da legislação processual penal).

2. Contudo, para que as intimações do acusado sejam feitas por edital não se impõe o mesmo rigor exigido para a realização da citação ficta, uma vez que já há contra ele processo instaurado, ou seja, o réu já tem ciência da existência da ação penal contra si deflagrada, pressupondo-se, assim, que a acompanhe, sempre informando ao Juízo onde pode ser encontrado.

3. Na hipótese em apreço, o magistrado de origem determinou a intimação do recorrente no endereço por ele próprio fornecido nos autos, não tendo a oficial de justiça logrado êxito em notificá-lo apenas porque, tendo ciência da existência de mandado de prisão em seu desfavor por conta da sentença condenatória contra ele proferida, viajou, sem data para retorno, conforme certificado nos autos.

4. Assim, não se pode afirmar que o Juízo singular tenha ordenado a intimação do recorrente por edital sem que tenha buscado localizá-lo, uma vez que houve, sim, a prévia tentativa de sua cientificação pessoal acerca da sentença condenatória, que só fracassou porque ele não foi encontrado em sua residência nas três oportunidades em que lá esteve a servidora responsável pela implementação do ato.

5. Ademais, ainda que assim não fosse, há que se ressaltar que, atualmente, até mesmo em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida, não tendo os causídicos responsáveis pela defesa do recorrente logrado demonstrar os danos que teriam sido por ele suportados com a implementação de sua notificação por meio de edital, já que ele teve ciência da prolação do édito repressivo, tanto que viajou para não ser preso, período durante o qual manteve contato com seu advogado, que estava adotando as medidas legais pertinentes para tentar revogar o mandado prisão contra ele expedido, tendo sido interposto, ainda, recurso de apelação em seu favor, o qual foi parcialmente provido para reduzir as reprimendas que lhe foram impostas.

6. Recurso improvido.

(STJ, RHC 31277, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 13/12/2011, DJe 01/02/2012, grifo nosso)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER, EM CONCURSO MATERIAL. CONDENAÇÃO. PENA: 24 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. NULIDADES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU REVEL QUE NÃO FOI LOCALIZADO DURANTE TODO O PROCESSO. ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO. INTIMAÇÃO EFETUADA POR EDITAL. REALIZAÇÃO DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU

QUE APENAS FOI CAPTURADO APÓS O DECURSO DE QUASE 1 ANO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não há nulidade na intimação da sentença condenatória realizada via edital, se o réu foi suficientemente procurado e não veio a ser encontrado nos locais indicados. Precedentes.

.....
5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

(STJ, HC 96231, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho)

CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA. NULIDADE INEXISTENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA DESCARACTERIZADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

A intimação da sentença penal condenatória faz-se necessária tanto ao defensor público nomeado pelo juiz, quanto ao réu.

Inexiste nulidade do art. 564, II, "o", do CPP quando comprovada a intimação pessoal do defensor e a intimação por edital do condenado que não foi encontrado nos endereços declinados. Para decretação de nulidade no processo penal, necessário demonstrar o prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ordem denegada.

(STJ, HC 25.364/RR, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 03/02/2004)

Destarte, havendo a intimação pessoal do defensor dativo e procedida regularmente a intimação por edital do acusado, fica rejeitada a alegação de nulidade aduzida.

Por estes fundamentos, julgo improcedente o pedido revisional.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL

0024837-51.2010.4.03.0000

(2010.03.00.024837-2)

Agravante: LUIZ FERNANDO COSTA (réu preso)

Agravada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AgExPe 324

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2012

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL: ACESSO DO APENADO À INTERNET. CURSO A DISTÂNCIA. PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. FALTA DE CONDIÇÕES.

I - Para viabilizar o pleito do agravante de acesso à internet para fazer curso a distância, a Penitenciária Federal deverá contratar um profissional de informática para que controle e limite o acesso do preso apenas ao conteúdo do curso ministrado. Além disso, o laboratório deverá ser equipado com instrumentos de segurança e implantado com planejamento de logística e pessoal adequados para garantir a ordem na Penitenciária Federal, que abriga apenas detentos de alta periculosidade. E mais. Para viabilizar a concessão da medida, o estabelecimento prisional deve estar apto a fornecer as mesmas condições de acesso educação, para todos os detentos o que, por ora, ainda não é possível.

II - O acesso dos presos de alta periculosidade à internet é completamente inviável, tendo em vista as próprias condições do regime que cumprem a pena, em presídio de segurança máxima.

III - O acesso à internet permitiria que o preso se comunicasse livremente com qualquer pessoa, de forma a continuar a comandar ou interagir com organização criminosa fora do presídio e determinar o cometimento de delitos.

IV - Não se considera absoluto qualquer direito ou garantia individual, sob pena de haver o perecimento de outro (ou outros) mais relevante. O direito à segurança também é previsto como direito fundamental no art. 5º da Constituição Federal.

V - Mesmo que o laboratório, de informática seja definitivamente implantado na Penitenciária Federal, ainda assim o acesso de Luiz Fernando Costa à rede mundial de computadores deverá ser negado. Para possibilitar a realização do curso, o agravante deverá solicitar à instituição de ensino que encaminhe as aulas por meio de gravação, de forma que não haja necessidade de acesso à internet. Eventuais exercícios e materiais de estudo também podem ser fornecidos da mesma forma. Somente assim seria viável a realização do curso, sem prejuízo à segurança pública e ofensa ao direito do agravante à profissionalização.

VI - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao

recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de agravo em execução penal interposto por Luiz Fernando Costa, vulgo “Fernandinho Beira-Mar”, que cumpre pena na Penitenciária Federal em Campo Grande/MS, contra a decisão de fl. 23, proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara de Campo Grande/MS - Execuções Penais Federais -, que indeferiu o pedido formulado pelo agravante de acesso à internet, pelo prazo de três horas por semana, durante dois anos, com o objetivo de frequentar, pelo método de ensino à distância, o curso de gestão financeira da Universidade Católica Dom Bosco.

A decisão impugnada está assim vazada:

Trata-se de requerimento do apenado LUIZ FERNANDO DA COSTA para frequentar, pelo método de ensino à distância, o Curso de Gestão Financeira, da Universidade Católica Dom Bosco. Solicita, para tanto, o acesso à internet pelo prazo de 3 (três) horas por semana, durante 2 (dois) anos. O Diretor do PFCG prestou informações às fls. 1916/1917. O Ministério Público Federal pugnou pelo indeferimento do pedido fls. 1919/1923, em razão da falta estrutura do PFCG e pela proibição do acesso a qualquer meio de telecomunicação nos estabelecimentos prisionais.

O Diretor do Presídio Federal de Campo Grande/MS, informou que foram destinados, pela Coordenação Geral de Tratamento Penitenciário/DEPEN, doze computadores ao estabelecimento penal, que ainda não estão instalados. Aduziu que não existe, ainda, ambiente físico e estrutura técnica para atendimento da solicitação do interno.

Verifico, portanto, que, neste momento, não há possibilidade de deferimento do pedido, uma vez que o laboratório de informática ainda está em fase de implementação. Deste modo, no presente caso tem-se que é impossível proporcionar ao preso acesso à educação e ao mesmo tempo manter a rígida segurança, inerente ao sistema penitenciário federal.

Assim sendo, INDEFIRO o pedido do reeducando LUIZ FERNANDO DA COSTA de estudo pelo método de ensino à distância de fls. 1900/1907.

Int. Ciência ao MPF.

Inconformada, a defesa interpôs o presente agravo em execução penal.

Em suas razões, reitera o pedido formulado ao juízo *a quo*, alegando, em síntese, que o preso tem direito ao ensino dentro da penitenciária e que a educação contribui para a ressocialização do condenado.

Aduz ainda que a penitenciária federal deve criar os meios para que o agravante tenha acesso à internet e possa frequentar o curso superior.

Contrarrrazões pelo MPF às fls. 41/48.

Recebido e processado o recurso, os autos vieram a este Eg. Tribunal.

O MPF, em seu parecer de fls. 51/52, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O recurso não merece ser provido.

Colho dos autos que o diretor da Penitenciária Federal em Campo Grande/MS informou que o referido estabelecimento prisional ainda não terminou a implantação do laboratório de informática, espaço que atenderia a esta demanda e à realização de eventos outros que visem alcançar o maior número de presos.

Consta, a propósito, que os computadores já foram adquiridos pela administração pública.

Todavia, segundo informou o diretor da penitenciária, no momento, não há meios disponíveis para o deferimento da medida pleiteada pelo agravante.

Conforme proclamado no parecer ministerial, para viabilizar o pleito do agravante, a Penitenciária Federal deverá contratar um profissional de informática para que controle e limite o acesso do preso apenas ao conteúdo do curso ministrado.

Além disso, o laboratório deverá ser equipado com instrumentos de segurança e implantado com planejamento de logística e pessoal adequados para garantir a ordem na Penitenciária Federal, que abriga apenas detentos de alta periculosidade. E mais. Para viabilizar a concessão da medida, o estabelecimento prisional deve estar apto a fornecer as mesmas condições de acesso educação, para todos os detentos o que, por ora, ainda não é possível.

Como se vê, a operacionalização da demanda do agravante não é tão simples.

Por fim, o acesso dos presos de alta periculosidade à internet é completamente inviável, tendo em vista as próprias condições do regime que cumprem a pena, em presídio de segurança máxima.

O acesso à internet permitiria que o preso se comunicasse livremente com qualquer pessoa, de forma a continuar a comandar ou interagir com organização criminosa fora do presídio e determinar o cometimento de delitos.

Oportuna a lição de Guilherme de Souza Nucci, *verbis*:

Em nosso ponto de vista, não há possibilidade de se considerar absoluto qualquer direito ou garantia individual, sob pena de haver o perecimento de outro (ou outros) mais relevante. O direito à segurança também é previsto como direito funda mental no art. 5º da Constituição Federal, motivo pelo qual é altamente improvável que se consiga manter a inviolabilidade de correspondência e, ao mesmo tempo a segurança do presídio e da sociedade. Constitui decorrência natural da perda da liberdade a restrição à intimidade. Por isso, como já defendemos anteriormente (ver o capítulo referente às provas quando tratamos da busca e apreensão de cartas), cremos possível - e plenamente justificável - a violação de correspondência de presos. No âmbito federal, preceitua o art. 100, § 1º, do Decreto 6.049/2007 que “é livre a correspondência, condicionada a sua expedição e recepção às normas de segurança e disciplina do estabelecimento penal federal”. Evidente se torna o controle estatal sobre o conteúdo das correspondências dos presos (*in Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 4ª ed, RT, pg. 994).

Portanto, mesmo que o laboratório, de informática seja definitivamente implantado na Penitenciária Federal, ainda assim o acesso de Luiz Fernando Costa à rede mundial de computadores deverá ser negado.

Para possibilitar a realização do curso, o agravante deverá solicitar à instituição de ensino que encaminhe as aulas por meio de gravação, de forma que não haja necessidade de acesso à internet. Eventuais exercícios e materiais de estudo também podem ser fornecidos da mesma forma. Somente assim seria viável a realização do curso, sem prejuízo à segurança pública e ofensa ao direito do agravante à profissionalização.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

Direito Tributário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0702909-77.1994.4.03.6106

(98.03.103036-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: RIO PRETO AUTOMÓVEL CLUBE

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: ApelReex 449605

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA AMADORISTA - ART. 2º DA LEI Nº 5.939/73. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. SENTENÇA REFORMADA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DO INSS PROVIDAS.

I - O direito à substituição da contribuição patronal geral pela contribuição prevista no art. 2º da Lei nº 5.939/73 exige que a sociedade desportiva não profissional comprove: 1) tratar-se de entidade integrante obrigatória do Sistema Desportivo Nacional, organizada sob a forma comunitária, conforme disposto na Lei nº 6.251/75, art. 2º e no Decreto nº 77.210/76; e 2) manter a prática de pelo menos três modalidades de esportes olímpicos, com participação oficial em cada uma dessas modalidades com auferimento de renda, comprovação que deverá ser reiterada anualmente, nos termos do parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 77.210/76. Precedentes jurisprudenciais. II - Na espécie, ainda que a apelada tenha provado a sua filiação às Federações Paulista de Judô, Natação, *Volleyball* e *Basketball*, não se desincumbiu do ônus da prova dos demais requisitos (art. 333, I, CPC), razão pela qual não faz jus ao benefício fiscal estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 5.939/73.

III - Sentença reformada. Remessa oficial e apelação do INSS providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, DECIDE a colenda Turma A do Projeto Mutirão “Judiciário em Dia” do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por votação unânime, dar provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2012.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, nos

autos da ação anulatória de débito fiscal movida por RIO PRETO AUTOMÓVEL CLUBE, contra a sentença de fls. 134/138, que julgou procedente o pedido para anular a NFLD impugnada, condenando o réu no pagamento da verba honorária, arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Submeteu a r. sentença ao reexame necessário.

A fls. 142/148, o INSS interpôs apelação, alegando, em síntese, a legitimidade da cobrança, pugnando pela reforma da r. sentença, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Com contrarrazões (fls. 150/155), os autos subiram a esta Corte.

Dispensada a revisão, por tratar-se de matéria predominante de direito, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

A presente demanda objetiva anular os débitos constituídos na CDA nº 31.411.214-6 (fls. 83/85), decorrentes da não aceitação pela fiscalização do enquadramento da autora no regime de responsabilidade tributária previsto no art. 2º da Lei nº 5.939/73.

A Lei nº 5.939/73 dispõe em seu art. 2º:

LEI Nº 5.939 - DE 19 DE NOVEMBRO DE 1973 - DOU DE 21/11/73 - Revogada

Revogada pela Lei nº 9.528, DE 10/12/1997

Dispõe sobre a concessão de benefícios pelo INPS ao jogador profissional de futebol, e dá outras providências.

Art. 2º Em substituição à contribuição empresarial prevista no item III, do artigo 69, da Lei nº 3.807, 26 de agosto de 1960, incidirá sobre a renda líquida dos espetáculos realizados em todo o território nacional entre associações desportivas, uma percentagem de cinco por cento devida pelos clubes como contribuição previdenciária, global e exclusiva, e que será recolhida diretamente ao Instituto Nacional de Previdência Social pela Federação promotora da partida, até quarenta e oito horas após a realização do espetáculo.

§ 1º As associações desportivas, que mantenham departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos, estão incluídas no regime deste artigo.

§ 2º Os clubes de futebol profissional e as associações desportivas estão obrigados ao recolhimento das contribuições descontadas de seus empregados, atletas ou não, e do prêmio do Seguro de Acidentes de Trabalho.

§ 3º As federações promotoras de jogos serão responsáveis, individualmente, pelo recolhimento da contribuição a que se refere este artigo, respondendo as Confederações respectivas, subsidiariamente, pela inobservância das presentes disposições.

De acordo com o Decreto nº 77.210/76, que regulamentou a Lei nº 5.939/73:

DECRETO Nº 77.210 - DE 20 DE FEVEREIRO DE 1976 - DOU DE 23/2/76 - Revogado
Revogado pelo Decreto nº 3048, DE 06/05/1999

Regulamenta a Lei nº 5.939, de 19 de novembro de 1973, que dispõe sobre a concessão de benefícios pelo Instituto Nacional de Previdência Social ao jogador profissional de futebol, e dá outras providências.

Art. 2º Considera-se associação desportiva a entidade integrante obrigatória do Sistema Desportivo Nacional, organizada sob a forma comunitária, nos termos da Lei nº 6.251, de 8 de outubro de 1975, definindo-se como jogador profissional de futebol aquele que tenha praticado essa modalidade de esporte com remuneração e vínculo empregatício em associação desportiva abrangida por este Decreto.

Art. 3º Equipara-se à entidade abrangida pelas disposições deste Decreto a associação desportiva que comprove manter a prática de pelo menos três modalidades de esportes olímpicos e ter participação oficial em cada uma dessas modalidades.

Parágrafo único. A comprovação dos dois requisitos previstos neste artigo será feita anualmente, até o último dia do mês de fevereiro do exercício seguinte, mediante apresentação ao Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, de certidão descritiva e histórica passada pela Federação a que estiver vinculada a associação.

Da análise dos dispositivos acima, conclui-se que, para ter direito à substituição da contribuição patronal geral pela contribuição prevista no art. 2º da Lei nº 5.939/73, a sociedade desportiva não profissional deve provar que:

1) se trata de entidade integrante obrigatória do Sistema Desportivo Nacional, organizada sob a forma comunitária, conforme disposto na Lei nº 6.251/75, art. 2º e no Decreto nº 77.210/76; e

2) mantém a prática de pelo menos três modalidades de esportes olímpicos, com participação oficial em cada uma dessas modalidades com auferimento de renda, comprovação que deverá ser reiterada anualmente, nos termos do parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 77.210/76.

Na espécie, ainda que a apelada tenha provado a sua filiação às Federações Paulista de Judô, Natação, *Volleyball* e *Basketball* (fls. 42/45), não se desincumbiu do ônus da prova dos demais requisitos (art. 333, I, CPC), razão pela qual não faz jus ao benefício fiscal estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 5.939/73.

No sentido acima exposto, vale conferir os arestos que seguem:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA. RENDA LÍQUIDA DOS ESPETÁCULOS. LEI 3.807/60 (ART. 69). LEI 5.939/73 (ART. 2º E § 1º). LEI 6.251/75 (ART. 2º). DECRETO 77.210/76 (ART. 3º).

1. A substituição da contribuição estabelecida no art. 69, III, Lei 3.807/60, pelo percentual de 5% previsto no art. 2º, Lei 5.939/73, pressupõe que a associação desportiva participe de espetáculos oficiais promovidos pela Federação respectiva e que produzam renda, a fim de que, sobre esta última (renda líquida) incida a aludida percentagem, a ser recolhida “pela federação promotora da partida” (art. 2º, Lei 5.939/73).

2. Conquanto a Federação promotora da partida seja diretamente responsável pelo recolhimento e a Confederação subsidiariamente por essa obrigação, a dívida é dos clubes ou associações. A Federação só é responsável se, existindo renda, deixar de proceder o desconto ou, se procedendo, deixar de efetivar o recolhimento.

3. A Autora não faz jus à substituição prevista no art. 2º, Lei 5.939/73, sujeitando-se ao pagamento da contribuição objeto da demanda.

4. Precedente jurisprudencial.

5. Recurso provido.

(STJ - REsp 241.129, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, Unânime, DJ 06/05/2002, pág. 248)

TRIBUTÁRIO E EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ASSOCIAÇÕES DESPORTIVAS - LEI 5.939/73 - AUFERIÇÃO DE RENDA - REQUISITOS - MULTA, JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA EXCESSIVOS: ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA.

1 - Para que possa ser enquadrado no art. 2º da Lei 5.939/73, deve o contribuinte provar, cumulativamente, que: (a) mantém departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos e (b) mantém a prática de pelo menos três modalidades de esportes olímpicos, com participação oficial em cada uma dessas modalidades, comprovando essa que deverá ser reiterada anualmente, nos termos do parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 77.210/76. Na espécie, ainda que a Embargante tenha provado a sua filiação a três Federações, e que, com isso, oferece a seus associados três modalidades de esportes (handebol, tênis e futebol), não se desincumbiu do ônus da prova dos demais requisitos (art. 333, I, CPC), razão pela qual não faz jus ao benefício fiscal estabelecido pelo art. 2º da Lei nº 5.939/73. 2 - Não bastasse isso, a análise do Estatuto Social da Embargante, evidencia que o seu objeto social não se mostra compatível com as características exigidas pelo art. 2º da Lei nº 6.251/75; não podendo, por isso, ser considerada uma associação desportiva. 3 - A correção monetária, os juros de mora e a multa se impõem, na espécie, por imperativo legal, em face de a Executada ter deixado de recolher o tributo devido. Ademais, exsurge da CDA que os referidos acréscimos foram fixados com base nas Leis nºs 7.787/89, 8.212/91, 8.383/91 e 8.620/93. 4 - Apelação da Embargante não provida. 5 - Sentença confirmada.

(Processo AC 199834000221021 - C - APELAÇÃO CÍVEL – 199834000221021 Relator(a) JUIZ FEDERAL FRANCISCO RENATO CODEVILA PINHEIRO FILHO (CONV.) - Sigla do órgão TRF1 - Órgão julgador SÉTIMA TURMA - Fonte e-DJF1 DATA: 10/09/2010 PÁGINA: 674)

EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ASSOCIAÇÕES DESPORTIVAS. LEI 5.939/73. AUFERIÇÃO DE RENDA. REQUISITO.

1. O art. 2º da Lei 5.939/73 prevê a substituição da contribuição empresarial (art. 69 da Lei 3.807/60) pela incidência do percentual de cinco por cento “sobre a renda líquida dos espetáculos realizados em todo território nacional entre associações desportivas”.

2. “As associações desportivas que mantenham departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos” também foram incluídas nesse regime (art. 2º, § 1º, da Lei 5.979/73).

3. Assim, para fazer jus à substituição, além de ser uma associação desportiva amadorista, na hipótese, é necessário o auferimento de renda. Não havendo renda, não há que se falar em substituição.

4. Apelação improvida.

(TRF 1ª REGIÃO - AC 96.01.42838-o/MG, Rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Convocada, 2ª Turma Suplementar, Unânime, DJ 11/09/2003, pág. 67)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 2º DA LEI 5939/73. ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA. REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DOS ESPETÁCULOS OFICIAIS PROMOVIDOS PELA FEDERAÇÃO. PRODUÇÃO DE RENDA. CUMULATIVIDADE. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA. 1. O Eg. Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia quanto à exegese da lei, firmando o entendimento que a associação desportiva não profissional, para fazer jus à substituição prevista no artigo 2º, da Lei 5939/73 deve participar de espetáculos oficiais promovidos pela respectiva Federação, e que produzam renda (requisitos cumulativos). 2. A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação cível.

(Processo AC 9702147433 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 138393 - Relator(a) Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA - Sigla do órgão TRF2 - Órgão julgador QUARTA TURMA ESPECIALIZADA - Fonte DJU - Data: 04/06/2007 – Página: 240)

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA. 1. O enquadramento das associações desportivas no regime de recolhimento das contribuições previdenciárias, previsto no art. 2º da Lei nº 5.939/73, pressupõe que, além de manterem departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos, tais associações auferem rendas com os espetáculos. O que não é o caso dos autos. 2. Agravo desprovido. (Processo AMS 200103990068665 - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 216017 - Relator(a) JUÍZA CONVOCADA ANA LÚCIA IUCKER - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador SEGUNDA TURMA - Fonte DJF3 CJ1 DATA: 21/07/2011 PÁGINA: 115)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÃO SUBSTITUTIVA. MANUTENÇÃO DE TRÊS MODALIDADES DE ESPORTES OLÍMPICOS. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES EXIGIDAS PELA LEI Nº 5.939/73. APELAÇÃO IMPROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ART. 20, PAR. 4º, DO CPC. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. As provas de que o embargante é associação desportiva que mantém departamento amadorístico dedicado à prática de, ao menos, três esportes olímpicos e participou de competições oficiais relativas a estas modalidades encontram-se nas Declarações fornecidas pelas respectivas Federações, acostadas aos autos a fls. 08/12, nas quais se encontram as informações de que o Clube Campineiro de Regatas e Natação “participou de todos os eventos esportivos oficiais realizados por esta Entidade”. As rendas dos espetáculos realizados pelo embargante, por sua vez, estão amplamente demonstradas nos autos, às fls. 13/39. Todas as exigências legais constantes da Lei nº 5.939/73, para a substituição da contribuição patronal, foram preenchidas, razão pela qual as contribuições executadas são absolutamente indevidas. 2. Redução do percentual de incidência da verba honorária para 5% (cinco por cento) do valor cobrado na execução fiscal, devidamente atualizado, de acordo com a previsão contida no parágrafo 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, já que restou, no feito, vencida a Fazenda Pública, nos autos representada pela autarquia securitária, cujo ônus da condenação será suportado por toda a sociedade. 3. Apelação improvida. Reexame necessário efetuado para reduzir o percentual de incidência dos honorários advocatícios. Reforma parcial da r. sentença proferida em 1º grau de jurisdição. (Processo AC 90030388040 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 37365 - Relator(a) JUIZ CONVOCADO CARLOS DELGADO - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO - Fonte DJU DATA: 04/10/2007 PÁGINA: 766)

Restou comprovado nos autos que o autor encontra-se filiado aos quadros das Federações Paulista de Judô, Natação, *Volleyball* e *Basketball* (fls. 42/45). No entanto, não cumpriu, o apelado, o outro requisito relativo ao auferimento de renda proveniente dos espetáculos, conforme constatado pela fiscalização no relatório de fls. 93/94, ônus que lhe competia a teor do art. 333, I do CPC.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à remessa oficial e a apelação do INSS, para reformar a r. sentença, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)

0025810-10.2008.4.03.6100

(2008.61.00.025810-6)

Apelante: BRZ INVESTIMENTOS LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Classe do Processo: AMS 318552

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO PARCIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O ISS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF externado no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2, que trata de matéria similar - exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF nº 437, de 24/8/2006).
3. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
4. Assim, o ISS - que como o ICMS não se consubstancia em faturamento, mas sim em ônus fiscal - não deve, também, integrar a base de cálculo das aludidas contribuições.
5. Quanto à compensação, a questão, no âmbito da Turma, passou a ser resolvida no sentido de que o regime a ser aplicado é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da Apelação nº 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010. Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC). REsp nº 1137738/SP.
6. Quanto à prescrição, é de ser adotado o entendimento externado pelo E. STF em 04/08/2011, no julgamento do RE 566.621, segundo o qual, para os feitos ajuizados posteriormente a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, em 09/06/2005, como no presente caso, é de 5 (cinco) anos o prazo para restituição de indébitos referentes a tributos sujeitos a lançamento por homologação.
7. No que tange à correção monetária, tendo em vista o período objeto da compensação,

aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no REsp 658786).

8. Inaplicável o artigo 167 do Código Tributário Nacional, pois se restringe à repetição do indébito, no entendimento firmado por esta Turma. E, ainda que se entendesse de maneira diferente, os juros incidiriam somente a partir do trânsito em julgado até a edição da Lei que instituiu a taxa SELIC, lei específica a regular o tema. Como neste caso o trânsito em julgado ocorrerá em data posterior a janeiro de 1996, o percentual previsto no artigo 167 do CTN não incidiria de qualquer maneira.

9. Apelo parcialmente provido, para reconhecer o direito da impetrante a excluir o ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e a compensar os valores indevidamente recolhidos, a esse título, observada a prescrição quinquenal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação, vencido o Desembargador Federal Carlos Muta, que lhe negava provimento.

São Paulo, 28 de junho de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por BRZ Investimentos Ltda., objetivando ver excluído o Imposto sobre Serviços - ISS da base de cálculo do PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, bem assim ver declarado o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, relativamente aos últimos 10 (dez) anos, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Valor dado à causa: R\$ 200.000,00, em 10/2008.

Processado o feito, sobreveio sentença denegando a segurança, ensejando apelo da impetrante, com vistas à sua reforma.

Existentes contrarrazões em que a União requer, preliminarmente, a observância da prescrição quinquenal.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito, deixando de apresentar parecer quanto ao mérito, por não vislumbrar interesse público a justificar sua intervenção.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Anoto que a matéria tratada nos presentes autos guarda similaridade com a questão referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, de modo que as razões

de decidir devem ser aplicadas, indistintamente, tanto em um como em outro caso.

Dessa forma, entendo, no que concerne à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que assiste razão à impetrante, tendo em vista o posicionamento externado pelo STF acerca da questão atinente ao ICMS.

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785-2 (ainda em andamento), o Ministro Marco Aurélio, Relator, votou no sentido de dar provimento ao recurso do contribuinte - no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence - entendendo estar configurada violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF nº 437, de 24/8/2006).

Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado, pela Suprema Corte, o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assim, o ISS - que como o ICMS não se consubstancia em faturamento, mas sim em ônus fiscal - não deve, também, integrar a base de cálculo das aludidas contribuições.

Quanto à compensação, importa notar que com a edição da Lei nº 9.430/1996, passaram a coexistir dois regimes legais de compensação: o primeiro regido pela Lei nº 8.383/1991, alterada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e pela Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, disciplinando a compensação de tributos da mesma espécie e destinação constitucional, e o segundo estabelecido pela Lei nº 9.430/1996, orientando a compensação de tributos de espécies e destinações diferentes, administrados pela Receita Federal, mediante requerimento ao órgão administrativo, e, a partir da Lei nº 10.637, de 30.12.2002, por iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, com o efeito de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Nesse contexto, é necessário perquirir qual a legislação aplicável à compensação ora postulada, para se saber de que forma deve ser ela regida.

A questão, no âmbito desta Turma, passou a ser resolvida no sentido de que o regime aplicável à compensação é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da Apelação nº 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010.

Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC). Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e

créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada “Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições”, determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: “Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

9 a 16 (...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp nº 1137738/SP, Relator Ministro Luiz Fux, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 9/12/2009, DJe 1º/2/2010)

Desta forma, no caso das ações propostas na vigência da Lei nº 8.383/1991, admissível a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie, sem a exigência de prévia autorização da Secretaria da Receita Federal.

Já no que diz respeito aos pedidos formulados na vigência da Lei nº 9.430/1996, é possível a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, “desde que atendida a exigência de prévia autorização daquele órgão em

resposta a requerimento do contribuinte, que não podia efetuar a compensação *sponte sua*” (AGRESP nº 1.003.874, Relator Ministro Luiz Fux, DJE de 3/11/2008).

Por fim, as compensações a serem autorizadas sob a égide da Lei nº 10.637/2002 serão feitas com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Cabe ainda considerar, como sempre entendemos, e hoje apoiado no precedente do STJ citado (REsp nº 1137738/SP), que deve ser resguardado ao contribuinte o direito de efetuar a compensação do crédito aqui reconhecido com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei nº 9.430/1996, alterada pela Lei nº 10.637/2002, na via administrativa.

No caso dos autos, o *mandamus* foi impetrado em 17/10/2008, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS e de COFINS, quando vigente, portanto, a Lei nº 10.637/2002.

Consigne-se que a compensação somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado da decisão, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN, conforme o decidido no Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1167039.

No tocante à prescrição, destaque-se que esta Turma possuía entendimento no sentido de que somente poderiam ser restituídos ou compensados os valores recolhidos dentro do quinquênio que antecede a propositura da ação, ao fundamento de que a correta interpretação do § 1º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, não autoriza a dilatação do prazo prescricional para 10 (dez) anos - 5 anos do prazo para que ocorra a homologação somados a mais 5 anos do prazo prescricional (AMS nº 96.03.093930-7, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU de 8/12/1999 e AC nº 2001.03.99.012298-2, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, DJU de 3/10/2001).

Entretanto, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, apreciando, em 04/08/2011, o Recurso Extraordinário 566.621, entendeu que, anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, é de 10 (dez) anos o prazo para restituição de indébitos referentes a tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Na ocasião do julgamento, a Corte Suprema concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, na parte em que determinava a aplicação retroativa das disposições do artigo 3º da referida Lei, que fixa em 5 (cinco) anos o prazo para o contribuinte buscar a repetição do indébito tributário. Confira-se, por oportuno, o teor do informativo extraído do sítio eletrônico do STF a respeito do tema:

É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 [“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei. Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”; CTN: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”]. Esse o consenso do Plenário que,

em conclusão de julgamento, desproveu, por maioria, recurso extraordinário interposto de decisão que reputara inconstitucional o citado preceito - v. Informativo 585. *Prevaleceu o voto proferido pela Min. Ellen Gracie, relatora, que, em suma, assentara a ofensa ao princípio da segurança jurídica - nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e exposto nos artigos 1º e 5º, XXXV, da CF - e considerara válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005. Os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, por sua vez, dissentiram apenas no tocante ao art. 3º da LC 118/2005 e afirmaram que ele seria aplicável aos próprios fatos (pagamento indevido) ocorridos após o término do período de vacatio legis. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso. RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 4.8.2011. (RE-566621) (destaquei)*

Dessarte, firmou-se o entendimento segundo o qual, anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, em 09/06/2005, o prazo prescricional para restituição/compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de 10 (dez) anos, contados da data do pagamento indevido, devendo ser aplicadas as disposições da indigitada norma - que, a teor do seu artigo 3º, prevê o prazo prescricional quinquenal -, tão-somente aos feitos ajuizados após a respectiva vigência.

Na espécie, considerando-se que a ação foi proposta em 17/10/2008, está prescrita a pretensão de restituição/compensação relativamente aos tributos retidos em data anterior a 17/10/2003.

Quanto à correção monetária, é entendimento jurisprudencial tranquilo, exaustivamente afirmado por esta Terceira Turma, que ela não implica em penalidade nem em acréscimo ao montante a ser restituído, mas é tão-somente a reconstituição do valor da moeda, devendo ser procedida pelos índices para tanto pacificamente aceitos pela jurisprudência, por melhor refletirem a altíssima inflação de certos períodos no país. Tal entendimento é aplicável também à compensação de indébitos tributários.

Assim, tendo em vista o período objeto da compensação, aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no REsp 658786).

Saliento que o artigo 167 do Código Tributário Nacional não é aplicado, pois se restringe à repetição do indébito, no entendimento firmado por esta Turma. E, ainda que se entendesse de maneira diferente, os juros incidiriam somente a partir do trânsito em julgado até a edição da Lei que instituiu a taxa SELIC, lei específica a regular o tema. Como neste caso o trânsito em julgado ocorrerá em data posterior a janeiro de 1996, o percentual previsto no artigo 167 do CTN não incidiria de qualquer maneira.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação*, para reconhecer o direito da impetrante a excluir o ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e a compensar os valores indevidamente recolhidos, a esse título, observada a prescrição quinquenal, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

- Sobre a evolução legislativa em matéria de compensação tributária, considerando o disposto no julgamento do REsp 1.137.738/SP, veja também o seguinte julgado: AMS 0006972-70.2000.4.03.6109/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 113/378.

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)

0005948-74.2009.4.03.6114

(2009.61.14.005948-2)

Apelante: CLAUDIA LUCHESI REICHEL

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 321373

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/07/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - VERBAS RECEBIDAS PELO EMPREGADO EM RAZÃO DA MUDANÇA DO LOCAL DE TRABALHO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - NÃO INCIDÊNCIA - DECISÃO MANTIDA.

1. A verba recebida pela apelante diverge daquelas constantes dos recursos representativos de controvérsias (RE nºs 1.112.745/SP e 1.102.575/MG) que embasaram a decisão da vice-presidência, pois nas ações correspondentes a elas foi pago uma indenização por liberalidade do empregador devido à rescisão contratual, porém na presente impetração não houve a rescisão do contrato de trabalho, apenas o pagamento de um valor pela alteração do local de trabalho.
2. Consta do documento de folha 18 (Adendo ao Contrato de Trabalho), que a apelante estava sendo transferida da unidade de Camaçari-BA para a de São Bernardo do Campo - SP, sendo que como compensação a transferência receberia uma gratificação especial, que no caso de rescisão do contrato de trabalho, no prazo de 36 meses, haveria a necessidade de devolução do valor bruto.
3. Frente ao princípio da independência funcional que norteia a atividade dos magistrados, mantida a decisão contida no Acórdão anterior, que afastou a exação do Imposto de Renda sobre a verba recebida pela apelante.
4. Manter o Acórdão anterior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, manter o Acórdão anterior que deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de junho de 2012.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado em 30/7/2009, para eximir a impetrante do pagamento do Imposto sobre a Renda sobre os valores recebidos a título de gratificação especial (indenização), paga em razão de transferência para outra unidade da empresa empregadora.

À liminar foi indeferida (fls. 38/39), inconformada com tal decisão interpôs agravo de instrumento (fls. 45/55).

Após a apresentação das informações e a juntada do Parecer do Ministério Público Federal, sobreveio sentença que denegou a segurança, por entender que a verba mão visa exclusivamente ressarcir a empregada com os gatos decorrentes da alteração do local de trabalho (fls. 47/50).

Frente o teor da sentença, a impetrante apresentou apelação, pugnando pela reforma da sentença, sustentando a ilegalidade e inconstitucionalidade da exação, uma vez que a verba paga como ajuda de custo as despesas com a mudança de domicílio em razão da alteração do local de trabalho (fls. 76/85).

A União Federal apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento da apelação (fls. 89/91).

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

Na sessão de 6/5/2010, esta Turma deu provimento à apelação, para conceder a segurança ns moldes requeridos (fls. 102/104).

Frente ao teor do Acórdão, a União Federal opôs embargos de declaração, sustentando a ocorrência de omissão no *decisum*, uma vez que não houve apreciação de sua alegação de que a isenção prevista no artigo 6º, XX, da Lei nº 7.714/88 não abarca as verbas recebidas na ação (fls. 107/108).

Em 23/9/2010 os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 111/113).

Posteriormente, a União Federal interpôs Recurso Especial, a fim de que o acórdão recorrido fosse reformado (fls. 117/124).

A recorrida apresentou contrarrazões ao recurso especial (fls. 128/135).

Em 8/6/2011 a vice-presidência desta Corte ao apreciar admissibilidade do Recurso Especial interposto pela União Federal, verificou que a decisão foi proferida em dissonância ao entendimento consolidado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça no que tange a indenização paga por liberalidade do empregador, determinando assim a devolução dos autos a esta Turma julgadora conforme previsto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, para a efetivação do Juízo de Retratação ou não.

Em 4/7/2011 a recorrida opôs embargos de declaração, sustentando que a decisão teria sido equivocada, na medida que os recursos representativos do Superior Tribunal de Justiça não se amoldam a questão debatidas nos autos (fls. 140/159), posteriormente os embargos foram improvidos (fl. 161).

Novamente submeto a questão à apreciação desta Colenda Turma.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de impetração concernente à tributação pelo Imposto de Renda das verbas recebidas por empregada pela transferência de local de trabalho.

Inicialmente, assinalo que a verba recebida pela apelante diverge daquelas constantes dos recursos representativos de controvérsias (RE nºs 1.112.745/SP e 1.102.575/MG) que embasaram a decisão da vice-presidência, pois nas ações correspondentes a elas foi pago uma indenização por liberalidade do empregador devido à rescisão contratual, porém na presente impetração não houve a rescisão do contrato de trabalho, apenas o pagamento de um valor pela alteração do local de trabalho.

Nesse passo, observo que consta do documento de folha 18 (Adendo ao Contrato de Trabalho), que a apelante estava sendo transferida da unidade de Camaçari - BA para a de São Bernardo do Campo - SP, sendo que como compensação a transferência receberia uma gratificação especial, que no caso de rescisão do contrato de trabalho, no prazo de 36 meses, haveria a necessidade de devolução do valor bruto.

Portanto, em homenagem ao princípio da independência funcional que norteia a atividade dos magistrados, mantenho a decisão de que afastou a exação do Imposto de Renda sobre a verba recebida pela apelante.

Isto posto, considerando o disposto no artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, mantenho a decisão contida no Acórdão de fls. 102/104 que deu provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002962-52.2010.4.03.6005
(2010.60.05.002962-2)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DE MATO GROSSO DO SUL - OAB/MS

Apelado: ISMAEL FERNANDES URUNAGA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AC 1748652

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/08/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. AUTARQUIA ESPECIAL. SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 8.906/94. ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 12.514/11.

1. O STF na ADI nº 3.026-4/DF, acentuou que a OAB não é entidade da administração direta da União, mas um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas. Não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, pois não está voltada exclusivamente a objetivo corporativo e possui finalidade institucional.
2. O STJ classifica a OAB como autarquia especial ou *sui generis* e, como tal, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões.
3. O art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94 afasta as normas comuns aplicáveis às contribuições profissionais previstas na Lei nº 12.514/11.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Trata-se de apelação interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul contra sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de perda superveniente de objeto.

Irresignada, a apelante sustenta:

a) inaplicabilidade da Lei nº 12.514/2011 à OAB, porquanto não pode ser classificada como conselho profissional;

b) existe norma específica que regulamenta o procedimento e define o título executivo extrajudicial, de modo que suas execuções seguem rito previsto no Código de Processo Civil;

c) a Lei nº 8.906/94 deve prevalecer sobre a Lei nº 12.514/2011, em razão do critério da especialidade;

d) não se aplica a referida lei a fatos geradores anteriores à sua vigência, à vista do princípio de irretroatividade das normas.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Trata-se de ação de execução de título executivo extrajudicial ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul, em 05/10/10, para cobrança da anuidade do ano de 2009.

O *decisum* recorrido indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ao fundamento de perda superveniente de objeto, pois a pretensão formulada está em desconformidade com a Lei nº 12.514/2011, cujos artigos 5º a 8º dispõem, *verbis*:

Art. 5º O fato gerador das anuidades é a existência de inscrição no conselho, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício.

Art. 6º As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

§ 1º Os valores das anuidades serão reajustados de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou pelo índice oficial que venha a substituí-lo.

§ 2º O valor exato da anuidade, o desconto para profissionais recém-inscritos, os critérios de isenção para profissionais, as regras de recuperação de créditos, as regras de parcelamento,

garantido o mínimo de 5 (cinco) vezes, e a concessão de descontos para pagamento antecipado ou à vista, serão estabelecidos pelos respectivos conselhos federais.

Art. 7º Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

Da leitura dos dispositivos transcritos, verifica-se que é vedado aos conselhos profissionais executarem dívidas inferiores a 04 (quatro) anuidades e facultado deixar de ajuizar ações com valores iguais ou inferiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026-4/DF, que discutia a inaplicabilidade do regime estatutário aos empregados da Ordem dos Advogados do Brasil, acentuou que não é entidade da administração indireta da União, mas um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas. Não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional, pois não está voltada exclusivamente a objetivo corporativo e possui finalidade institucional. Vejamos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI Nº 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.
8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.
9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei nº 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.
10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.
11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.
12. Julgo improcedente o pedido. (ADI nº 3.026-4/DF, Rel. Ministro Eros Grau, Sessão Plenária, julgado em 08/06/2006).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça classifica a Ordem dos Advogados do Brasil como autarquia especial ou *sui generis* e, como tal, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões, de modo que não se lhe aplicam todas as disposições concernentes aos conselhos profissionais.

O artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, prevê que:

Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas.

Parágrafo único. Constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo.

Verifica-se que o dispositivo anteriormente transcrito afasta as normas comuns aplicáveis às contribuições devidas aos conselhos profissionais previstas na Lei nº 12.514/2011. Nesse sentido já decidiu esta corte:

TRIBUTÁRIO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. NATUREZA HÍBRIDA. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 8.906/94. ESTATUTO DO ADVOGADO. LEI ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 12.541/11.

1. A natureza híbrida da Ordem dos Advogados do Brasil impede que se lhe apliquem todas as disposições atinentes aos Conselhos de Fiscalização das profissões, razão pela qual os créditos de suas anuidades devidas não são considerados dívida ativa, de forma que a execução por título extrajudicial intentada para sua cobrança não é considerada execução fiscal.

2. O Estatuto do Advogado, lei especial que disciplina o exercício dessa função essencial à Justiça, afasta a aplicação de normas comuns aos Conselhos de Fiscalização do exercício profissional. O art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94 afasta a incidência das disposições contidas na Lei nº 12.541/11.

3. No julgamento da ADI nº 3.026-4DF, relatada pelo em. Min. EROS GRAU foi decidido que 1) que a OAB constitui-se em um “serviço público independente” e 2) que a mesma Ordem não tem finalidades exclusivamente corporativas, não podendo ser equiparada às demais instituições de fiscalização das profissões, razão pela qual tem caráter *sui generis*, assim como as contribuições por ela cobradas e o respectivo processo de cobrança.

4. Conforme precedentes dos Tribunais Superiores a presente execução deve prosseguir por título extrajudicial.
5. Apelação provida. (Apelação Cível nº 0012412-97.2011.4.03.6000/MS, Rel. Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, publicado em 11/06/2012). (grifei)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul, a fim de determinar o prosseguimento da execução por título extrajudicial.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0005263-69.2010.4.03.6102

(2010.61.02.005263-2)

Agravante: LUCIA GARCEZ AGUIAR JUNQUEIRA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AC 1642832

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/07/2012

EMENTA

AGRAVO LEGAL - ARTIGO 557, § 1º, DO CPC - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - “FUNRURAL” - RESTITUIÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DE ACORDO COM STF - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO CONHECIDA COMO FUNRURAL (RE Nº 363.852, EM 03/02/2010), MAS RESTRI- TA AO PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.256/2001 QUE SURTIU APÓS A EC Nº 20/98 - RECURSO IMPROVIDO.

1. Cuida-se de ação ordinária ajuizada em 02/06/2010, na qual a parte autora busca a repetição dos valores pagos a título de “FUNRURAL” nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação.

2. Embora o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha fixado o entendimento de que a vetusta tese do “cinco mais cinco” anos deveria ser aplicada aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp 1.002.932/SP), o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, em repercussão geral, afastou parcialmente esta jurisprudência do STJ, entendendo ser válida a aplicação do novo prazo de 5 anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, a partir de 9.6.2005. Assim, encontram-se prescritos os créditos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação.

3. No julgamento do RE nº 363.852 o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirmou haver vício de constitucionalidade na instituição da referida contribuição (“Funrural”), por entender que a comercialização da produção é realidade econômica diversa do faturamento e este não se confunde com receita, de modo que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar. Portanto, não era devida a exação conforme a fórmula legal apreciada pela Suprema Corte. Posicionamento foi confirmado no Recurso Extraordinário nº 596.177, julgado nos moldes do artigo 543-B do Código de Processo Civil, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal realizada em 1º de agosto de 2011.

4. Sucede que a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 veio alterar a situação, uma vez que o artigo 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, com nova redação, passou a prever a “receita”, ao lado do faturamento, como base de cálculo para contribuições destinadas ao custeio da previdência social. Considerando que atualmente a contribuição previdenciária objeto da controvérsia encontra-se prevista pela Lei nº 10.256/2001 (posterior à Emenda Constitucional nº 20/98) que

deu nova redação ao “caput” do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo aquela contribuição prevista no artigo 22 da Lei nº 8.212/91, não há falar-se em vício de constitucionalidade nas exigências desde então.

5. No caso concreto a discussão cinge-se apenas às contribuições previdenciárias devidas a partir de *junho de 2005*, devendo ser mantida a improcedência do pedido.

6. A afirmação judicial *obter dictum* não integra o resultado do julgamento. É o caso das considerações feitas nos julgamentos em que a Suprema Corte tratou apenas da constitucionalidade do chamado Funrural enquanto veiculado pela Lei nº 8.540/92, especialmente no RE nº 596.177/RS, julgado sob a égide do artigo 543/B, do Código de Processo Civil.

7. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao agravo legal*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de julho de 2012.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto em face de decisão que deu provimento à apelação da União e negou seguimento à apelação da parte autora.

A autora, Lucia Garcez Aguiar Junqueira, ajuizou a presente ação objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes ante a inconstitucionalidade declarada pelo STF no julgamento do RE 363.852/MG da contribuição denominada “FUNRURAL”, prevista no artigo 25 da Lei nº 8.212/91, bem como a repetição dos valores recolhidos indevidamente nos 10 (dez) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 149.832,56 (fls. 02/16 e 63/64).

O MM. Juiz *a quo* julgou *parcialmente procedente* o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, apenas com relação aos fatos geradores ocorridos até 08/10/2001, bem como *julgou improcedente* o pedido de restituição uma vez que a autora comprovou a condição de empregadora rural somente a partir de 2002, oportunidade em que a autora foi condenada a pagar verba honorária fixada em R\$ 3.000,00 (fls. 207/226).

Apelou a parte autora para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da contribuição em debate e determinada a restituição dos recolhimentos efetuados nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, conforme pleiteado inicialmente (fls. 229/246).

Por sua vez, apelou a União sustentando que deve ser considerado o prazo prescricional de cinco anos. Pugnou ainda pela improcedência do pedido inicial (fls. 258/259).

Proferi decisão de fls. 276/279 dando provimento à apelação da União e negando seguimento à apelação do autor, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A parte autora interpôs agravo legal pleiteando a reforma do julgado uma vez que a decisão foi proferida em manifesto confronto com jurisprudência dos Tribunais Superiores. Sustentou ainda que deve ser considerado o julgamento proferido no RE nº 596.177 (fls. 281/290).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Observo que os argumentos apresentados no agravo legal não modificaram o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão recorrida. Por esta razão, transcrevo parte dos fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada em 02/06/2010, na qual a autora busca a repetição dos valores pagos a título de “FUNRURAL” nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Embora o egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha fixado o entendimento de que a vetusta tese do “cinco mais cinco” anos deveria ser aplicada aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp 1.002.932/SP), o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, em repercussão geral, afastou parcialmente esta jurisprudência do STJ, entendendo ser válida a aplicação do novo prazo de 5 anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, a partir de 9.6.2005. Confira-se a ementa do STF:

“DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia

da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.” (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

Assim, encontram-se prescritos os créditos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação. Superada a questão da prescrição, passo à análise do mérito do pedido.

Sempre entendi não haver óbice para que as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, com base no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, fossem instituídas por lei ordinária.

Todavia, quando do julgamento do RE nº 363.852 em 03/02/2010 o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirmou haver vício de constitucionalidade na instituição da referida contribuição previdenciária, desobrigando “os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição”.

Entendeu-se que a comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita, de modo que esta “nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar”.

Deixo anotado que tal posicionamento foi confirmado no Recurso Extraordinário nº 596.177, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado nos moldes do artigo 543-B do Código de Processo Civil, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal realizada em 1º de agosto de 2011.

“Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/1992. INCONSTITUCIONALIDADE. I - Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador. II - Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social. III - RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.”

Sucedu que a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 veio alterar esta situação, uma vez que o artigo 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, passou a prever a “receita”, ao lado do faturamento, como base de cálculo para contribuições destinadas ao custeio da previdência social.

Considerando que atualmente a contribuição previdenciária objeto da controvérsia encontra-se prevista pela Lei nº 10.256/2001 (posterior à EC nº 20/98) que deu nova redação ao “caput” do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo aquela contribuição prevista no artigo 22 da Lei nº 8.212/91, não há falar-se em vício de constitucionalidade na exigência ulterior ao primeiro e mais recente dispositivo legal.

Assim, a contribuição previdenciária atualmente prevista no atual artigo 25, da Lei nº 8.212/91 não constitui criação de nova fonte do referido custeio, haja vista que o artigo 195 da Constituição Federal prevê a sua incidência sobre a receita bruta.

A hipótese deste feito não é a prevista no artigo 195, § 4º, da Constituição Federal, pela qual se exige lei complementar a fim de se constituir novas fontes de custeio para a seguridade social. Nesse sentido é a jurisprudência pacífica desse Tribunal Regional Federal (transcrição parcial): “PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. FUNRURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS. PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA COM EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÃO. ARTS. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da LEI 8.212/91. LEI Nº 10.256/2001. EXIGIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. RESERVA DE PLENÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA EM COMPENSAÇÃO. LIMITAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. TRANSFERÊNCIA PARA O BEM OU SERVIÇO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

17. São devidas as contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/01. Por conseguinte, faz jus a parte autora à compensação dos recolhimentos em período anterior, e nos moldes exposto a seguir, desde que comprovados nos autos.

(...)

29. Apelação a que se dá parcial provimento no que tange às contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física em período anterior à entrada em vigor da Lei nº 10.256/01, desde que comprovados nos autos os respectivos recolhimentos, bem como à compensação nos moldes exposto.”

(AC 201060000055583, Relator JOSÉ LUNARDELLI, PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 02/06/2011 PÁGINA: 296)

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. LEIS Nº 8.540/92 E Nº 9.528/97. PRECEDENTE DO STF.

I - Decisão agravada que foi proferida com base em precedente do STF, adotando a orientação firmada no julgamento do RE 363.852/MG declarando a inconstitucionalidade da contribuição prevista no art. 25, I e II da Lei nº 8.212/91, com redação dada pelas Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97, observando (a mesma decisão agravada), todavia, a superveniência da Lei nº 10.256, de 09.07.2001, que alterando a Lei nº 8.212/91, deu nova redação ao art. 25, instituída já sob a égide da EC nº 20/98 e prevendo, também, a cobrança da contribuição em substituição àquela estabelecida nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, destarte não mais incidindo nos vícios de inconstitucionalidade apontados no julgado da Excelsa Corte e legitimando-se a cobrança da contribuição e sua exigência nos termos da Lei nº 10.256/01. II - Precedente citado pelo recorrente que cinge-se à questão de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário onde se discute a exigibilidade da contribuição ao FUNRURAL nos moldes da Lei nº 8.540/92 e que em nada infirma o raciocínio adotado na decisão ora impugnada. IV - Agravo legal desprovido.”

(AMS 200960020052809, Relator PEIXOTO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 07/07/2011 PÁGINA: 127)

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. FUNRURAL. PESSOA JURÍDICA. LEI 10.256/01. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

(...)

6. Com a Emenda Constitucional nº 20/98 adveio fundamento de validade para que legislação ordinária regulamentasse a exigência da exação, regulamentação esta vinda com a Lei nº 10.256/01.

7. Após o advento da Lei nº 10.256/01, não há possibilidade de afastar-se a exigência da

contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural pelo empregador pessoa jurídica, conquanto observado o princípio da anterioridade nonagesimal.

(...)

11. Agravo legal a que se dá parcial provimento.”

(AC 200003990100817, Relator LUIZ STEFANINI, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 21/07/2011 PÁGINA: 474)

E mais: AI 201103000013348, Relatora JUÍZA SILVIA ROCHA, PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 25/08/2011 PÁGINA: 227 - AI 201003000214817, Relator JUÍZA RENATA LOTUFO, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 03/03/2011 PÁGINA: 295 - AI 201003000349530, Relatora JUÍZA LOUISE FILGUEIRAS, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 27/01/2011 PÁGINA: 750.

No caso concreto a discussão cinge-se apenas às contribuições previdenciárias devidas a partir de *junho de 2005*, devendo ser mantida a improcedência do pedido quanto a esse período.”

Destaco, finalmente, que afirmação judicial *obter dictum* não integra o resultado do julgamento; em julgamentos colegiados é comum a consideração, como *obter dictum*, ou simples comentário, de pontos não suscitados pelas partes ou não cogitados pelo Relator; mas obviamente que tais comentários - por não se referirem diretamente ao tema deduzido em juízo - não interferem no dispositivo.

É o caso das considerações do Min. Marco Aurélio nos julgamentos em que a Suprema Corte tratou apenas da constitucionalidade do chamado Funrural enquanto veiculado pela Lei nº 8.540/92, especialmente no RE nº 596.177/RS, julgado sob a égide do artigo 543/B, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006960-79.2010.4.03.6182
(2010.61.82.006960-2)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM EM SÃO PAULO - COREN/SP
 Apelada: GEOVANI MARIA DO NASCIMENTO
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
 Classe do Processo: AC 1730556
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO CORPORATIVO. VALOR SUPERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NA LEI 12.514/11. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

I. Sobre vindo regulamentação específica atinente à cobrança dos débitos por parte das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional, a Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, vigente a partir da data de sua publicação, resta superado o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, exarado por ocasião do julgamento do REsp nº 1.111.982/SP, ainda que submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, no sentido do arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de valor ínfimo (débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00).

III. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos Conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, de imediata aplicabilidade, devendo tais valores respeitar o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade, hipótese dos autos.

IV. Determinado o regular prosseguimento do executivo fiscal.

V. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de julho de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem em São Paulo - CREN/SP, nos autos da execução fiscal ajuizada para cobrança de anuidades de 2005, 2006, 2007 e 2008.

Foi proferida sentença, julgando extinta a execução fiscal, nos termos do artigo 267, VI do CPC.

Apela o Conselho Regional de Enfermagem, pleiteando a reforma da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Inicialmente, esta Relatora, aplicando os termos da Súmula 452 do C. STJ, entendia pela impossibilidade de extinção do executivo fiscal movido por Conselho Corporativo, para a cobrança de débito de valor ínfimo, determinando, ante a ausência de previsão legal para o arquivamento, o prosseguimento da execução.

Posteriormente, com o advento do julgamento do REsp nº 1.111.982/SP pelo C. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Castro Meira, D.O. de 25/05/2009, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, tornou-se imperiosa a determinação do arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, das execuções relativas a débito de valor ínfimo, consideradas como tais aquelas cujo valor em cobro fosse igual ou inferior a R\$ 10.000,00, aplicando-se aos Conselhos, por analogia, e uma vez equiparando à Fazenda Pública, a sistemática do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

Todavia, sobreveio regulamentação específica atinente à cobrança dos débitos por parte das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional, a *Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, com entrada em vigor a partir de sua publicação*, preceituando sobre o tema, em seus artigos 7º e 8º, *verbis*:

Art. 7º. Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

Tratando-se de norma de caráter processual, tal regramento possui imediata aplicabilidade, ou seja, a partir de sua vigência, alcançando, inexoravelmente, todos os feitos em andamento.

Diante disso, não mais pode ser aplicado aos Conselhos Corporativos, analogicamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, encontrando-se superado o entendimento exarado pelo C. STJ por ocasião do julgamento do indigitado REsp nº 1.111.982/SP, ainda que sob a sistemática do artigo 543-C do CPC, em virtude do advento da sobredita lei, de aplicação especial à hipótese.

Portanto, a partir da vigência do mencionado diploma legal, e tornando-se inaplicável o entendimento da Superior Corte, não se pode obstar o prosseguimento das execuções fiscais movidas pelos Conselhos de fiscalização profissional, desde que versem sobre créditos cujo

valor seja equivalente a, no mínimo, 04 (quatro) anuidades, atendidos, dessa forma, os pressupostos estatuídos pelo supratranscrito artigo 8º.

No caso dos autos, trata-se de execução fiscal movida pelo *Conselho Regional de Enfermagem em São Paulo - COREN/SP* por dívida relativa às *anuidades de 2005, 2006, 2007 e 2008*, cujos valores respeitam o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado anualmente do inscrito, nos termos preceituados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011.

Assim, tendo a autarquia observado os critérios legais atinentes ao valor mínimo para o ajuizamento, torna-se imperioso seu regular trâmite.

Destarte, de rigor o provimento à apelação, para o fim de determinar o prosseguimento do executivo fiscal.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

- Sobre a aplicação imediata da Lei nº 12.514/2011 às execuções fiscais de conselhos profissionais, veja também o seguinte julgado: Ag AI 0005658-63.2012.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicado na RTRF3R 113/383.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0004663-84.2011.4.03.0000

(2011.03.00.004663-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 163/166
Agravantes: JAIR ANTONIO ROCHA E EDSON CARVALHO SANCHES
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: TRANSMADRUGADA TRANSPORTES LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE MIRASSOL - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: AI 431576
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2012

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. CTN, ART. 121, ART. 124, INC. II, ART. 134, INC. VII E ART. 135. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449/08, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/09. STF, RE 562.276/RS. CDA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR NÃO COMPROVADA.

1. Nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional, o sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, que tanto pode ser o próprio contribuinte quanto o responsável tributário.

2. O art. 124 do *Codex* tributário, em seu inciso II, ao dispor sobre a solidariedade tributária passiva, estabelece que as pessoas expressamente designadas em lei são solidariamente responsáveis pela obrigação.

3. São responsáveis tributários os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas (CTN, art. 134, inc. VII), bem como os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado, quando a obrigação tributária resultar de atos por eles praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, devidamente comprovados (CTN, art. 135).

4. Com a edição da Lei nº 8.620/93, a responsabilidade do sócio, do acionista controlador, dos administradores, diretores e gerentes passou a ser solidária, ficando instituída a presunção de corresponsabilidade, que tornou desnecessária a comprovação da prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

5. A Medida Provisória nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09, que revogou o artigo 13 da Lei nº 8.620/93, não pode retroagir para alcançar os fatos geradores ocorridos durante a vigência da norma revogada.

6. Após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do mencionado art. 13, no julgamento do RE nº 562.276/RS, sob a sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, não há mais como reconhecer a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos da pessoa jurídica sem que restem comprovadas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 135 do CTN, ainda que seus nomes constem da Certidão de Dívida Ativa, já que a presunção de responsabilidade a autorizar tal

inclusão, com a consequente inversão do ônus da prova, ficou totalmente prejudicada com a declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe dava guarida.

7. Nas execuções fiscais para cobrança de contribuições previdenciárias não recolhidas pela pessoa jurídica, os diretores, gerentes e representantes legais somente serão pessoalmente responsabilizados pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias, desde que estes resultem comprovadamente de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

8. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento* ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de julho de 2012.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra decisão de fls. 163/166 que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto e, de ofício, excluiu os sócios Jair Antônio Rocha e Edson Carvalho Sanches do pólo passivo da execução e, finalmente, condenou a agravada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Alega em síntese, que é possível o redirecionamento da execução para os sócios-gerentes cujos nomes estejam lançados na Certidão de Dívida Ativa - CDA, cabendo a eles o ônus da prova para afastar a presunção de liquidez e certeza que goza o título.

É o breve relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão proferida por esta Relatora, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos do art. 527, inciso I, combinado com o artigo 557, *caput*, ambos do Código de Processo Civil.

Todavia, os argumentos expendidos no recurso ora em análise, não são suficientes a modificar o entendimento explanado na decisão monocrática, motivo pelo qual transcrevo a referida decisão, adotando-a como razões de decidir do presente agravo:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por JAIR ANTONIO ROCHA e outro, por meio do qual pleiteia a reforma da decisão preferida nos autos da ação de execução fiscal autuada sob o nº 93.00.00012-2, em trâmite perante o Serviço de Anexo Fiscal da Comarca de Mirassol/SP, que rejeitou a exceção de pré-executividade e manteve os coexecutados no polo passivo da execução fiscal.

Sustentam, em síntese, que os sócios somente podem assumir a responsabilidade da empresa no caso da prática de atos com excesso de poder, infração à lei ou ao contrato social, o que não ocorreu no caso presente.

Afirmam que não houve dissolução irregular da sociedade ou qualquer outra infração legal que justifique a cobrança dos agravantes, razão pela qual requerem a exclusão do polo passivo da execução fiscal.

É o relatório.

Decido.

Aplico a regra do parágrafo 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a dar provimento a recurso interposto de decisão proferida em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

De acordo com a norma instituída pelo artigo 121 do Código Tributário Nacional, o *sujeito passivo da obrigação tributária* é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, podendo ser *o próprio contribuinte*, qual seja, aquele que tem relação direta e pessoal com a situação que constitua o fato gerador, ou *o responsável tributário*, cuja obrigação decorre, necessariamente, do vínculo com o fato gerador e de expressa disposição em lei. Nessa esteira, o artigo 124 dispõe sobre a solidariedade tributária passiva, estabelecendo no inciso II que são solidariamente responsáveis pela obrigação as pessoas expressamente designadas por lei.

Por sua vez, o inciso VII do artigo 134 estabelece a responsabilidade do sócio no caso de liquidação da sociedade de pessoas.

Por outro lado, o artigo 135 dispõe sobre a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado cuja obrigação resulte de atos por si praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, atos estes que devem estar necessariamente comprovados para possibilitar a sua inclusão no polo passivo da execução.

Contudo, no sentido de dar efetividade ao artigo 124 acima referido, foi editada a Lei nº 8.620/93, que dispõe no artigo 13:

“Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa”.

Assim, a partir da vigência de referida lei, a responsabilidade do sócio, do acionista controlador, dos administradores, diretores e gerentes passou a ser solidária, ficando instituída a presunção de corresponsabilidade apta a tornar desnecessária a comprovação da prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Entretanto, em 03 de dezembro de 2008 sobreveio a Medida Provisória nº 449, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou expressamente o artigo 13 da Lei nº 8.620/93, voltando o ordenamento da matéria à forma prevista nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

Nesse diapasão, por diversas vezes me manifestei no sentido de que a norma revogadora não pode retroagir para alcançar os fatos geradores ocorridos durante a vigência da norma revogada, valendo a regra da solidariedade no período compreendido entre a edição da Lei nº 8.620/93 e a publicação da Medida Provisória nº 449/2008, qual seja, entre 06 de janeiro de 1993 e 04 de dezembro de 2008.

Porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão ocorrida na data de 03/11/2010, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.276/RS, publicado no DJE de 10/02/2011, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 por versar sobre matéria reservada à lei complementar, em ofensa a norma contida no art. 146, inciso III, *b*, da Constituição Federal.

Tal decisão foi proferida nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil e emendada sob a seguinte redação:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS.

1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ‘as pessoas expressamente designadas por lei’, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores - de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) - pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Person*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O ‘terceiro’ só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a *contrario sensu*, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido.

10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC”.

Dessa forma, em que pese entendimento anteriormente esposado, após a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo 13, não há como se manter a responsabilidade solidária do sócio para responder pelos débitos da pessoa jurídica sem que restem comprovadas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 135 do CTN.

Assim, nas execuções fiscais para cobrança de contribuições previdenciárias não recolhidas pela sociedade empresária, os diretores, gerentes e representantes legais somente serão pessoalmente responsabilizados pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias, desde que estes resultem comprovadamente de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Nesse contexto, é mister esclarecer que embora o C. Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal acima referida, continue adotando como razão de decidir os fundamentos esposados pela D. Ministra Denise Arruda nos autos do Recurso Especial nº 1.104.900/ES, julgado sob a forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendo que não há como prevalecer indiscriminadamente o entendimento ali defendido, uma vez que a presunção de responsabilidade a autorizar a inclusão do sócio ou dirigente na CDA, com a inversão do ônus da prova para que este demonstre que não agiu com excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato social, ficou totalmente prejudicada com a propalada declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe dava guarida.

Atente-se que a presunção *juris tantum* de liquidez e certeza da CDA prevista no artigo 204 do Código Tributário Nacional refere-se à dívida regularmente inscrita, tendo efeito de prova pré-constituída em relação a esta, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite. Disposição semelhante é encontrada na Lei de Execução Fiscal (art. 3º).

Tal presunção não pode ser estendida para atribuir responsabilidade tributária à terceiro cuja lei exija a comprovação de outros requisitos para sua verificação.

Dessa forma, a existência do nome do sócio ou dirigente no quadro de devedores da Certidão de Dívida Ativa só o legitima para figurar no polo passivo da execução fiscal caso a autoridade fiscal tenha logrado provar que o mesmo cometeu qualquer dos atos previstos no inciso III do artigo 135 do CTN, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

Logo, resta configurada a ilegitimidade dos sócios para configurar no polo passivo da execução. Diante da presente decisão, cumpre observar que, não obstante a exceção de pré-executividade seja mero incidente ocorrido no processo de execução, é medida de natureza contenciosa e seu acolhimento deve conduzir à condenação da exequente em honorários advocatícios, em atenção ao princípio da sucumbência.

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARA EXCLUIR DETERMINADOS SÓCIOS. HONORÁRIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o acolhimento da exceção de pré-executividade enseja a condenação do exequente ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista a natureza contenciosa da medida e em respeito ao princípio da sucumbência, ainda que se trate de incidente processual.

2. Embora a execução fiscal tenha prosseguido em relação à empresa, o acolhimento da exceção de pré-executividade ensejou a exclusão dos sócios do executivo fiscal, os quais deixaram de integrar a lide.

Desse modo, a despeito de ser a exceção de pré-executividade mero incidente ocorrido no

processo de execução, na hipótese, o seu acolhimento para o fim de declarar a ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios ora recorridos torna cabível a fixação de verba honorária.

3. Recurso especial desprovido”.

(REsp 642.644/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 335)

Portanto, em atenção aos critérios estipulados nos parágrafos constantes do artigo 20 do Código de Processo Civil, condeno a agravada ao pagamento de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a título de honorários advocatícios.

Por esses fundamentos, *dou provimento ao agravo de instrumento* para excluir os sócios Jair Antônio Rocha e Edson Carvalho Sanches do polo passivo da execução e condeno a agravada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Decorridos os prazos recursais, remetam-se os autos à Vara de origem, procedendo-se às devidas anotações.

Intimem-se.

Por essas razões, *nego provimento* ao agravo legal.

É como voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

- Sobre a responsabilidade tributária dos sócios estabelecida na Lei nº 8.620/93, a partir do julgamento pelo STF do RE 562.276/RS, veja também o seguinte julgado: RE AI 0103403-19.2007.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicado na RTRF3R 112/300.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0005892-76.2011.4.03.6112

(2011.61.12.005892-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: INES ODETE PATRICIO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: ApelReex 1748884

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRABALHISTA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBA RECEBIDA PELO EMPREGADO EM AÇÃO TRABALHISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. INCIDÊNCIA CONFORME A FAIXA DE RENDIMENTO E ALÍQUOTA RESPECTIVA NOS TERMOS DA TABELA PROGRESSIVA VIGENTE À ÉPOCA. JUROS DE MORA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.

1. O imposto de renda só pode recair sobre riqueza nova, oriunda do capital, do trabalho, do entrosamento de ambos ou sobre os demais acréscimos patrimoniais de qualquer natureza que não se enquadrem no conceito de renda, pressupondo, sempre, um acréscimo patrimonial sobre o qual incide o tributo.

2. Escapam da incidência desse imposto verbas de conteúdo indenizatório, por não se enquadrarem no conceito de renda ou proventos acima descrito.

3. É certo que, se recebidos à época devida, mês a mês, os valores não sofreriam a incidência da alíquota máxima do tributo, mas sim da alíquota menor, ou mesmo, estariam situados na faixa de isenção, conforme previsto na legislação do imposto de renda.

4. Dessa forma, o cálculo do imposto sobre a renda, na hipótese vertente, deve ter como parâmetro o valor total dos rendimentos mensais a que faria jus o beneficiário, ou seja, a soma do valor efetivamente recebido e da parcela atinente à diferença salarial paga posteriormente, observando-se a faixa de rendimento e alíquota respectiva, nos termos da tabela progressiva vigente à época.

5. Não é razoável, portanto, que o credor, além de não receber, à época oportuna, as diferenças salariais que lhe são devidas, ainda venha a ser prejudicado, com a aplicação da alíquota mais gravosa do tributo quando do pagamento acumulado dos respectivos valores, em clara ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

7. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.227.133/RS, tornou pacífica a orientação de que não incide imposto de renda sobre os juros de mora aplicados para compensar dívidas resultantes de condenações trabalhistas.

08. Desde a edição da Lei nº 9.250/95, a taxa aplicada em matéria tributária e nos casos de repetição de indébito é a taxa SELIC, inclusive em respeito ao princípio da isonomia, motivo pelo qual restou afastada a incidência cumulada desta com os juros

fixados na r. sentença à base de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado.

09. Apelação parcialmente provida e remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial em ação de rito ordinário, objetivando a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) incidente sobre juros de mora em decorrência de reclamação trabalhista, pleiteando, ainda, que as parcelas recebidas acumuladamente, por força de decisão judicial, devem ser tributadas segundo alíquotas vigentes à data em que os rendimentos eram devidos.

O r. Juízo *a quo* extinguiu o feito, com resolução de mérito, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, reconhecendo a procedência dos pedidos de recálculo do tributo incidente de forma acumulada e de restituição dos valores cobrados indevidamente sobre juros de mora, com incidência da Taxa SELIC a partir da data do recolhimento indevido e juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do trânsito em julgado, condenando a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, pleiteando a reforma do julgado, alegando, em breve síntese, que o fato gerador do tributo em questão é a disponibilidade econômica da renda, que ocorre no momento do efetivo recebimento desta, nos termos do art. 46, da Lei nº 8.541/1992, devendo a incidência se dar inclusive sobre os juros moratórios que possuam caráter remuneratório, haja vista o que dispõe o art. 43, § 1º, do CTN, aduzindo, por fim, subsidiariamente, ser indevida a cumulação de juros de mora com a Taxa SELIC.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

É certo que o imposto de renda, previsto no art. 153, inciso III da Constituição da República, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: *I) de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior*, conforme descrição do Código Tributário Nacional (art. 43, incisos I e II).

Portanto, referido tributo só pode recair sobre riqueza nova, oriunda do capital, do trabalho ou mesmo do entrosamento de ambos. Pressupõe sempre um acréscimo patrimonial sobre o qual incide o tributo.

Escapam, pois, da incidência desse imposto verbas de conteúdo indenizatório, por não se enquadrarem no conceito de renda ou proventos acima descrito.

De outra parte, trata-se de pagamento acumulado de verba de natureza salarial que ensejou a incidência do imposto de renda à alíquota máxima prevista na tabela progressiva do tributo.

É certo que, se recebidos à época devida, mês a mês, os valores não sofreriam a incidência da alíquota máxima do tributo, mas sim da alíquota menor, ou mesmo, estariam situados na faixa de isenção, conforme previsto na legislação do imposto de renda.

Dessa forma, o cálculo do Imposto sobre a Renda, na hipótese vertente, deve ter como parâmetro o valor total dos rendimentos mensais a que faria jus o beneficiário, ou seja, a soma do valor efetivamente recebido e da parcela atinente à diferença salarial paga posteriormente, observando-se a faixa de rendimento e alíquota respectiva, nos termos da tabela progressiva vigente à época.

Não é razoável, portanto, que o credor, além de não receber, à época oportuna, as diferenças salariais que lhe são devidas, ainda venha a ser prejudicado, com a aplicação da alíquota mais gravosa do tributo quando do pagamento acumulado dos respectivos valores, em clara ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

É esse também o entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FONTE PAGADORA E CONTRIBUINTE. INCLUSÃO DE MULTA. RENDIMENTOS ACUMULADOS. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que cabe à fonte pagadora o recolhimento do tributo devido. Porém, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, o qual fica obrigado a declarar o valor recebido em sua declaração de ajuste anual.
2. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas as alíquotas vigentes à época em que eram devidos os referidos rendimentos.
3. É indevida a imposição de multa ao contribuinte quando não há, por parte dele, intenção deliberada de omitir os valores devidos a título de imposto de renda ou de não recolhê-los. A *contrario sensu*, a multa é devida quando é feita a declaração, mas não é feito o respectivo recolhimento.
4. Hipótese em que, por ocasião do Ajuste Anual, haveria de recolher o débito declarado, sob pena da multa correspondente prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/96 e juros aplicáveis.
5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, Segunda Turma, REsp 704.845/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/08/2008, DJe 16/09/2008)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PRECATÓRIO JUDICIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. PARCELAS DEVIDAS MENSALMENTE, PORÉM, PAGAS, DE MODO ACUMULADO. NÃO EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO NO SEU DEVIDO TEMPO. ALÍQUOTA VIGENTE À ÉPOCA EM QUE O PAGAMENTO ERA DEVIDO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 46 DA LEI Nº 8.541/92. PRECEDENTES.

1. Caso a obrigação de que decorram os rendimentos advindos de decisão judicial se adimplida na época própria desse causa, são os mesmos tributáveis e ensejam a retenção do imposto de renda na fonte.

2. A regra acima referida não se aplica quando, em face de descumprimento do Estado em pagar vencimentos atrasados ao servidor, acumula as parcelas que, se tivessem sido pagas, na época própria, no final de cada mês, estariam isentos de retenção do tributo.

3. Ocorrendo de maneira diferente, o credor estaria sob dupla penalização: por não receber o que lhe era devido na época própria em que tais valores não eram suscetíveis de tributação e por recebê-los, posteriormente, ocasião em que, por acumulação, formam então, montante tributável.

4. O art. 46 da Lei nº 8.541/92 deve ser interpretado nos seguintes moldes: só haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem o desconto do imposto, caso contrário, ter-se-ia hipótese condenável: sobre valores isoladamente isentos de imposto de renda, o ente público moroso retiraria benefício caracterizadamente indevido.

5. O ordenamento jurídico tributário deve ser interpretado de modo que entre fisco e contribuinte sejam instaurados comportamentos regidos pela lealdade e obediência rigorosa ao princípio da legalidade.

6. Não é admissível que o servidor seja chamado a aceitar retenção de imposto de renda na fonte, em benefício do Estado, em face de ato ilegal praticado pelo próprio Poder Público, ao atrasar o pagamento de suas vantagens salariais.

7. Precedentes desta Corte Superior: REsp nºs 719774/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 617081/PR, Rel. Min. Luiz Fux; 492247/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 424225/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 538137/RS, deste Relator e 719774/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

8. Recurso especial não-provido.

(STJ, Primeira Turma, REsp 923.711/PE, Rel. Min. José Delgado, j. 03/05/2007, DJ 24/05/2007, p. 341)

Observo que, no caso, a condenação da ré à devolução do imposto retido a maior, não afasta a aferição dos valores a serem levantados em cotejo ao conteúdo das declarações de ajuste anual dos contribuintes, a fim de que sejam compensadas eventuais diferenças pagas no âmbito administrativo.

Quanto à incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de juros de mora, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.227.133/RS, representativo de controvérsia, sob o regime do art. 543-C, que disciplina os recursos repetitivos, tornou pacífica a orientação de que não incide imposto de renda sobre os juros de mora aplicados para compensar dívidas resultantes de condenações trabalhistas, conforme transcrição, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JUROS DE MORA LEGAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

- Não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais em decorrência de sua natureza

e função indenizatória ampla.

- Recurso especial, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, improvido.

(STJ, REsp 1.227.133/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 28/09/2011, DJe 19/10/2011)

Contudo, assiste razão à apelante quanto à indevida cumulação da taxa SELIC com outros índices de juros ou de correção monetária.

Desde a edição da Lei nº 9.250/95, a taxa aplicada em matéria tributária e nos casos de repetição de indébito é a taxa SELIC, inclusive em respeito ao princípio da isonomia.

Para tanto, porém, como o art. 39, parágrafo 4º, da Lei nº 9.250/95, não derogou o art. 167, do CTN, entende-se que, para que ela seja aplicada, a decisão deve ter transitado em julgado após 1º de janeiro de 1996, o que sucede no caso vertente.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados a respeito do tema:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - LEI FEDERAL Nº 9718/98: BASE DE CÁLCULO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO: PROCEDÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS: JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. (...)

3. “Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”. (1ª Turma - Min. Teori Albino Zavascki - Resp nº 952809/SP- 04/09/2007). 4. Apelações e Remessa Oficial improvida.

(TRF3, AMS 200661000259874; Relator Des. Fed. FABIO PRIETO; Quarta Turma, j. 13/08/2009, DJF3 CJ1; 20/10/2009; p. 328)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - REMESSA OFICIAL - JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC - LEI Nº 9250/95.

1. Após inúmeras divergências em torno da aplicação da taxa SELIC em ação de repetição de indébito, a Segunda Seção desta Corte, em sessão recente - julgamento de 02/06/2009 -, curvou-se ao entendimento do STJ em torno da questão, segundo o qual a referida taxa é devida tanto na restituição quanto na compensação de tributos, a partir de 1º/01/96, em face do advento da Lei 9.250/95, ficando, desse modo, afastados os efeitos dos artigos 161, parágrafo único, c/c 167, parágrafo único, ambos do CTN. Precedentes do STJ.

2. A aplicação dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária, visto que se firmou entendimento de que a respectiva atualização já está incluída no percentual representado pela taxa, estando vedada, portanto, a cumulação com quaisquer outros índices relativos a tais acréscimos.

3. Embargos infringentes acolhidos.

(TRF3, EI 98030094505; Relatora: Des. Fed. CECILIA MARCONDES; SEGUNDA SEÇÃO, j. 04/08/2009, DJF3 CJ1; 24/09/2009; p. 6)

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação*, tão somente para afastar

a incidência dos juros fixados na r. sentença à base de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado, porquanto incidente, *in casu*, apenas a taxa SELIC e *nego provimento à remessa oficial*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

Sentenças



AÇÃO CONDENATÓRIA

0318066-65.1997.4.03.6102

Autora: E. C. ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2012

Vistos, etc.

E. C. ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. ajuizou a presente AÇÃO CONDENATÓRIA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF pretendendo, em síntese, (i) a condenação da instituição financeira ao pagamento de perdas e danos decorrentes da mora contratual e delitual, acrescido valor do aumento dos custos diretos e indiretos da obra; (ii) declaração de nulidade de cláusulas contratuais; (iii) revisão dos créditos e débitos referente ao mútuo celebrado entre as partes; e (iv) repetição de indébito pago indevidamente.

Aditamento da petição inicial (fls. 256/259).

A CEF, devidamente citada (fls. 265/266), alegou, preliminarmente, litisconsórcio passivo necessário com a União, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, prescrição quinquenal dos juros, correção monetária e seus respectivos reflexos, conforme o art. 178, § 10º, III e IX, do Código Civil de 1916 e, no mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos dada a inexecução involuntária e não culposa do contrato (fls. 268/344).

Réplica (fls. 346/368).

A tentativa de conciliação restou infrutífera (fls. 389).

Laudo pericial contábil (fls. 485/547). Críticas ao laudo (fls. 569/584 e 589/616). Resposta do perito às críticas (fls. 628/641). Novas impugnações e quesitos complementares (fls. 661/671 e 673/679). Resposta do perito (fls. 690/700). Novos quesitos complementares (fls. 706/708).

Manifestação da autora (fls. 718/888).

Agravo retido interposto pela requerente da decisão de fls. 74 que encerrou a instrução processual (fls. 904/918).

Decisão determinando a realização de prova pericial de engenharia (fls. 920/921).

Laudo pericial de engenharia (fls. 948/958).

Críticas ao laudo (fls. 965/1065 e 1068/1198). Quesitos complementares (fls. 1066/1067). Resposta do perito às críticas (fls. 1203/1211).

Novas impugnações (fls. 1217/1231 e 1235/1251). Outros esclarecimentos do perito (fls. 1258/1260).

Quesitos complementares da CEF (fls. 1264/1267).

Decisão que indeferiu o pedido de designação de audiência para a oitiva dos peritos conforme requerido pela CEF (fls. 1269).

Agravo retido da CEF (fls. 1275/1279).

Alegações finais das partes (fls. 1280/1493 e 1494/1497).

Contraminuta ao agravo retido (fls. 1500/1504).

Decisão do juízo requerendo esclarecimentos por parte da CEF (fls. 1506/1507).

Manifestação das partes (fls. 1509/1520 e 1531/1548).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

1. PRELIMINARES

1.1. PRELIMINAR AO MÉRITO: LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO

A CEF sustentou que o contrato de mútuo celebrado com a E. C. ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. para construção do “Conjunto Habitacional Walter Becker” em Sertãozinho utilizou recursos oriundos do Fundo de Garantia Sobre Tempo de Serviço – FGTS, nos termos dos arts. 9º, *caput*, e 11 da Lei nº 8.036/90. Assim, com fundamento nos arts. 4º, 10 e 11 da lei fundiária, afirmou se tratar de mero agente operador dos recursos do FGTS, de modo que se encontra vinculada ao cumprimento das normas emanadas pelo Conselho Curador do FGTS e do Ministério da Ação Social. Pleitou, portanto, a integração da União à lide como litisconsórcio passivo necessário, tendo em vista o interesse e a responsabilidade dos referidos órgãos federais (v. fls. 269/271).

A preliminar não merece prosperar.

No caso de recursos oriundos do FGTS, a Lei nº 8.036/90, em seu artigo 7º, cuidou de conferir à CEF a qualidade de agente operador do sistema fundiário, tendo como atribuições, entre outras, definir os procedimentos operacionais necessários à execução dos programas de habitação popular (inciso III). Foi nessa qualidade que a instituição financeira pactou o mútuo com a autora, cabendo à CEF, exclusivamente, permanecer no polo passivo da demanda.

Dessa forma, rejeito a preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União.

1.2. PRELIMINAR DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO.

A CEF requereu a eliminação dos juros, correção monetária e demais valores acessórios decorrentes do numerário pleiteado a título de perdas e danos pela E. C. ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA haja vista prescrição do art. 178, § 2º e 10, inciso III e IX, do Código Civil de 1916.

No caso em tela, o contrato de mútuo celebrado entre as partes tem como objeto empréstimo de dinheiro para o financiamento de construção de moradias populares, de modo que a ação para reaver perdas e danos, bem como eventual valor acessório, do referido contrato deve ser classificado como pessoal. Desse modo, o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos, nos termos do art. 177 do Código Civil de 1916.

Assim sendo, afasto a preliminar de prescrição.

2. MÉRITO

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o objetivo de concretizar a política habitacional para segmentos de baixa renda da população, o Governo Federal criou o denominado “Plano Empresário Popular” para viabilizar

a construção e a comercialização de moradias por empreendedores desse ramo empresarial, mediante a utilização de recursos do Fundo de Garantia Sobre Tempo de Serviço - FGTS.

Diante desse contexto, em 10 de dezembro de 1991, a autora celebrou com a CEF o contrato de mútuo para a construção e comercialização de 441 moradias populares no “Conjunto Habitacional Walter Becker” em Sertãozinho, no importe de Cr\$ 1.791.108.385,74 (um bilhão, setecentos e noventa e um milhões, cento e oitenta mil, trezentos e oitenta e cinco cruzeiros e setenta e quatro centavos), que correspondia à época a 316.818 (trezentos e dezesseis mil oitocentos e dezoito) Unidades Padrão de Financiamento - UPFs.

A referida quantia deveria ser liberada em 9 (nove) parcelas mensais, a partir de janeiro de 1992, de acordo com a execução das etapas da obra, além da comprovação do registro do contrato de mútuo no Cartório de Registro de Imóveis, bem como da comprovação do recolhimento regular das contribuições previdenciárias, trabalhistas e fiscais, nos termos da cláusula terceira do contrato (v. fls. 92).

Ao banco foi outorgada hipoteca do terreno e acessões onde haveria de ser construída as unidades habitacionais, além de fornecida garantia fidejussória por Edgard Cury, Evelin da Cunha Cury, Edison Cury e Nair Velludo Cury, para garantir o empréstimo contraído.

A quitação do saldo devedor seria efetuada através da venda das unidades habitacionais mediante as denominadas “operações de repasse” aos futuros adquirentes, que deveriam ser realizadas no período de 11 (onze) meses, a partir da data prevista para o primeiro desembolso, ou seja, entre fevereiro a dezembro de 1992.

No entanto, como a CEF não teria desembolsado, no tempo e modo devidos, as parcelas do mútuo, bem como adotou outras práticas lesivas à requerente, inclusive dificultando as operações de repasse das unidades residenciais, a autora ingressou em juízo para que a CEF seja condenada ao pagamento de perdas e danos decorrentes, bem como obtenha a declaração de nulidade das cláusulas contratuais ilegais, de modo que se faça a revisão do saldo devedor e, por fim, a repetição dos valores pagos indevidamente.

Com essa breve síntese, passo a analisar individualmente cada um dos pontos levantados pela autora para chegarmos à solução da lide.

2.2. DA MORA CONTRATUAL E DELITUAL DURANTE A LIBERAÇÃO DAS PARCELAS DO MÚTUO FINANCEIRO

A autora sustentou que a CEF não cumpriu, no tempo e modo devidos o desembolso das parcelas referentes ao mútuo pactuado, sendo que o valor somente foi liberado em 21 (vinte e uma) parcelas, de tal forma que as obras só foram concluídas em julho de 1993, ou seja, 10 (dez) meses além daqueles 9 (nove) inicialmente previstos.

Ponderou que a instituição financeira promoveu o desvio dos recursos referentes à primeira parcela do desembolso para fins estranhos ao custeio da execução da obra.

Disse, ainda, que por causa do inadimplemento da CEF viu-se obrigada a contratar outros empréstimos bancários de curto prazo para suprir as verbas que lhe foram subtraídas.

Ademais, sustenta que a CEF procedia ao lançamento no saldo devedor do valor da parcela do desembolso no dia da efetiva liberação, mas o montante entregue à autora era reajustado tão-somente até o dia 1º do mês respectivo, de modo que o valor que efetivamente recebido era muito inferior ao devido, porém o saldo devedor sofria reajustamento maior.

Vejamos, inicialmente, as cláusulas terceira, quarta e sexta do contrato de mútuo, que regulavam a forma como o desembolso dos valores deveria ser feito (v. fls. 92):

CLÁUSULA TERCEIRA – DESEMBOLSO – O desembolso do empréstimo ora contratado, será efetuada pela CEF, em moeda corrente nacional, segundo o cronograma de desembolso (Anexo I) que, ora aprovado e rubricado pelas partes, integra este Instrumento, de acordo com as normas vigentes na CEF.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – O cronograma financeiro constante do anexo I mencionado no “caput” desta cláusula, somente poderá ser alterado mediante a concordância da CEF, manifestado por escrito ao DEVEDOR.

PARÁGRAFO SEGUNDO – A CEF creditará ao DEVEDOR a primeira parcela do cronograma financeiro anexo a este contrato, em Janeiro/92, valor esse correspondente ao preço dos projetos, Taxa de Risco de Crédito e contribuição ao PRODEC.

***PARÁGRAFO TERCEIRO** – A liberação das parcelas relativas ao pagamento de obras ficará condicionada a comprovação da execução dos serviços correspondentes, além da comprovação do registro referido na Cláusula Trigésima, bem assim à comprovação do recolhimento regular, pelo DEVEDOR das contribuições previdenciárias, trabalhistas e fiscais.*

PARÁGRAFO QUARTO – A CEF creditará, juntamente com a última parcela, os valores correspondentes às despesas de comercialização/legalização, que somente serão liberados após a efetiva comercialização das unidades, mediante a assinatura dos contratos de financiamento.

***PARÁGRAFO QUINTO** – Vencidos os prazos previstos no Cronograma para desembolso das parcelas do empréstimo e não concluídas as respectivas etapas de obras, os correspondentes valores serão lançados a débito da conta do DEVEDOR para efeito de vencimento de juros e reajuste. Uma vez creditados em sua conta na CEF, esses valores somente poderão ser levantados após a conclusão das etapas a que correspondam, mediante autorização da CEF.*

PARÁGRAFO SEXTO – A CEF deduzirá, no ato do crédito das parcelas constantes do Cronograma de Desembolso, a título de Taxa de Risco de Crédito, 1% (hum por cento) sobre seus valores.

CLÁUSULA QUARTA – GARANTIA HIPOTECÁRIA – Em garantia do empréstimo ora concedido e demais obrigações assumidas, o DEVEDOR dará à CEF, em primeira e especial hipoteca, transferível a terceiros, o imóvel descrito e caracterizado no Anexo II, a ser adquirido pelo DEVEDOR por meio de instrumento particular de compra e venda, livre e desembaraçado de quaisquer ônus, bem como as benfeitorias que lhe serão acrescentadas, com as características definidas no processo relativo à presente operação de crédito.

(...)

CLÁUSULA-SEXTA – EXIGÊNCIAS PARA LEVANTAMENTO DO CAPITAL MUTUADO – Além do disposto na CLÁUSULA QUARTA, o levantamento das parcelas do empréstimo subordinar-se-á às seguintes condições:

- a) apresentação do laudo liberatório fornecido pela unidade de engenharia e consequente deferimento da Gerência da CEF;
- b) prazo mínimo de 30 (trinta) dias entre as entregas das parcelas de financiamento, salvo decisão da CEF no sentido de dispensar esse prazo;
- c) certificado de matrícula da obra (C.M.) expedido pelo IAPAS;
- d) apresentação de documentos que comprovem a satisfação dos encargos trabalhistas, previdenciários e regularidade fiscal, quando exigidos pela CEF;
- e) manter em local visível, obrigatória e permanentemente, placa de acordo com o modelo oficial fornecido pelo Ministério da Ação Social;
- f) colocação no local da obra, em lugar visível, de placa indicativa da participação da CEF. Deverá também constar nas placas de obras e na divulgação dos empréstimos e dos empreendimentos a frase: obras e operações financiadas com recursos do FGTS um patrimônio do trabalhador;
- g) manutenção no local da obra, à disposição do órgão de engenharia da CEF, das planilhas, especificações e memoriais aprovados pelos órgãos públicos competentes.

À luz dos dispositivos contratuais *supra* transcritos, ao vislumbra-se que a liberação dos

valores não era um direito absoluto, potestativo ou incodicionado. Mas, ao contrário, o próprio contrato impunha para a liberação das parcelas o cumprimento de determinadas condições, tais como, a comprovação da execução dos serviços, o devido registro do contrato de empréstimo no Cartório de Registro de Imóveis; e o pagamento das contribuições previdenciárias, trabalhistas e fiscais.

Vale dizer, *a autora não poderia simplesmente exigir a liberação das parcelas do mútuo conforme o cronograma inicialmente previsto no contrato, sendo necessário que, antes disso, demonstrasse o integral cumprimento de todas as obrigações por ela assumidas.*

De outro lado, por expressa disposição contratual o agente financiador poderia suspender unilateralmente o desembolso das parcelas do mútuo, por tempo indeterminado, sempre que houvesse por parte da autora o inadimplemento de qualquer obrigação contratualmente assumida, consoante cláusula décima-terceira, alínea “d”, como abaixo transcrito (v. fls. 96):

CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA – SUSPENSÃO DOS DESEMBOLSOS – A CEF poderá, a qualquer momento, mediante comunicação por escrito ao DEVEDOR, suspender os desembolsos, se não preferir rescindir o contrato, na hipótese de ocorrer e enquanto persistir quaisquer das seguintes circunstâncias:

(...)

d) inadimplemento, por parte de DEVEDOR, de qualquer obrigação contratualmente assumida com a CEF.

Assim, *chegamos à conclusão que a CEF detinha poderes para suspender a liberação das parcelas do mútuo em hipóteses de inadimplemento contratual.*

Passemos, então, a analisar, mais detidamente, cada uma das questões relacionadas à liberação das parcelas do mútuo.

2.2.1. QUANTO À PRIMEIRA PARCELA

No que tange à primeira parcela, prevista para ser creditada em janeiro de 1992, observamos pelos documentos acostados às fls. 107 e 1092/1093 que a instituição financeira, embora tenha depositado o numerário em favor da autora, bloqueou o valor por tempo indeterminado.

As questões que surgem, então, são as seguintes: O que motivou o procedimento adotado pela CEF? Haveria razões previstas em contrato que dariam suporte jurídico para tal atitude do banco?

Pois bem. Este juízo em despacho de fls. 1506/1507 – no item “a” – requereu que a CEF informasse as razões do bloqueio da primeira parcela.

A CEF, por conseguinte, apontou que *a autora não havia cumprido com suas obrigações contratuais, notadamente a comprovação do registro do contrato de mútuo no Cartório de Registro de Imóveis de Sertãozinho*, conforme apontado às fls. 1511/1514 que abaixo transcrevo:

- *Comprovação dos Serviços Correspondentes*: conforme demonstrado nos Relatórios de Vistoria de Obra emitidos pelos profissionais de engenharia da CAIXA a primeira avaliação da evolução física da obra ocorreu somente em 03/04/92, ou seja, quatro meses após a assinatura do contrato, isto motivado pela própria autora que requereu à CAIXA que prorrogasse o prazo em decorrência da necessidade de a Prefeitura Municipal de Sertãozinho/SP realizar convites para a execução da terraplanagem do local da obra, conforme correspondência da

autora data de 27/02/92 data em que a CAIXA já havia liberado 6,01% do valor do empréstimo sem ter ocorrido qualquer evolução física da obra.

(...)

- *Comprovação do Registro Referido na Cláusula Trigésima:* A Cláusula Trigésima assim dispõe:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA – REGISTRO – Obriga-se o DEVEDOR a proceder ao registro do presente instrumento no competente Cartório de Registro de Imóveis, na forma do parágrafo sétimo do Art. 1º da Lei nº 5.049, de 29 de junho de 1996, comprometendo-se a apresentar à CEF a certidão da realização desse ato no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data de assinatura deste instrumento.”

Conforme R. 5 da matrícula nº 22.805 – fl. 01 (verso) do Livro 02 do Cartório de Registro de Imóveis de Sertãozinho/SP, o Registro do Contrato de Empréstimo ocorreu quase 3 (três) meses após a assinatura do mesmo, ou seja, o registro ocorreu em 05/03/1992, tendo a CAIXA encaminhado 3 vias do contrato à Autora para registro em 12/12/1991 por meio de OF DIHAB/DIHAP/BU 273/91, o qual foi recebido pela Autora/DEVEDORA na mesma data.

(...)

- *Recolhimento Regular das Contribuições Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais:* para melhor elucidar a questão necessária se faz também mencionar alguns pontos do conteúdo da Cláusula Sexta do Contrato de Empréstimo, a saber:

(...)

Ora, uma das exigências era justamente que fosse realizada a vistoria da obra (letra “a”) para comprovação da sua evolução física da respectiva etapa, o que se daria por meio de ateste do profissional da CAIXA.

Quando da data prevista para a realização da primeira vistoria a própria construtora solicitou à CAIXA que a mesma fosse protelada conforme se comprova nos próprios documentos apensos às fls. 591-592 dos autos, e que são, inclusive, objeto de solicitação de esclarecimentos por parte do M.M. Juiz na letra c) do seu despacho de 14/09/2011.

Ora, de acordo com a cláusula trigésima do contrato (v. fls. 100) a autora tinha a incumbência de promover o registro do pacto celebrado em 15 (quinze) dias a contar da data da assinatura do mesmo – que ocorreu em 10.12.1991 (v. fls. 102):

CLÁUSULA TRIGÉSIMA – REGISTRO – Obriga-se o DEVEDOR a proceder ao registro do presente instrumento no competente Cartório de Registro de Imóveis, na forma do parágrafo sétimo do Art. 1º da Lei nº 5.049, de 29 de junho de 1966, comprometendo-se a apresentar à CEF a certidão de realização desse ato no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data de assinatura deste instrumento.

Portanto, a requerente tinha até o dia 25.12.1991 para demonstrar ao agente financiador – a CEF - o cumprimento da referida obrigação contratual para que não houve atrasos na liberação da primeira parcela do mútuo.

No entanto, esse registro somente foi efetuado em 05.03.1992 (v. fls. 1512), ou seja, quase 3 (três) meses após a data final para que a autora adimplisse sua obrigação.

Não se tratava de uma mera formalidade contratual a ser desprezada, mas ato fundamental de instituição da garantia hipotecária de todo o empréstimo, cujo valor era altíssimo.

Dessa forma, não é possível censurar a atitude do agente financiador que, embora tenha depositado o valor da primeira parcela do mútuo em favor da autora em 28.01.1992 (v. fls. 107 e 1092/1093), acabou bloqueando a liberação do numerário, tendo em vista que a

beneficiada não havia cumprido com sua parte.

Ademais, muito embora a CEF tenha afirmado tal ponto, a requerente, quando lhe foi dada a oportunidade para se manifestar a respeito do atraso no registro do contrato (v. fls. 1535/1536), simplesmente nada comentou, restringindo-se a sustentar que a instituição financeira estava tentando ludibriar o juízo distorcendo informações.

Por essa linha de raciocínio, não há como sustentar que houve mora contratual e delitual por parte da CEF na liberação da primeira parcela do mútuo, uma vez que foi a própria autora quem atrasou o cumprimento de sua obrigação de registrar o contrato no Cartório de Registro de Imóveis de Sertãozinho.

2.2.2. QUANTO ÀS DEMAIS PARCELAS

Assim, após ficar assentado no item 2.2.1. – QUANTO À PRIMEIRA PARCELA *supra* que não ocorreu qualquer ilegalidade praticada pela CEF ao bloquear a primeira parcela do mútuo pactuado, a questão que se coloca diz respeito a eventual mora contratual e delitual do banco quanto as demais parcelas.

Inicialmente, consignado que a autora somente em março de 1992 desincumbiu-se de sua obrigação contratual de registrar o contrato de mútuo no Cartório de Registro de Imóveis, *resta demonstrado que o cumprimento do cronograma físico da obra já estava comprometido em pelo menos 3 (três) meses. O que acarretaria, conseqüentemente, o atraso no desembolso das parcelas referentes aos meses de fevereiro e março de 1992.*

Com essa argumentação, restou notório que foi a própria autora quem deu causa à ausência dos aportes financeiros no período de janeiro a março de 1992.

Ora, desprovida de parte significativa dos recursos necessários para a execução das obras, o efeito imediato seria o atraso na execução e cumprimento do cronograma físico do empreendimento.

Pois bem. Conforme destacamos no item 2.2. DA MORA CONTRATUAL DURANTE A LIBERAÇÃO DAS PARCELAS DO MÚTUA FINANCEIRO *supra* a liberação das parcelas do mútuo estava condicionada ainda à comprovação da execução dos serviços executados de acordo com o cronograma físico, nos termos da cláusula terceira, parágrafo terceiro, do contrato (v. fls. 92).

Para que as parcelas do mútuo fossem liberadas em conformidade com o cronograma financeiro, fazia-se necessário que a requerente também demonstrasse o efetivo cumprimento das etapas da construção do respectivo empreendimento, de acordo com o estipulado inicialmente.

Ocorre que, com o fim da instrução processual, verificamos que *a construtora/autora não cumpriu com o cronograma físico estabelecido entre as partes.*

De um lado, a própria autora requereu a alteração do cronograma físico conforme se verifica às fls. 591 dos autos onde informa a impossibilidade de iniciar as obras em razão da Prefeitura Municipal de Sertãozinho estar em atraso com os serviços de terraplanagem e face à grande precipitação pluviométrica ocorrida nos meses de janeiro e parte de fevereiro.

De outro, através dos relatórios de vistorias de obra emitidos pelos engenheiros credenciados da CEF, que acompanharam a construção do empreendimento, ficou constatado que *a obra foi executada com atrasos em relação ao cronograma físico inicial, bem como ocorreu paralisação das atividades nos períodos relativos a 14.07.1992 a 16.09.1992 e 22.10.1992 a 11.11.1992, conforme abaixo se transcreve (v. fls. 593/616):*

Fls. 594 – fiscalização efetuada em 28.04.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 As obras em relação ao cronograma estão defasadas.”

Fls. 595 – fiscalização efetuada em 22.05.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 Em relação ao cronograma as obras estão defasadas.”

Fls. 596 – fiscalização efetuada em 25.06.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 As obras estão defasadas em relação ao cronograma.”

Fls. 597 – fiscalização efetuada em 03.08.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 As obras estão paralizadas desde 14/07/92”

Fls. 599 – fiscalização efetuada em 29.09.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 As obras reiniciaram dia 16/09/92.”

Fls. 600 – fiscalização efetuada em 27.10.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 A obra está defasada com relação ao cronograma.”

Fls. 601 verso – fiscalização efetuada em 27.11.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 A obra está defasada com relação ao cronograma.”

Fls. 602 – fiscalização efetuada em 28.12.1992:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL
 (...)”
 A obra está bastante defasada c/ relação ao cronograma.”

Fls. 604 – fiscalização efetuada em 16.02.1993:
 “CONSIDERAÇÕES FINAIS E PARECER FINAL.
 (...)”
 O cronograma está vencido e a obra atrasada”.

Muito embora se tenha averiguado os atrasos nas etapas do empreendimento, o Gerente do Núcleo – NUHAP/BU da CEF, Sr. Eduardo Rengel Veloso de Almeida, em ofício datado de 14 de dezembro de 1992 admitiu que ocorreu atrasos no desembolso das parcelas de abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 1992, muito embora as obras tivessem sido executadas pela empresa autora, conforme se verifica às fls. 190:

1. Face ao problema de fluxo financeiro de recursos oriundos do FGTS, o Contrato em questão ficou com as seguintes parcelas de obras executadas e não pagas pela CEF:

DATA	VALOR ACUMULADO (UPF)
30.ABR.92	2.274,03732
30.MAI.92	7.766,43556
30.JUN.92	26.276,71037
30.JUL.92	27.176,95551
30.AGO.92	21.492,74498
30.SET.92	30.353,99261
30.OUT.92	ZERO

2. Pelo exposto, verificamos que a empresa teve retenções de parcela desde o mês de Abril/92, cuja normalização ocorreu em Outubro/92.

Da mesma forma, a própria CEF em sua peça defensiva admitiu o atraso nos desembolsos sob a alegação de inexecução involuntária e não culposa, consoante se verifica da contestação às fls. 276/277:

... a CEF, sendo mero agente operador, não é proprietária dos recursos do FGTS; não controla a aplicação destes recursos nem fixa suas diretrizes; não expede normas relativas à alocação dos recursos nem fixa suas diretrizes; também não é responsável pelos atrasos na liberação destes recursos. A CEF, tão-somente, firma os contratos por autorização do Ministério da Ação Social e, para poder cumpri-los, sujeita-se a receber os repasses dos recursos disponibilizados pelo Conselho Curador do Fundo.

Entretanto, a CEF sempre quis cumprir o contrato em todas as suas cláusulas. O que ocorreu foi a impossibilidade de executá-lo por circunstâncias alheias às suas vontades, totalmente imprevisíveis e inevitáveis, os quais não concorreram para dar causa.

Ocorreu que a CEF não recebeu as liberações de recursos por omissão do Conselho Curador, responsável por tais liberações, não podendo repassá-los aos Agentes Promotores no tempo e valor avençados.

Viu-se, pois, a CEF, diante de uma impossibilidade superveniente e objetiva, que não diz respeito à sua pessoa e para a qual não concorreu, a impedir que executasse os contratos firmados com recursos oriundos do FGTS.

Assim, nos meses em que ocorreu a inexecução por parte da CEF, a inexecução foi involuntária. A CEF não concorreu com culpa em momento algum.

(...)

Portanto, nenhuma responsabilidade pode ser imputada à CEF, por impossibilidade que não foi por ela causada. Estando na dependência do Conselho Curador para receber as verbas por não seria a CEF que iria responder pela omissão daquele. (...)

Diante essa incoerência, este juízo em despacho de fls. 1506/1507 – no item “b” – requereu que o banco esclarecesse as divergências de informações constantes nos documentos constantes às fls. 190, onde se noticiava a execução das obras pela autora e mesmo assim a retenção das parcelas do mútuo, e o documento de 1069/1070, no qual se relatava a existência de atrasos na elaboração das obras.

A CEF, por conseguinte, *apontou que a autora não havia cumprido com cronograma físico de execução da obras* (v. fls. 1515):

O documento às fls. 190 dos autos informa que os pagamentos realizados pela CAIXA no período (acumulado) estiveram aquém dos serviços executados pela Construtora.

Já o documento às fls. 1069/1070 trata-se de manifestação da CAIXA aos apontamentos do Sr. Perito ao Quesito de nº 17 da autora e informa que a evolução física da obra a partir da segunda medição – abril/1992 esteve aquém do previsto no Cronograma Físico-Financeiro conforme se comprova por meio dos documentos denominados Relatório de Vistoria de Obra emitidos pelos profissionais de engenharia da CAIXA.

Verifica-se inclusive que o documento às fls. 190 dos autos aponta como início das divergências de liberações de valores a data de 30/04/1992, ao passo que o atraso na evolução física da obra já se constituiu no mês de fevereiro/92 por solicitação da própria autora conforme documento às fls. 591/592 dos autos.

(...)

É de suma importância esclarecer que, conforme planilha às fls. 1074 dos autos, os pagamentos realizados pela CAIXA relativos ao montante contratado estiveram superiores a evolução física da obra até o mês de Maio/1992, inclusive:

(...)

Em contrapartida, além da evolução física da obra estar inferior aos desembolsos da CAIXA ela também estava atrasada em relação ao % previsto no Cronograma Físico-financeiro, conforme Relatórios de Vistoria de Obra emitidos pelos profissionais de engenharia da CAIXA, senão vejamos:

Diante de todo esse contexto, cotejando-se os atrasos ocasionados pela própria autora para que tivesse condições de se apropriar da primeira parcela do mútuo somente em abril de 1992, bem como os relatórios de vistorias de obra emitidos pelos engenheiros credenciados da CEF, que efetivamente acompanharam a construção do empreendimento, constatando que a obra foi executada com atrasos em relação ao cronograma físico inicial, bem como ocorreu paralisação das atividades nos períodos relativos a 14.07.1992 a 16.09.1992 e 22.10.1992 a 11.11.1992, não nos parece legítima a pretensão de exigir que o agente financiador cumprisse o pactuado inicialmente quanto à liberação das parcelas do mútuo, quando a própria autora deixou de adimplir a condição contratual expressamente prevista concernente ao cumprimento das etapas previstas no cronograma físico.

É certo que o contrato de mútuo previa inicialmente que o desembolso do valor ocorresse em 9 parcelas. No entanto, o elastecimento da liberação do dinheiro para 21 parcelas deveu-se ao atraso das obras, de modo que a CEF somente poderia liberar o numerário que correspondesse ao cronograma físico executado, em conformidade com a estipulação contratual.

Dessa forma, como nas vistorias efetuadas pelos engenheiros da CEF durante a construção do empreendimento residencial a autora ficava aquém do cronograma físico estabelecido inicialmente, era razoável que a liberação dos valores fosse correspondente ao quanto executado pela construtora.

Não se alegue que a CEF foi a responsável pelo atraso das obras ao bloquear a primeira parcela do mútuo, tendo em vista que como visto no item 2.2.1 QUANTO À PRIMEIRA PARCELA *supra* foi exaustivamente esclarecido que a própria autora deu causa ao atraso da liberação, tendo em vista demorar quase 3 (três) meses para registrar o contrato de mútuo no Cartório de Registro de Imóveis.

Ademais, segundo sustentado na exordial, a requerente teria captado recursos no mercado para suprir as alegadas deficiências de aporte financeiro praticado pela CEF, como o fim de auxiliar na execução das obras. No entanto, o que se constatou foi que mesmo com a inclusão

de outros recursos a construtora não conseguiu cumprir com o cronograma físico da obra estabelecido, sendo de rigor afirmar que não fazia jus também ao desembolso das parcelas do mútuo conforme pactuado inicialmente.

É certo que os peritos judiciais apontaram os atrasos da CEF na liberação das parcelas do mútuo financeiro, *verbis*:

Perita Rita de Cassia Casela:

Fls. 484: “... O mútuo do Conjunto Habitacional Walter Becker foi liberado em 20 parcelas – Vide Planilha I.”

Fls. 490: “... De acordo com Cronograma – fl. 103 – o Mútuo teria que sr liberado em 9 (nove) parcelas no total de Cr\$ 1.791.108.385,74 (valores correntes), correspondente a 316.818 UPFs (Unidade Padrão de Financiamento).

No entanto as liberações se deram em 20 (vinte) parcelas, totalizando 301.989,62 UPFs (Unidade Padrão de Financiamento). Portanto a Ré – CEF, deixou de liberar 14.828,38 UPFs, considerando a UPF do dia 1º de cada mês. A Planilha II compara os valores dos desembolsos contratados e os efetivamente liberados.”

Fls. 497: “As liberações dos Recursos não seguiram o cronograma de desembolso previsto no contrato.”

Fls. 631: “O Contrato assinado, como já descrito anteriormente, previa a liberação do financiamento em 09 parcelas, sendo a primeira, com data de liberação o mês de janeiro tendo como finalidade o pagamento de projetos e terrenos e, as posteriores, pagas mediante a comprovação das etapas da obra, onde ficou evidenciado conforme a Planilha VII, que a CEF não cumpriu o Contrato Firmado.”

Perito Edgar Pereira Junior

Fls. 950: “Fica evidente que a Ré CEF, atrasou o Cronograma de Desembolso da obra, conforme está comprovado à folha nº 09 – item 21 do Processo e este atraso realmente provocou o atraso da obra em 10 (dez) meses conforme Declaração de Expedição de Habite-se por parte da Prefeitura Municipal de Sertãozinho que atesta que a obra foi concluída em 08 de julho de 1993 (fls. 132). A obra que tinha um cronograma inicialmente estabelecido de 01/1992 até 09/1992 foi terminada em 07/1993, portanto com uma dilação de prazo de 10 (dez) meses”.

No entanto, essa conclusão diz respeito ao cronograma inicial, que no caso concreto não deve ser levado em conta, tendo em vista o inadimplemento das obrigações contratuais por parte da autora. Assim sendo, embora os peritos apontem atrasos na liberação das parcelas do mútuo, não há que se falar em mora contratual e delitual, pois foi a parte autora quem deu causa à demora da CEF em liberar as parcelas do mútuo.

Nesse sentido, vejamos o relatório apresentado pelo setor técnico da CEF – GENAC – que bem demonstram como, de fato, ocorreram os acontecimentos que deram causa à presente lide (v. fls. 1069/1070):

(...)

3.1.1.3. Convém trazer novamente à baila expediente emitido pela autora, datado de 27/02/1992, pelo qual a autora requer a reprogramação da obra inerente ao empreendimento do C.H. Walter Becker em Sertãozinho/SP, em face da necessidade da Prefeitura Municipal daquele município realizar convites para a execução da terraplanagem do local da obra. O documento em questão foi recepcionado pela CAIXA em 28/02/92.

3.2.1.4. A primeira parcela foi liberada pela CAIXA EXATA E INTEGRALMENTE como previsto no Cronograma de Desembolso que compõe o contrato de empréstimo, ao contrário do demonstrado pela autora e pela perícia.

3.2.1.5. Em FEV/92 não houve liberação de recursos simplesmente porque a Autora não havia iniciado as obras, fato que ocorreu em 25/02/92, conforme atesta o Engenheiro Credenciado da CAIXA nas suas Considerações e Parecer Final, constantes no RVO emitido em 06/04/92, inerente à vistoria ocorrida em 03/04/92 à obra.

3.2.1.6. Em todos os Relatórios de Vistoria de Obra emitidos pelos profissionais de engenharia da CAIXA, a partir da Segunda Medição, ocorrida em ABRIL de 1992, foram observados atrasos no andamento da obra em relação ao cronograma físico-financeiro, ocorrendo inclusive a sua paralisação no período correspondente aos dias 14/07/92 e 16/09/92.

3.2.1.6.1. A interrupção na obra está registrada no RVO emitido em 03/08/92.

3.2.1.6.2. Ressalte-se que em OUT/92 o percentual de recursos liberados pela CAIXA era superior ao percentual de obra efetivamente executado pela construtora, assim como ocorreu nos meses de ABRIL e MAIO/92, conforme ANEXO I da presente NT.

3.2.1.6.3. Ainda, em que pese o pagamento da CAIXA estar rigorosamente em consonância com o andamento das obras em OUT/92, o engenheiro responsável pela medição de 16/09 até 16/10 atestou que:

“- trabalharam de 16/09 a 16/10 cinco pessoas, sendo 3 pedreiros e um servente. Do dia 19/10 ao dia 22/10, tabalharam somente 1 servente e um pedreiro. No dia da medição (23/10/92) a obra esta paralizada.”

3.2.1.6.4. Por ocasião da medição efetuada em 04/03/93 o mesmo engenheiro responsável pela medição e emissão do RVO atestou que:

“No dia 04/03/93 vistorei o núcleo residencial e constatei o que se segue:

1) – Por ocasião da 11ª medição do dia 24/02/93 trabalharam na obra 70 a 80 pessoas, entre empreiteiros e pessoal da construtora, variando conforme as ausências ocasionais. No relatório foi até observado que o ritmo das obras era bom.

- 2 guardas da obra, 2 mestres de obras, 13 funcionários da construtora, 2 encanadores (empreiteiros) e mais dois empreiteiros.

Fui informado por funcionários da construtora que o restante (em torno de 50 a 60 homens) parou de trabalhar a mando da construtora.

3.2.1.6.5. As obras de infra-estrutura somente tiveram início entre a medição de ABR/93 e MAIO/93 conforme atestado no RVO de 27/05/1993, relativo à medição de 26/05/1993, pelo engenheiro responsável:

“-Foram iniciadas as obras de infra-estrutura: redes de água e esgoto.

A rede elétrica não iniciou, sendo já comprados os postes.”

O próprio esclarecimento requerido por este juízo através do despacho de fls. 1506/1507 onde a CEF explicita que a liberação das parcelas do mútuo observaram a porcetagem de cumprimento que a autora executava das obras (v. fls. 1516/1517):

(...)

A empresa de construção civil (DEVEDORA) deveria comprovar junto a CAIXA (CREDORA) a evolução física da obra em cumprimento da etapa prevista no Cronograma Físico-financeiro. Essa evolução era confirmada por meio de medição efetuada in loco por profissional de engenharia e arquitetura do quadro da CAIXA e registrado no documento denominado “Relatório de Vistoria de Obra”, no qual o profissional de engenharia manifestava se a construtora havia cumprido ou não a etapa, se a obra estava em atraso, em ritmo normal ou mesmo adiantada, e em que percentual isso ocorria, inclusive em relação ao previsto no Cronograma Físico-financeiro.

O posicionamento do engenheiro era encaminhado à unidade gestora do contrato para análise e avaliação do cumprimento pela DEVEDORA das demais condicionantes contratuais para liberação das parcelas (CND, quitação de encargos trabalhistas, previdenciários, etc ...), consoante Parágrafo Terceiro da Cláusula TERCEIRA, Cláusula SEXTA inclusive o Parágrafo Primeiro e Cláusula DÉCIMA-TERCEIRA, todas do Contrato de Empréstimo assinado entre as partes. De posse das informações da área de engenharia e não havendo restrições documentais e legais, a unidade gestora do contrato autorizava a Agência da CAIXA à qual o empreendimento estava vinculado, a realizar o pagamento da DEVEDORA observado os limites de desembolso, a exemplo do % de evolução física da obra e também o % previsto no Cronograma Físico-Financeiro, e descontado os encargos previstos contratualmente.

Em suma, não há que se falar em mora contratual ou delitual da CEF na liberação das demais parcelas do mútuo porque o desembolso efetuado pelo banco tão somente obedeceu ao critério de liberar valores em conformidade com porcentagens efetivamente construídas do empreendimento.

2.3. METODOLOGIA UTILIZADA PARA APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS DO MÚTUO

Outro ponto questionado consistiu na metodologia utilizada pela CEF para a liberação das parcelas do mútuo.

Conforme exposto na inicial o agente financiador promovia o desembolso das parcelas no fim de cada mês. No entanto, a CEF lançava no saldo devedor a quantia liberada no mesmo dia (fim do mês), porém o referido montante era reajustado somente até o primeiro dia do mês correspondente. Desta forma, o valor disponibilizado para a execução da obra era muito inferior ao lançamento efetuado no saldo devedor da autora.

Vejam, então, o que dispõe o contrato quanto ao seu reajuste monetário na cláusula décima quinta (v. fls. 96/97):

CLÁUSULA DÉCIMA-QUINTA – REAJUSTE MONETÁRIO DO CONTRATO – O saldo devedor e todos dos demais valores constantes deste contrato serão atualizados mensalmente no dia primeiro de cada mês, mediante a utilização de coeficiente de remuneração aplicável básica às contas vinculadas do FGTS.

Vislumbra-se que a respectiva cláusula contratual estabelecia que tanto as parcelas do mútuo como o saldo devedor deveriam ser reajustados no dia primeiro de cada mês, inclusive na mesma proporção das parcelas que a requerente entende que foram liberadas a menor.

Ora, foi estabelecido contratualmente que as parcelas desembolsadas, assim como o saldo devedor, teriam correção monetária somente até o primeiro dias do mês correspondente à liberação, não até a data prevista para sua liberação.

Dessa forma, é possível perceber que os valores desembolsados foram os mesmos creditados no saldo devedor, de modo que a autora ao final do contrato deveria devolver ao credor o que efetivamente recebeu (com acréscimos dos juros e encargos contratuais), de modo que não há que se falar em desequilíbrio, nem tampouco em pagamento a maior, pois inexistiu descompasso entre a atualização das parcelas e do saldo devedor.

Como assim foi pactuada entre as partes e não havendo qualquer contrariedade ao

ordenamento jurídico, referida cláusula há de ser preservada.

Em suma, *o questionamento da autora quanto à metodologia utilizada pela CEF para a liberação das parcelas do mútuo não merece prosperar.*

2.4. RESPONSABILIDADE PELOS CUSTOS DIRETOS E INDIRETOS DO EMPREENDIMENTO EM RAZÃO DO ATRASO NA FINALIZAÇÃO DAS OBRAS

Assentado no item 2.2. DA MORA CONTRATUAL DURANTE A LIBERAÇÃO DAS PARCELAS DO MÚTUO FINANCEIRO *supra* dessa sentença que não há como imputar culpa à CEF pela ausência de liberação das parcelas do mútuo como inicialmente prevista no contrato - visto que foi a própria autora quem não cumpriu com suas obrigações no tempo programado, mormente o registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis e o cronograma físico do empreendimento - deve-se reconhecer também que inexistente responsabilidade por parte do banco por ter a autora efetuado a contratação de outros empréstimos bancários para auxiliar na execução da obra.

Nessa mesma linha de raciocínio, não pode a CEF arcar com os prejuízos sofridos pela autora por ter que se sujeitar aos encargos financeiros além do tempo de duração inicialmente previsto no contrato, tais como o aumento do saldo devedor pela aplicação de juros e correção monetária, o retardamento na possibilidade de repasse das unidades habitacionais, as despesas gerais administrativas, notadamente o pagamento de prêmios de seguro, e, por fim, os eventuais lucros cessantes.

Em suma, *os custos diretos e indiretos do empreendimento são de responsabilidade exclusiva da autora em razão do atraso na finalização das obras.*

Vejamos, agora, outros questionamentos formulados pela autora em sua petição inicial.

2.5. TAXA DE RISCO DE CRÉDITO E CONTRIBUIÇÃO AO PRODEC

A autora insurgiu-se contra a Taxa de Risco de Crédito e a contribuição ao PRODEC, vez que com a dupla mora da CEF tais cobranças seriam indevidas. Ademais, sustentou que a contribuição ao PRODEC teria natureza tributária, de modo que seria indevida por ausência de previsão legal da exação. Por fim, salientou que a Taxa de Risco de Crédito exigiria a previsão em apólice única do Sistema Financeiro da Habitação, nos termos do § 6º da cláusula terceira do contrato.

Não há razão nos argumentos aviventados.

Em primeiro lugar, porque conforme exaustivamente assentado nos itens anteriores desta sentença, restou incontroverso a inexistência de mora contratual e delitual da CEF.

De outro lado, a contribuição ao PRODEC, ao revés do afirmado, não foi descontada da primeira parcela do mútuo, mas foi acrescida ao montante a ser liberado em favor da autora, consoante previsto no contrato no parágrafo segundo da cláusula terceira (v. fls. 92):

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO - A CEF creditará ao DEVEDOR a primeira parcela do cronograma financeiro anexo a este Contrato, em Janeiro/92, valor esse correspondente ao preço dos projetos, Taxa de Risco de Crédito e contribuição ao Prodec.

Desse modo, a discussão sobre a exação deve ser proposta diante da pessoa política que tem capacidade de exigí-la.

Por fim, quanto ao desconto da Taxa de Risco de Crédito, não observamos qualquer irregularidade vez que expressamente prevista no pacto celebrado entre as partes, no parágrafo sexto, da cláusula terceira (v. fls. 92):

(...)

A CEF deduzirá, no ato do crédito das parcelas constantes do Cronograma de Desembolso, a título de Taxa de Risco de Crédito, 1% (hum por cento) sobre seus valores.

Assim, não havendo qualquer abusividade na cláusula que prevê o pagamento da Taxa de Risco de Crédito, é de rigor mantê-la tal como previsto.

2.6. A TAXA REFERENCIAL - TR

Sobre a utilização da TR no contrato de mútuo, tanto para o reajustamento da prestação como do saldo devedor, convém realizarmos uma breve ponderação sobre o polêmico índice.

Em 1º de março de 1991, veio ao mundo jurídico a lei nº 8.177/91, extinguindo o BTN Fiscal, sendo que a forma de atualização monetária substitutiva, a TRD, por não ser índice medidor da inflação passada, mas taxa de juros, mostrava-se inadequada.

Tanto assim que a Lei nº 8.383/91, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência (UFIR), como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal, essa Lei, em boa hora, afastou a possibilidade de a Taxa de Referência (TR), criada ao ensejo do Plano Collor II (Lei nº 8.177/91), servir como fator de correção monetária.

Nesse passo, anoto que a TR tem caráter prospectivo refletindo a expectativa de correção monetária para o período. Portanto, não é índice de inflação, já que não mede a desatualização da moeda no passado.

Sobre a questão, a nossa Suprema Corte oportunamente afastou a possibilidade de a TR ser utilizada como índice de atualização monetária dos *contratos já firmados no âmbito do sistema financeiro de habitação, com a cláusula PES*.

Neste sentido, assim decidiu o Colendo STF na ADI 493/DF:

Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançado, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

- Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafo; 24 e parágrafos, todos da lei 8177, de 1 de maio de 1991.

(ADI 493/DF, relator Ministro Moreira Alves, decisão de 25.06.92, publicado no DJ de 04.09.92)

Desta forma, o que o STF proibiu foi a utilização da TR como fator de correção dos contratos de SFH, com cláusula PES, e que já se encontravam em andamento quando da edição da lei instituidora da TR. Vale dizer, a nossa mais alta Corte não impediu a utilização da TR como fator de reajuste dos contratos vindouros, desde que existente cláusula neste sentido.

No caso concreto, como o contrato foi firmado em data posterior à edição da lei que instituiu a TR (de 1991), é legítimo o reajustamento do saldo devedor pela TR. Sendo esse o pleito dos requerentes, anotamos que a correção do FGTS é feita pela TR e nesse ponto, improcede o pedido, posto que a atualização vem sendo feita como requerida na exordial.

2.7. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO

Quanto ao modo de se proceder a amortização da dívida, assim observa a Circular BACEN 1.278:

Nos financiamentos habitacionais, *a amortização decorrente do pagamento de prestações deve ser subtraída do saldo do financiamento depois de sua atualização monetária*, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data. (grifo nosso)

Nesse sentido, temos a jurisprudência predominante do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, abaixo colacionada:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. URV. LEI 8880/94. REAJUSTAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESOLUÇÃO 2059 DO BACEN. CONTRATO DE MÚTUO. APLICABILIDADE DA TR AOS CONTRATOS DO SFH. AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA. APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. RECURSO DESPROVIDO. (...)

14 – No que diz respeito à alegada inversão indevida na ordem legal da amortização da dívida, igualmente sem razão a parte apelante, a teor do art. 6º, “c”, da Lei 4.380/64.

15 – Advém, substancialmente, desse dispositivo legal, o fundamento jurídico para a adoção do denominado Sistema Francês de Amortização – Tabela Price – nos contratos do sistema financeiro da habitação.

16 – A locução “antes do reajustamento” prevista no citado dispositivo legal, refere-se, a toda evidência, não à amortização de parte do financiamento, como pretende a parte apelante, mas à igualdade do valor das prestações mensais e sucessivas, uma das características fundamentais do sistema francês de amortização adotada pela lei.

17 – A amortização nos moldes pretendidos pelos mutuários descaracterizaria por completo o sistema Price, impondo ao contrato de mútuo um completo desequilíbrio que não é de sua natureza. Isto porque é da essência do mútuo a obrigação do mutuário devolver a integralidade do valor mutuado, acrescido de juros contratados, fato que somente se observará com a aplicação de idênticos índices de correção monetária, nas mesmas oportunidades, tanto sobre o saldo devedor quanto sobre a prestação.

18 – Não se observa qualquer ilegalidade na disciplina da amortização do saldo devedor estabelecida pela circular BACEN 1.278/88, não devendo prevalecer o entendimento de que este ato normativo esteja em conflito com o art. 6º, “c”, da lei 4380/64.

19 – Recurso desprovido.” (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível nº 539.696, relator Juiz Federal Maurício Kato, DJU 09.10.2002.) (grifos nossos)

Em suma, *nos financiamentos habitacionais, correto o procedimento adotado pela CEF de primeiro proceder a atualização monetária da dívida para só então efetuar a amortização do pagamento realizado.*

2.8. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS

O ordenamento jurídico pátrio proíbe a cobrança de juros sobre juros, sejam eles remuneratórios ou moratórios, a teor do artigo 4º do decreto nº 22.626/33 (lei da usura), *in verbis*:

Art. 3º. É proibido contar juros sobre juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano e ano.

No mesmo sentido, assim dispõe a súmula 121 do STF:

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Desta forma, os juros remuneratórios, estipulados pelas partes em 4,8% ao mês cláusula segunda, parágrafo único (v. fls. 91), somente podem ser cobrados de forma simples. Vale dizer, somam-se os meses de inadimplência, multiplicando-se a quantidade apurada pelo índice pactuado que no caso foi 7,02% ao mês.

Ademais, quanto à limitação da taxa de juros ao patamar de 12% ao ano, a questão já foi apreciada pelo STF que sumulou o seguinte entendimento:

Súmula 648: A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

Em suma, a dívida cobrada deve incluir juros remuneratórios de 4,8% ao mês sobre os valores liberados calculas de forma simples.

2.9. APROPRIAÇÃO PELA CEF DE CRÉDITO REMANESCENTE NA CONTA DA AUTORA

Sustentou-se que a CEF, mesmo após a quitação do saldo devedor com o repasse das 441 unidades habitacionais, apropriou-se indevidamente dos créditos remanescentes existentes na conta da autora.

Quanto a esse ponto, assiste razão à autora. Não existia qualquer previsão contratual para que o agente financiador apropriasse os valores já depositados em conta do agente promotor, vez que se tratava de numerário colocado à disposição para que a autora efetuasse a finalização das obras. Ora, se ao final do empreendimento havia numerário na conta corrente da autora era porque havia cumprido as etapas das obras que lhe foram requeridas, de modo que essa atitude da CEF não se encontrava respaldada contratualmente.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE os pedidos formulados na petição inicial, nos

termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para que a CEF realize:

a) revisão contratual do saldo devedor para aplicar, de forma simples, os juros de mora à razão de 4,8% ao mês, nos moldes como preconizado no item 2.8 CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS *supra* desta sentença, de modo a apurar o que foi pago indevidamente pela aplicação de juros de mora de forma composta;

b) repetição do valor pago pela autora a título de juros de mora, calculado de forma capitalizada, conforme expresso no item “a” *supra*, que deverá ser acrescido de correção monetária e juros de mora, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal (Resolução n. 134/2010, do Conselho da Justiça Federal).

c) repetição do valor apropriado da conta corrente da autora, após a finalização do empreendimento, nos moldes como preconizado no item 2.9 APROPRIAÇÃO PELA CEF DE CRÉDITO REMANESCENTE NA CONTA DA AUTORA *supra* desta sentença, que deverá ser acrescido de correção monetária e juros de mora, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal (Resolução n. 134/2010, do Conselho da Justiça Federal).

Fixo a condenação em custas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, que deverá ser proporcionalmente distribuída e compensada à razão de 1/3 em desfavor da CEF e 2/3 em desfavor da autora diante da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

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

Ribeirão Preto, 30 de maio de 2012.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

AÇÃO ORDINÁRIA

0009762-10.2007.4.03.6100

Autora: ASTRAZENECA AB

Réu: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/06/2012

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB em face do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI, objetivando, em síntese, i) afastar a incidência dos art. 8º e 11 da LPI no que tange às novas reivindicações formuladas, devidamente adaptadas para o composto farmacêutico – sal de magnésio de um composto heterocíclico sulfinil substituído contendo uma porção de imidazol – e, em consequência, anular a decisão do INPI que indeferiu o pedido de patente PI 9708829-3; ii) o prosseguimento do pedido de patente PI 9708829-3 sem a aplicação dos proibitivos previstos nos arts. 229-A, 230 e 231 da Lei de Propriedade Industrial.

Aduz a autora haver desenvolvido a invenção intitulada “PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, SAL DE MAGNÉSIO E COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA”, que foi objeto de pedido de patente na Suécia – nº 9601598-7 de 26/04/1996, o qual, com base na Convenção da União de Paris – CUP, originou o pedido internacional PCT/SE97/00687 de 22/04/1997. Esclarece a requerente que além da Suécia e outros países, também foi designado o Brasil para proteção da invenção revelada, sendo que referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 23/10/1998, originando o presente pedido de patente nº PI 9708829-3.

Assevera, outrossim, que ao proceder ao exame do pedido de patente, o INPI decidiu por indeferir sua concessão em parecer datado de 25/10/2004. O fundamento para tanto foi o proibitivo previsto no art. 229-A da Lei de Propriedade Industrial, incorporado à legislação pátria por meio da Medida Provisória nº 2014-5, de 27/04/2000.

Argumenta a demandante que o dispositivo susomencionado foi inserido na LPI em data muito posterior ao depósito do presente pedido de patente, sendo que a autarquia federal aplicou legislação menos benéfica, uma vez que desde 01/01/1995 estava em vigor no Brasil o acordo internacional TRIPS (*Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*), instrumento que passou a autorizar o patenteamento de produtos e processos farmacêuticos.

Inconformada, informa haver interposto recurso administrativo, oportunidade em que apresentou novas vias das reivindicações, devidamente adaptadas para o composto farmacêutico (sal de magnésio de um composto heterocíclico sulfinil substituído contendo uma porção imidazol) e à composição farmacêutica contendo tal composto, uma vez que a mesma encontrava amparo legal nas disposições do art. 229-B da LPI.

Sustenta a autora que, em novo exame, o INPI, em parecer datado de 22/12/2005, indeferiu o pedido de patente PI 9708829-3 com base nos arts. 8º e 11 da Lei de Propriedade Industrial com relação as novas vias de reivindicações apresentadas durante o recurso admi-

nistrativo, por entender que o composto já fazia parte do estado da técnica. Ademais, assero que a autarquia manteve sua posição quanto a aplicação do art. 229-A da LPI.

Irresignada, ajuíza a autora a presente ação a fim de comprovar que o pedido de patente PI 9708829-3 preenche os requisitos legais para que seja deferido.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 21/135.

O despacho de fl. 139 determinou que a demandante providenciasse a regularização de sua representação processual, o que restou cumprido às fls. 141/157.

A decisão de fl. 158, além de determinar a citação do INPI, deferiu o pedido para que a autarquia publicasse em seu sítio eletrônico e na Revista de Propriedade Industrial a informação de que o prazo de proteção da patente nº PI 9708829-3 encontrava-se *sub judice*.

Foram opostos embargos de declaração pela requerente (fls. 176/177), que, acolhidos, resultaram na modificação da decisão de fl.158. Passou a contar que o pedido de patente PI 9708829-3 encontrava-se *sub judice*. (fls. 176/177).

Citado, o INPI ofertou sua contestação às fls. 184/275. Sustentou, preliminarmente, a necessidade de prestação de caução pela autora por tratar-se de sociedade empresária estrangeira (art. 835, do CPC). No mérito aduziu, em suma, que o art. 229, em sua redação original, era categórico no sentido de que os pedidos em andamento, referentes à patenteabilidade de substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, só seriam privilegiáveis nas condições estabelecidas nos art. 230 e 231 da LPI. Esclarece a autarquia que o art. 230 refere-se ao instituto que se convencionou chamar de *pipeline*, patente cujo exame de patenteabilidade não é feito pela Autoridade Nacional, mas cuja revalidação reporta-se à verificação, por uma autoridade estrangeira, de seus requisitos de privilegiabilidade, atendidos alguns requisitos específicos.

Nesse sentir, alega o INPI que não obstante a previsão do art. 229 da LPI, a autora não exerceu seu direito por meio do instituto *pipeline*, pelo que não pode pretender impor sua pretensão *contra legem*.

No que concerne à alegação de aplicabilidade do acordo TRIPS, entende a autarquia que a obrigação do Estado Brasileiro em incorporar os critérios do TRIPS em seu ordenamento pátrio não remete à data de 01/01/1995, mas sim à data de 01/01/2000, conforme art. 65(2) do acordo.

Por fim, em relação ao pedido para patenteamento do composto farmacêutico, defende o INPI que a requerente não logrou êxito em afastar as anterioridades apontadas, consistentes nos documentos WO 95/01977, WO 95/01783 e EP 94917244-9, sendo os dois primeiros correspondentes aos pedidos brasileiros PI 9406940-9 e PI 9406941-7.

Réplica às fls. 279/299.

Instadas as partes, a postulante pugnou pela produção de prova pericial (fls. 279/280), ao passo que o INPI requereu o julgamento antecipado da lide.

O despacho de fl. 448, tendo em vista a impugnação da parte autora ao pedido de intervenção feito pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS – PRÓ GENÉRICOS, determinou o desentranhamento da petição de fl. 309/442 para autuação em apartado, conforme preconizado pelo art. 51, I, do CPC.

A decisão de fl. 478 acolheu a preliminar de necessidade de prestação de caução pela demandante, pelo que determinou o depósito do valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

À fl. 482 a requerente efetuou o depósito do valor fixado a título de caução.

Às fls. 484/487 foi trasladada para estes autos cópia da decisão proferida nos autos do processo nº 2008.61.00.025296-7, a qual indeferiu o ingresso da ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS na qualidade de assistente simples do réu.

Consta às fls. 508/509 cópia da decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Região nos autos do recurso de agravo de instrumento interposto pela ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS em face da decisão que indeferiu o seu pedido de intervenção no feito. Foi negado provimento ao recurso.

O despacho de fl. 534 determinou ao INPI a juntada de cópia integral do processo administrativo atinente ao pedido de patente objeto da presente demanda, o que foi devidamente cumprido às fls. 537/732.

A decisão saneadora de fls. 733/735 deferiu o pedido para produção de prova pericial.

As partes ofertaram seus quesitos às fls. 744/748 e 752/756.

Fixação dos honorários periciais à fl. 809, com o posterior depósito da respectiva verba pela autora (fl. 813).

Por meio da petição de fls. 816/824 a demandante requereu a apresentação de quesitos suplementares, sendo que tal postulação restou indeferida por força da decisão de fl. 816.

O Laudo Pericial foi acostado às fls. 827/860.

A decisão que indeferiu a apresentação de quesitos suplementares foi atacada via agravo de instrumento, sendo que o E. TRF da 3ª Região, ao apreciar a matéria, houve por bem negar seguimento ao recurso interposto (fls. 947/951).

Instadas as partes, a requerente concordou com as conclusões do perito judicial no que concerne às reivindicações de processo do pedido de patente nº PI 9708829-3, discordando, todavia, da conclusão relacionada com pedido de patente do composto farmacêutico (fls. 974/1027). Já o INPI, por meio da petição de fls. 1033/1043, asseverou que a matéria reivindicada no PI 9708829-3 não é passível de proteção, por não atender ao disposto nos arts. 8º, 11 e 229-A da Lei nº 9279/96.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Inicialmente, providencie a Secretaria o desentranhamento da petição de fls. 1049/1057, uma vez que tenciona a autora a instauração de uma nova fase processual que não encontra respaldo no Código de Processo Civil. A fase de memoriais, tal como inserta no art. 454, § 3º do CPC, é viável quando da realização da audiência de instrução e julgamento, substituindo-se os debates orais por alegações escritas, caso o Juízo entenda que a causa apresenta questões complexas de fato e de direito.

Ademais, o processo já se encontrava concluso para sentença quando do protocolo da mencionada peça processual, logo, para não tratar de maneira desigual o INPI, consigno que as alegações aduzidas não foram apreciadas por este Juízo para a formação de seu convencimento.

Dessa forma, fica a parte demandante instada a proceder a sua retirada no transcurso

do prazo recursal, sob pena de arquivamento em pasta própria.

Assentada tal premissa, presentes os pressupostos processuais, bem como as condições da ação, passo ao exame do mérito.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB visando, em suma, afastar decisão proferida pelo INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI nos autos do PI 9708829-3. A decisão vergastada indeferiu o pedido de concessão de patente ao fundamento de que o objeto reivindicado encontraria óbice no que dispõem os arts. 8º, 11 e 229-A da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Do exame do processo administrativo em trâmite perante o INPI é possível extrair que a sociedade empresária autora buscou, em um primeiro momento, a proteção patentária de um PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UM PORÇÃO IMIDAZOL (fls. 545/549).

A demandante teve seu pleito indeferido ao argumento de que a matéria exposta no pedido de patente infringiria o exposto no art. 229-A da LPI (fls. 577/578).

Intimada, a requerente apresentou manifestação sobre o parecer técnico negativo do INPI, oportunidade em que discorreu sobre a aplicabilidade do acordo TRIPS ao caso em exame, pugnando, ao final, pelo reexame da questão (fls. 585/586).

Após, sobreveio parecer técnico mantendo *in totum* a decisão anteriormente proferida (fls. 608/609).

O citado parecer foi objeto de recurso ao Presidente do INPI, ocasião em que a autora apresentou novas vias das reivindicações, devidamente adaptadas para o composto farmacêutico SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL (fls. 618/622).

Em novo parecer técnico, consignou o INPI que “as reivindicações de produto do presente pedido encontrariam amparo legal nas disposições do Artigo 229-B acima citado, uma vez que a data de depósito do mesmo é posterior a 1º de janeiro de 1995. Entretanto, sais de magnésio de compostos heterocíclicos sulfinil contendo uma porção imidazol e especialmente de derivados de benzimidazol substituídos já fazem parte do estado da técnica, conforme disposto nas referências no relatório descritivo: WO 95/1977, WO 95/01783 e EP 94917322.9, sendo os dois primeiros pedidos correspondentes aos pedidos brasileiros PI 9406940-9 e PI 9406941-7.” (fls. 624/625).

Em síntese, considerou o INPI que as novas reivindicações não atenderiam ao requisito da novidade, conforme disposto nos arts. 8º e 11 da Lei nº 9.279/96.

Instada, a empresa ASTRAZENECA AB ofereceu novas reivindicações, adaptadas para SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, E, PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL (fls. 637/644).

Em decisão final, houve por bem o INPI manter o despacho de indeferimento do PI 9708829-3, uma vez que a matéria objeto do recurso não atenderia ao disposto nos art. 8º, 11 e 229-A da Lei nº 9.279/96.

É contra essa decisão que a autora se insurge ao propor a presente demanda.

Tal digressão se faz necessária a fim de delimitar o objeto da ação: a anulação da decisão do INPI que, ao aplicar os arts. 8º, 11 e 229-A da Lei nº 9.279/96, indeferiu o pedido de proteção patentária para a invenção denominada SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, E, PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL.

É sobre essa questão que deve se debruçar o Poder Judiciário.

Por isso mesmo, afasto a pretensão do INPI no sentido de se aplicar o art. 32 da LPI (Para melhor esclarecer ou definir o pedido de patente, o depositante poderá efetuar alterações até o requerimento do exame, desde que estas se limitem à matéria inicialmente revelada no pedido.) ao caso *sub examine*.

Ora, se a própria autarquia federal em, no mínimo, duas oportunidades apreciou e reapreciou as alegações/reivindicações da demandante, proferindo decisão final em que examinou questões atinentes ao *mérito* da patenteabilidade do pedido (arts. 8º e 11 da LPI), assim como questões “*formais*” (art. 229-A da LPI), não me parece razoável que, judicialmente, a pretensão autoral esteja adstrita a uma ou outra reivindicação (ao que foi inicialmente revelado).

A decisão final proferida pelo INPI (fls. 645/647) ainda subsiste, pelo que a sua eventual anulação pressupõe que os fundamentos lançados sejam devidamente esgrimidos.

Pois bem.

Como se sabe, a patente é um direito conferido pelo Estado ao titular de um invento, garantindo-lhe a *exclusividade* da exploração da tecnologia por um determinado período, como contrapartida pelo acesso do público aos pontos essenciais da invenção.

A Constituição Federal inscreveu o direito à proteção patentária no rol de garantias fundamentais previsto em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Com efeito, o instrumento normativo que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil – Lei nº 9.279/96 – estabelece que é patenteável a invenção que atenda aos requisitos da *novidade, atividade inventiva e aplicação industrial* (art. 8º).

Tais requisitos são assim conceituados:

NOVIDADE – que a tecnologia ainda não tenha sido tornada acessível ao público, de forma a que o técnico, dela tendo conhecimento, pudesse reproduzi-la.

ATIVIDADE INVENTIVA – que a inovação não decorra obviamente do estado da arte, ou seja, que o técnico não pudesse produzi-la simplesmente com o uso de conhecimentos já acessíveis.

UTILIDADE INDUSTRIAL – que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer (fls. 842/843).

Em complemento, preconiza o art. 11 da LPI que a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica, sendo este constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior (art. 11, § 1º, LPI).

Dessarte, preenchidos os requisitos normativamente previstos, o pedido de patente deve ser deferido.

No caso em apreço, deduz-se que o INPI indeferiu o pedido de patente nº PI 9708829-3 por “*questões meritórias*” (ausência do requisito novidade) no que concerne ao pedido de patente do *composto farmacêutico* SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, e, “*questões formais*” (art. 229-A, LPI) no que toca ao pedido de patente do *PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL*.

Dessa forma, didaticamente, examino as alegações das partes de forma segmentada: primeiro, o pedido de patente do *composto farmacêutico* e respectiva composição e, após, o pedido de proteção patentária do *processo* para a sua obtenção.

SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA

Como já dito, o INPI houve por bem indeferir a postulação autoral ao fundamento de que o *produto* apresentado não atendia ao requisito da *novidade*, conforme disposto nos arts. 8º e 11 da Lei nº 9.279/96.

Consignou a autarquia federal:

Entretanto, sais de magnésio de compostos heterocíclicos sulfinil substituídos contendo uma porção imidazol e especialmente de derivados de benzimidazol substituídos já fazem parte do estado da técnica, conforme disposto nas referências citadas no relatório descritivo: WO 95/01977, WO 95/01783 e EP 9491244.9, sendo os dois primeiros pedidos correspondentes aos pedidos brasileiros PI 9406940-9 e PI 9406941-7. (fls. 624/625)

Posteriormente, a decisão final, ao apreciar a argumentação da requerente no sentido de que os sais reivindicados apresentavam um *grau de pureza* superior, julgou-a improcedente, “uma vez que não foi feita nenhuma menção no relatório descritivo que o processo para a obtenção dos sais reivindicados resulta em pureza elevada, nem foi demonstrado que os sais obtidos possuem pureza superior aos sais já descritos no estado da técnica.” (fl. 645)

Nesse sentir, tratando-se de matéria eminentemente *técnica*, muitas vezes carece o magistrado de determinadas noções adstritas à esfera de conhecimento de um *expert* no assunto, pelo que foi determinada a realização de prova pericial.

E, no que pertine ao composto SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL e sua respectiva

COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, o laudo pericial, subscrito por dois especialistas, *vai ao encontro* do que decidido pela autarquia federal ao examinar a matéria.

É o que se depreende da resposta ao quesito de nº 15 formulado pela empresa ASTRA-ZENECA AB:

QUESITO 15 – Considerando as respostas aos quesitos 8 a 14 e as respostas aos quesitos 1 a 4, pode-se concluir que um sal de magnésio de um composto heterocíclico sulfinil substituído contendo uma porção imidazol de acordo com a fórmula I com uma base fraca e uma fonte de magnésio, com alto rendimento e pureza, bem como uma composição farmacêutica compreendendo o mesmo, conforme descrito no pedido de patente PI 9708829-3, não foram descritos nos documentos WO 95/01977, WO 95/01783 ou EP 94917244-9, e portanto, são novos? Caso negativo, favor justificar.

RESPOSTA DA PERÍCIA:

Não, os sais descritos no pedido de patente PI 9708829-3, e os descritos nos documentos WO 95/01977, WO 95/01783 ou EP 94917244-9 são os mesmos. Suas características como grau de pureza e grau de cristalinidade são muito semelhantes. Os dados apresentados não fundamentam a afirmação de que o processo alterou significativamente as características do produto demonstrando sua distinção em relação ao estado da técnica.

É possível concluir, portanto, que o *produto* obtido nos processos WO 9501977; WO 9501783, WO 9427988 e PI 9708829-3 é o *mesmo* sal de magnésio de omeprazol.

Nesse norte, com supedâneo nas conclusões constantes do laudo pericial, também é possível afastar a alegação da autora no sentido de que os sais reivindicados são distintos dos constantes no estado da técnica por apresentarem *grau de pureza* superior aos mesmos.

QUESITO 11 – Queira o r. Perito dizer se as impurezas presentes em uma reação química modificam a estrutura molecular de um composto ou apenas influenciam na formação de cristais.

RESPOSTA DA PERÍCIA

As impurezas presentes em uma reação química não modificam a estrutura molecular de um composto, mas podem influenciar na formação de cristais. (fl. 857) (sem destaque no original)

Por fim, transcrevo a resposta dos peritos ao quesito de nº 13, ofertado pelo INPI:

Os dados relativos ao sal de omeprazol apresentados não indicam que o sal de omeprazol produzido apresente propriedades fisicoquímicas diferentes e/ou características de qualidade superiores aos obtidos segundo o estado da técnica. O único valor relativo a uma propriedade físico-química apresentado, o grau de cristalinidade, é maior que o esperado, mas numa faixa muito próxima do grau obtido com o estado da técnica. Sem uma demonstração clara de sua validade e significância, não se pode dizer que este novo processo gere um produto novo, mas sim um muito similar ao já produzido pelo estado da técnica. Tudo isso indica que existem novidades vantajosas no método de produção e não que um novo sal seja obtido. (fl. 859)

É possível extrair que o grau de pureza do produto *não* afeta a sua estrutura molecular, ainda mais quando se leva em consideração que os resultados obtidos mostraram-se muito próximos àqueles apresentados segundo o estado da técnica.

Com tais considerações, ausente o requisito da *novidade*, o pedido de patente do produto SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL e sua respectiva COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, de fato, *não* comporta deferimento.

É o que tem decidido a jurisprudência pátria:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MODELO DE UTILIDADE. I – A sociedade empresária fabricante de produto que utiliza a tecnologia amparada pelo modelo de utilidade questionado é legitimada a apelar se houve a extinção do processo, sem a apreciação do mérito, antes do pronunciamento jurisdicional acerca de seu requerimento de assistência. II – O escoamento do prazo legal de 10 (dez) anos para a caracterização da decadência da patente não impede a produção de efeitos no tempo, em especial diante de possível indenização resultante de danos pelo uso desautorizado. III – A verificação dos termos em que foi deferido o modelo de utilidade faz crer se tratar de aparelho há muito absorvido pelo estado da técnica, qual seja, o inoculador elétrico de inseticida. IV – *A legislação da propriedade industrial, tanto a vigente quanto a anterior, exigem o requisito da novidade para o deferimento de qualquer patente ou modelo de utilidade, o que no caso dos autos não foi demonstrado, fato que se verifica a partir do teor do laudo pericial carreado e dos outros modelos de utilidade trazidos aos autos pela recorrente.* V – Recurso conhecido e, na forma do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, provido para julgar procedente o pedido, com a conseqüente invalidação do modelo de utilidade impugnado.

(AC 9002234929, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2, DJU - Data: 08/05/2007 - Página: 377/378)

DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO AJUIZADA COM O OBJETIVO DE INVALIDAR ATO ADMINISTRATIVO QUE DEFERIU O REGISTRO DE PATENTE PI 9703496-7, REFERENTE A “BROCA APERFEIÇOADA DE PERFURAÇÃO DO FURO DE GUSA DE ALTO FORNO SIDERÚRGICO”, POR SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA NOVIDADE E DA ATIVIDADE INVENTIVA. I – A novidade exigida ao deferimento da exclusividade do uso de determinado invento deve ser apurada sob aspecto global daquela solução tecnológica e não sob a ótica dos elementos que a compõem, que poderão, isoladamente, estar abrangidos pelo estado da técnica. II – A atividade inventiva necessária ao deferimento do registro de patente é constatada se o avanço tecnológico apresentado pela invenção representa solução a problema técnico existente na área de sua destinação, bem como se essa solução é contrária às atividades normais na mesma área técnica, de modo que um especialista no assunto não a adotaria. III – Não há qualquer óbice a que, estabelecendo-se a divergência entre o laudo judicial e os pareceres dos assistentes técnicos das autoras quanto à existência de anterioridades impeditivas ao registro de patente de invenção, o magistrado, de maneira fundamentada, pautar a sua decisão nos termos daquele primeiro, tendo em vista que as conclusões do perito judicial devem prevalecer por ser ele terceiro imparcial e equidistante dos interesses litigantes. IV – Está abrangida pelo período de graça previsto no artigo 12 da Lei nº 9.279-96, a comercialização da criação industrial feita pelo inventor individual se essa operação é realizada com o intuito de estimar a receptividade invenção na sua área de aplicação e também avaliar a verdadeira efetividade da solução tecnológica nela apresentada. V – Apelação desprovida.

(AC 200451015139983, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 02/07/2008 - Página: 38)

Passo, assim, a analisar o PI 9708829-3 em relação ao *processo* para obtenção do composto farmacêutico.

PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL

Colhe-se do laudo pericial que, na verdade, o *processo* para a preparação do composto farmacêutico é que preenche o requisito da *novidade* frente ao estado da técnica.

Em resposta ao quesito de nº 8 do INPI os peritos subscritores do laudo registraram que:

Sim, frente aos ensinamentos descritos para o estado da técnica WO 9501977 e WO 9501783, o processo de formação do sal de magnésio para 5-metóxi-2[[4-metoxi-3,5-dimetil-2-piridinil]metil]sulfinil]-1 H-benzimidazol é *novo*.(...) (grifo nosso)

E, em acréscimo, esclarecem os *experts* que o *processo* de obtenção do sal de omeprazol no pedido pleiteado tem as seguintes diferenças/vantagens sobre os anteriores: *i*) redução nas etapas de produção; *ii*) facilidade de purificação; *iii*) uso de reagentes menos tóxicos; *iv*) menor produção de resíduos descartáveis e *v*) possibilidade de aplicação da técnica em outros compostos similares.

Entretanto, não se pode olvidar que em relação ao *processo* para obtenção do composto farmacêutico o INPI sequer examinou o preenchimento ou não das condições estampadas no art. 8º da LPI.

Isso porque a matéria reivindicada foi enquadrada no disposto no art. 229-A da LPI, o qual determina:

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)

Dessume-se, pois, que o indeferimento do pedido se deu *ex vi legis*, sem que aspectos atinentes ao *mérito* da pretensão fossem analisados.

Em contrapartida, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo não deveria ser aplicado, vez que o acordo TRIPS já estava em vigor no Brasil desde 1995 e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, argumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data *posterior* ao depósito do pedido no Brasil (22 de abril de 1997).

Pois bem.

Reputo que o exame das alegações aventadas por ambas as partes pressupõe uma rápida digressão a respeito da concessão de patentes de processos para a obtenção de produtos químico-farmacêuticos no Brasil.

O Brasil, durante a vigência do antigo (e revogado) Código de Propriedade Industrial (CPI), *não* reconhecia patentes para produtos das áreas químicas, farmacêutica e alimentícia, assim como para os respectivos *processos* de obtenção.

É o que exsurge do art. 9º, alínea “c” do CPI:

Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

No ano de 1994 foi assinado um conjunto de acordos que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre tais acordos, destaca-se o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS* (também denominado de Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC), o qual contou com a adesão do Brasil.

O TRIPS, ao estabelecer padrões mínimos no âmbito do direito internacional relacionados às patentes, cuidou da matéria patenteável em seu artigo 27 da seguinte forma:

1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, *qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial*. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do artigo 65, no parágrafo 8º do art. 70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

Em observância ao que foi acordado internacionalmente, o Brasil, com a edição da nova Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), passou a *reconhecer* o direito à proteção dos inventores de produtos/processos novos.

Entretanto, há de se consignar que a LPI, com o objetivo de redimir o Estado Brasileiro perante a comunidade internacional pelo fato de, até então, não proteger determinados produtos e respectivos processos, conferiu aos titulares de patentes estrangeiras anteriormente excluídas de proteção pelo nosso ordenamento, um direito transitório de *revalidação*, pelo *prazo remanescente* da patente original. Cuida-se do chamado *pipeline*.

Assentadas tais premissas, passo ao exame do caso em específico.

A autora desenvolveu a invenção intitulada PROCESSO PARA PREPARAÇÃO DE UM SAL DE MAGNÉSIO DE UM COMPOSTO HETEROCÍCLICO SULFINIL SUBSTITUTÍDO CONTENDO UMA PORÇÃO IMIDAZOL, SAL DE MAGNÉSIO E COMPOSIÇÃO FARMACÊUTICA, que foi objeto de pedido de patente na Suécia – nº 9601598-7 de 26/04/1996 – que, com base na Convenção da União de Paris – CUP, originou o pedido internacional PCT/SE97/00674 de 22/04/1997, no qual, além da Suécia e outros países, foi designado o Brasil para proteção da invenção ali revelada. Dentro do prazo fixado no acordo internacional Tratado de Cooperação de Patentes (*Patent Cooperation Treaty – PCT*), o referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 23/10/1998 originando o presente pedido de patente PI 9708829-3.

Ao apreciar a reivindicação proposta, o INPI houve por bem indeferir o pleito autoral com amparo no que preceitua o art. 229-A da LPI.

Como já dito, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo não deveria ser aplicado, vez que, quando do depósito do pedido de patente, o acordo TRIPS já estava em vigor no Brasil (desde 1995) e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, ar-

gumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data posterior ao depósito do pedido no Brasil (22 de abril de 1997).

No que concerne à alegação de vigência e, portanto, incidência do acordo TRIPS ao caso vertente, tenho que não assiste razão à autora.

Explico.

De fato, o Acordo TRIPS, assinado no ano de 1994 e com vigência, de modo geral, a partir de 1º de janeiro de 1995, previu a patenteabilidade de qualquer invenção (produto/processo), em todos os setores tecnológicos, desde que preenchidos os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Contudo, o próprio TRIPS consignou, em suas disposições transitórias, que nenhum membro estaria obrigado a aplicar as normas antes de transcorrido um prazo geral de 01 (hum) ano da data de entrada e vigor do Acordo Constitutivo da OMC. E mais, o acordo previu que países em desenvolvimento – categoria em que indubitavelmente se enquadrava e ainda se enquadra o Brasil – teriam direito a postergar a data de aplicação das disposições do acordo por um prazo de mais 04 (quatro) anos.

Transcrevo:

PARTE VI DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 65

Disposições Transitórias

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.
2. Um País em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.

Dessa forma, para os países em desenvolvimento a aplicabilidade do TRIPS foi postergada para 1º janeiro de 2000.

É o que decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a questão:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE DE MEDICAMENTO. PEDIDO DE PATENTE DEPOSITADA SOB A ÉGIDE DA LEI 5.771/71. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ACORDO TRIPS. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.279/96. POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO DE PATENTE *PIPELINE*. 1. O art. 65.2 do TRIPs prevê prazo de extensão geral, estabelecido para todos os países em desenvolvimento, não sendo necessário qualquer tipo de manifestação por parte dos Estados membros incluídos nessa categoria, motivo pelo qual as disposições do TRIPs tornaram-se obrigatórias, no Brasil, somente a partir de 1º de janeiro de 2000. 2. Por esse motivo, incabível a análise do pedido de patente da autora, depositado em 1992 e indeferido em 1999, diretamente e com base nas disposições do Acordo TRIPs. 3. Ademais, considerando que o pedido administrativo da autora é do ano de 1992, sob a égide da Lei 5.771/71, não é possível a concessão de patente de fármaco, ainda que o pedido de patente fora depositado e concedido em país estrangeiro. 4. Com a entrada em vigor da Lei 9.279/96, poderia a autora requerer a patente *pipeline*, desde que cumpridos os requisitos dispostos na nova lei, o que não ocorreu. 5. O fato de a ora

recorrente não poder cumprir os requisitos impostos pelo procedimento da patente *pipeline* e, conseqüentemente, não poder realizar um novo depósito, cuja obrigatoriedade sequer restou configurada, não implica violação ao art. 229 da Lei 9.279/96. 6. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando fundada em acórdão paradigma deste Superior Tribunal de Justiça que representa jurisprudência superada. 7. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, parcialmente provido. (RESP 200802193766, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 17/11/2010)

COMERCIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PATENTES. VIGÊNCIA DE QUINZE ANOS. ART. 24 DA LEI Nº 5.772/71. EXTENSÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ACORDO TRIPS. (ARTS. 65 e 70, I). PAÍSES MEMBROS. DIREITO DE RESERVA. PERÍODOS DE INCIDÊNCIA DO ACORDO. PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDOS. PRORROGAÇÃO DO PRAZO POR CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL. 1. “O TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. (...) Não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.” (REsp nº 960.728-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrigli, DJe de 15/4/2009). 2. Em consonância com a diretriz adotada pela Terceira Turma do STJ, a extensão de validade das patentes de quinze para vinte anos, regularmente constituídas sob a égide de lei interna nacional, não se revela como medida consentânea com a interpretação que requerem as normas concernentes ao sistema de proteção patentária do País, conjugado com os pressupostos norteadores do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou ADPICs). 3. *Mesmo que vigente o TRIPS desde 1º de janeiro de 1995 em face de sua ratificação e promulgação, a regra prescrita no seu art. 65, 2 – “Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5” –, por se constituir uma reserva concedida ao Brasil, sintetiza direito norteador de amparo ao reconhecimento de que a entrada em vigor no Acordo veio a ocorrer somente em 1º de janeiro de 2000, inibindo, portanto, sua plena incidência a partir da publicação oficial.* 4. Por não gerar o TRIPS obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro (art. 70, I), em harmonia com o direito de preterir os períodos de incidência do Acordo (art. 65), é manifesta a inexistência de imposição da sua observância no tocante a privilégios de invenção anteriormente concedidos, uma vez que não patenteado nenhum propósito de sua auto-aplicabilidade ou de sua aptidão para abarcar relações jurídicas afora aquelas que somente convergem para os seus Membros, tampouco qualquer comando preceptivo que permita a extensão do prazo de vigência da patente deferido com suporte na Lei nº 5.772/71. 5. Não há suporte legal nem obrigação do Brasil de garantir às patentes de invenção depositadas em data anterior a 1º de janeiro de 2000 a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade – originalmente estabelecidos em 15 (quinze) anos –, de forma a vigorar por 20 (vinte) anos a proteção patentária em território nacional, mediante a aplicabilidade direta e sem reservas do Acordo TRIPS. 6. Recurso especial desprovido. (RESP 200400038267, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 02/08/2010)

Com efeito, não existe razão para este Juízo distanciar-se do entendimento firmado pelo E. STJ.

Não bastasse isso, a própria OMC, em interpretação autêntica, elenca o Brasil como membro que apenas precisa aplicar o TRIPS em 1º de janeiro de 2000.¹

Sendo assim, quando a demandante efetuou o pedido internacional PCT/SE97/00674 de 22/04/1997, o acordo TRIPS ainda não vigia no Brasil, pelo que suas disposições não tem o condão de lhe socorrer.

Impõe-se, portanto, o estudo da *legislação nacional* a respeito do tema.

Nesse norte, a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 8º, passou a admitir o patenteamento de *processos*, desde que observados os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A postulante, por entender que sua invenção preenchia as condições explicitadas na lei, quando do depósito de seu pedido internacional o PCT/SE97/00674 de 22/04/1997, designou o Brasil para a proteção do processo inventado, cuja fase nacional teve início em 23/10/1998, originando o pedido de patente PI 9708829-3.

Reputo importante ressaltar que, para os efeitos legais, a data a ser considerada é 22/04/1997, quando o pedido em questão foi depositado via PCT (Tratado em Matéria de Cooperação de Patente).

É o que doutrina Gustavo Binenbojm:

Em essência, o PCT facilita o trâmite internacional dos pedidos de patentes, possibilitando a busca simultânea da proteção patentária (*rectius*: reivindicação de prioridade) no território de seus Estados-membros. (...) Conforme o tratado, pedido internacional equipara-se ao depósito nacional, realizado perante a autoridade do Estado designado. Os países-membros do PCT obrigam-se a manter essa equiparação entre o pedido internacional e o depósito nacional, salvo quando ocorrerem determinadas situações, como as previstas no art. 24.1 do tratado. Segundo o inciso III deste artigo, o pedido PCT perderá eficácia quando o depositante não promover, no Estado designado, os atos relativos à fase nacional do pedido, na forma e prazo previstos pelo tratado. (*Temas de Direito Administrativo e Constitucional*; Artigos e Pareceres, Renovar, 2008, pág. 559)

Fixada a anterioridade da data do depósito para fins de análise do pedido patentário (22/04/1997), revelou-se que a pretensão da requerente encontrou óbice no disposto pelo art. 229-A da Lei nº 9.279/96, incluído pela Lei nº 10.196 de 14 de fevereiro de 2001.

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (*Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001*)

Uma análise açodada do citado preceito normativo poderia levar à conclusão – equivocada – de que o artigo, somente incluído em 2001, prejudicou os autores de inventos que, autorizadas pela LPI, fizeram o depósito do pedido de patente de processo, e, posteriormente,

¹ http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm#Transition – acessado em 23/05/2012

foram surpreendidas com o seu indeferimento. Alega a autora que está sendo prejudicada por uma lei posterior que criou exigência que não existia quando do depósito do seu pedido de patente no INPI.

Entretanto, não é esta a realidade.

Explico.

A Lei nº 9.279/96 foi publicada no Diário Oficial da União em *15 de maio de 1996*, prevenindo, para a maioria de seus artigos, uma *vacatio legis* de 01 (hum ano) para a entrada em vigor. Somente os artigos 230, 231, 232 e 239 da norma passaram a vigor na data de sua publicação.

Art. 243. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação quanto às matérias disciplinadas nos arts. 230, 231, 232 e 239, e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos.

Cuida-se de preceito extremamente importante para solução da lide.

O C. Superior Tribunal de Justiça decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.038.032-RJ que “O art. 243 da Lei de Propriedade Industrial – LPI – possui uma peculiaridade, consistente no fato de dispor que parte dos seus dispositivos teve vigência imediata e parte ficou sujeita a um prazo de vacância. Assim, os arts. 230, 231, 232 e 239 da LPI entraram em vigor no dia *15.05.1996* e os prazos de depósito de patente *pipeline*, previstos nos arts. 230 e 231 encerraram-se no dia *15.05.1997*. O restante da Lei nº 9.279/96 entrou em vigor no dia *16.05.1997*.”

Pode-se afirmar, assim, que a LPI, em sua quase totalidade, passou a vigor tão somente em *16/05/1997*.

Em outros termos, quando do depósito do pedido internacional PCT/SE97/00674 em *22/04/1997*, data considerada como o depósito também no Brasil, ainda estava em vigência o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), o qual, como se sabe, *não* admitia a patenteabilidade de processo ora vindicada.

Independentemente da inclusão do art. 229-A na atual LPI, o pleito autoral não possuía condições de subsistir, uma vez o CPI excluía o objeto requerido da proteção patentária.

Tenho a firme convicção de que a Lei nº 10.196/2001 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 2.105-15 de 2001) foi editada com o objetivo de tornar clara uma situação que já se fazia presente. E essa explicitação se justifica plenamente, pois o período mencionado no citado artigo refere-se justamente a um momento de transitoriedade na história do Brasil, que deixava para trás uma legislação de cunho notadamente desenvolvimentista, que restringia em muito os critérios de patenteabilidade, e passava a adotar uma norma marcada por uma visão liberal e multilateral da propriedade industrial.

A leitura da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 2006/1999, que após sucessivas reedições foi convertida na Lei nº 10.196/2001, corrobora o acima exposto. *In verbis*:

No artigo segundo da Medida Provisória a proposta é a de indeferir os pedidos de patente apresentados entre primeiro de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997 – mesmo período citado no parágrafo anterior –, isto porque as “patentes de processo”, ao contrário das “patentes de produto” não eram matéria patentária de acordo com a Lei nº 5.772, que esteve em vigor até a entrada em vigor da Lei nº 9.279, em 14 de maio de 1997. A patente de processo, no referido

período, não é, do mesmo modo, matéria sujeita às normas estabelecidas pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.²

Em complemento, ressalto que no momento do depósito do pedido internacional PCT/SE97/00674 de 22/04/1997 os únicos dispositivos da LPI que estavam vigendo eram os arts. 230, 231, 232 e 239.

No que interessa ao deslinde do feito, anoto que os arts. 230 e 231 cuidam do instituto da *patente de revalidação* ou *pipeline*.

Gabriel Di Blasi, no livro *A Legislação Brasileira de Patentes e Tratados*, discorreu sobre o instituto nos seguintes termos:

O *pipeline* é a denominação dada a um dispositivo legal transitório que permite o reconhecimento de patente para produtos e processos, desde que estes – mesmo que já pesquisados – não tenham sido colocados em nenhum mercado do mundo. Isto ocorre no período de transição, entre a revogação de uma antiga lei e o início de vigência de outra, nova, que preveja o reconhecimento de patentes em áreas que a antiga não previa.

O termo *pipeline* – cuja tradução para o português seria tubulação – refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda não poderão ser protegidos. O *pipeline* também pode ser chamado de patente de revalidação.

Esse dispositivo tem como finalidade proporcionar aos inventores nacionais de criação já divulgada – mas anteriormente não patenteável –, aos requerentes de pedido de patente nacionais e estrangeiros, e aos titulares de patente estrangeira, a proteção acima citada. (...) (pág. 281/282)

Nos termos do art. 230, § 3º da LPI, comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, é concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem. Há, para estes casos, uma relativização do requisito da novidade. Além disso, o prazo de vigência da patente *pipeline* expira junto com o prazo de vigência da patente no país de origem (art. 230, § 4º, LPI), o que, de certa forma, representa um prejuízo para a requerente na medida em que o prazo de exclusividade da invenção será reduzido.

A única opção para a autora era formular um pedido de patente do tipo *pipeline* (os arts. 230 e 231 já estavam em vigor) e, por razões que fogem ao objeto dessa ação (se por opção da requerente, perda do prazo previsto no art. 230, § 1º, etc), isto não foi feito. Não se tratava de uma faculdade da demandante a escolha pelo *pipeline*. Era a sua única opção para a obtenção da patente almejada.

É o que decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao apreciar matéria análoga a dos autos:

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE PATENTE – *PIPELINE* – ART. 229 DA LEI 9.279/96 – APLICABILIDADE – INOBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES DOS ARTS. 230 E 231 DA

² http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoVsc=Jsv=J&Datain=28/01/2000&txpagina=a=3195&altura=700&largura=800 - acessado em 25/05/2012.

MESMA LEI – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PATENTE. I - *As invenções descritas no art. 230 da nova Lei de Propriedade Industrial não eram consideradas patenteáveis pela antiga legislação do Código de Propriedade Industrial e, para tais, foi prevista uma regra especial e transitória no mencionado dispositivo legal.* Portanto, o legislador também previu, com a nova redação dada ao art. 229 da Lei de Propriedade Industrial, para os pedidos em andamento e depositados até 31 de dezembro de 1994, que os pedidos seriam automaticamente indeferidos. II - A prescrição legal não afronta o texto constitucional e é plenamente aplicável ao caso concreto, representando, sim, medida de economia no julgamento dos pedidos de patente formulados. *Se havia proibição para o registro da patente, o pedido seria juridicamente impossível, sendo natural o seu indeferimento. O legislador ressaltou, apenas, que, se fosse o caso, caberia, sim, a possibilidade prevista no art. 230 da nova LPI, desde que, naturalmente, houvesse o preenchimento das condições.* III - A apelante não fez uso da prerrogativa que lhe era conferida pelos artigos 230 e 231, no sentido de reivindicar, dentro do prazo de 01 (um) ano e através de instrumento específico, a proteção a substâncias, matérias, ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, sendo aplicável, portanto, em razão de expresso comando, a norma prevista no artigo 229, da nova LPI. IV – Recurso improvido. (AC 200551015193817, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 16/07/2010 - Página: 26)

Desse modo, ao formular seu pedido de patente de processo, não se valendo do *pipeline*, a pretensão da autora não lograria êxito, uma vez que, repisa-se, em 22/04/1997, ainda estava em vigor o antigo Código de Propriedade Industrial, o qual, em seu art. 9º, alínea “c”, vedava o privilégio de processo para obtenção ou modificação de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie.

Com tais considerações, tenho que a ação não deve prosperar, uma vez que a decisão do INPI mostra-se em consonância com o ordenamento jurídico.

DIANTE DO EXPOSTO, julgo IMPROCEDENTES os pedidos, nos termos da fundamentação acima apresentada e, em consequência, julgo extinto o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizados nos termos da Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, ou outra que vier a substituí-la.

P. R. I.

São Paulo, 25 de maio de 2012.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO ORDINÁRIA

0001124-35.2010.4.03.6115

Autora: SORVETES SKIBEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Juiz Federal: ALEXANDRE BERZOSA SALIBA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2012

Trata-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela ajuizada por SORVETES SKIBEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., empresa sediada em Tambaú/SP, qualificada nos autos, em face da UNIÃO FEDERAL, requerendo a procedência do *pedido para o fim de reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária quanto à obrigação de recolhimento da contribuição sobre a folha de salários*, incidente sobre verbas de caráter não salarial, de natureza indenizatória, a saber, (i) - *adicional de horas extraordinárias*, (ii) - *adicional de férias*, (iii) - *prêmio-gratificação*, pelos últimos 10 (dez) anos.

Pleiteou a antecipação de tutela para o fim de suspender o recolhimento de referida contribuição, bem como para impedir a ré de adotar medidas punitivas de qualquer espécie contra a autora, como, por exemplo, negar certidão negativa de débito, inscrever o nome no CADIN ou lavrar auto de infração.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 28/41.

A autora emendou a inicial às fls. 45/46, atribuindo à causa o valor de R\$ 195.881,28, complementando as custas processuais. Juntou cópias das alterações do contrato social às fls. 51/66.

A decisão de fls. 67 determinou a citação da ré, postergando a análise do pedido de antecipação de tutela.

Regularmente citada, a União ofertou contestação nas fls. 71-84, alegando preliminares de ausência de fato constitutivo do direito e de prescrição, bem como que o rol do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 é taxativo, de forma que apenas as parcelas constantes do parágrafo não integram o salário-de-contribuição e que as demais verbas devem ser incluídas na base de cálculo da contribuição do empregado. Sustentou, ainda, que não há como se acolher o pleito de exclusão do adicional por horas extraordinárias, adicional de férias, descanso remunerado e prêmio-gratificação (abono) da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Na decisão de fls. 85-86, restou indeferida a antecipação dos efeitos da tutela.

Instada a se manifestar, a autora não apresentou réplica.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

A matéria é unicamente de direito, de modo que o feito comporta julgamento conforme o estado do processo, nos moldes do preceito contido no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

A preliminar veiculada pela União Federal é descabida porque, pelo princípio da adstrição do juiz ao pedido, depreende-se que a autora não pediu a repetição do indébito em nenhum

momento em sua peça vestibular. A outra preliminar confunde-se com o mérito, de modo que passo a apreciá-lo.

O pedido é *parcialmente procedente*.

Tenho para mim que deve ser *declarada a inexistência da relação jurídico-tributária entre a autora e o Fisco*, sobre a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, notadamente *no que tange as verbas de caráter não salarial, ou seja, de natureza indenizatória* consubstanciada no (i) - *adicional por horas extras trabalhadas* e (ii) - *adicional de férias*. Quanto ao prêmio-gratificação, vale dizer, o abono, filio-me ao entendimento esposado à fl. 83 da contestação, uma vez que a natureza jurídica deste instituto não deixa dúvidas: trata-se de parte integrante do salário, tudo nos termos do art. 457, parágrafo 1º, da CLT, já reproduzido na referida fl. 83.

Passo, pois, a fundamentar o *decisum* registrando, de saída, que este é um daqueles debates tributários em que a jurisprudência experimentou certa oscilação durante os anos, mas ao que parece já está se cristalizando no sentido que ora se decide.

Pois bem. É conveniente reproduzir o raciocínio adotado pelo ilustre colega subscritor da decisão que indeferiu a tutela antecipada nas fls.85-86, o que passo a fazê-lo, *verbis*:

A contribuição da empresa incidirá sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”, nos termos do artigo 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

A base-de-cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador é a remuneração paga ao empregado e não apenas o seu salário. Todas as verbas pagas ao empregado, em razão do contrato de trabalho, ainda que não correspondam ao serviço efetivamente prestado, integram a remuneração e, portanto, também a base-de-cálculo da contribuição previdenciária. Logo, os valores relativos às férias e adicional de férias de 1/3 (um terço) e ao adicional por horas extraordinárias compõem a base-de-cálculo da contribuição previdenciária patronal, já que todas essas verbas compõem a remuneração do empregado e são pagas em razão do contrato de trabalho.

Esse entendimento vem sendo trilhado pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se verifica pelos precedentes transcritos a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3, HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...) 5. A verba recebida a título de terço constitucional de férias, quando as férias são gozadas, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária. 6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária. (...) 9. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente.” (STJ, RESP 1098102, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE 17/06/2009).

No mais, a CLT é expressa no sentido de que estão compreendidos na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber (art. 457, “caput”), as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador (art. 457, § 1º), a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado (art. 458, “caput”). Por outro lado, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 28, I, estabelece que o salário-de-contribuição, no caso do empregado, compreende a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. E o mesmo dispositivo estabelece, ainda, alguns casos em que o valor pago aos empregados integra o salário-de-contribuição (§ 8º) e outros em que não integra (§ 9º). No caso, é devida a incidência da contribuição sobre os valores pagos aos empregados a título de prêmios ou bonificações, pois apresentam caráter remuneratório e não estão incluídos nas hipóteses do artigo 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91.

Ante o exposto, *indefiro* os pedidos de antecipação da tutela.

Depreende-se que seguindo-se referido itinerário lógico, sem alterações, o destino seria a improcedência do presente pedido.

Ocorre que, no mesmo dia em que o magistrado prolatou a supramencionada decisão interlocutória (22.9.2010), a ministra Eliana Calmon proferia julgamento sobre fato análogo, retificando anterior entendimento do STJ sobre a questão da incidência ou não do adicional de férias na contribuição previdenciária à cargo do empregador, constando expressamente em seu voto que o fazia justamente para adequar a jurisprudência à orientação da Suprema Corte.

Assim, calha transcrever o voto de sua excelência, ressaltando que os pontos negritos (e sublinhados, os mais importantes) foram por mim realçados, a fim de extrair a melhor exegese, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.071 - SC (2009/0134277-4)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE: KARSTEN S/A

ADVOGADO: JÚLIO CÉSAR KREPSKY E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): A pretensão recursal visa afastar a incidência de contribuição previdenciária patronal (art. 22, I da Lei 8.212/91) e da contribuição ao SAT - Seguro contra Acidente de Trabalho (art. 22, II e III da Lei 8.212/91 c/c o art. 57, § 6º da Lei 8.213/91) sobre parcelas remuneratórias que a recorrente entende possuir caráter indenizatório. São elas: a) salário-maternidade; b) auxílio-doença e auxílio-acidente (nos primeiros quinze dias); d) 1/3 de férias; e) adicional noturno, f) adicional de insalubridade e g) adicional de horas-extras. Como o próprio recorrente esclarece, não há interesse recursal na discussão da incidência das aludidas contribuições sobre o abono de férias (arts. 143 e 144 da CLT), aviso-prévio indenizado e auxílio-creche. Analiso, inicialmente, a suficiência da

prestação jurisdicional na origem, transcrevendo os fundamentos do acórdão recorrido, no que pertine à análise da pretensão recursal:

- 1) não importa a denominação da verba salarial, mas sim a natureza da contraprestação paga ao trabalhador, cabendo ao legislador enunciar quais ostentam qualidade indenizatória, como fez no art. 28, § 9º da Lei 8.212/91, cujo rol é exemplificativo, mas não alberga as verbas remuneratórias objeto da pretensão autoral;
- 2) No tocante aos quinze dias de afastamento do trabalho, que antecedem o gozo do auxílio-doença, apesar de inexistir a prestação de serviços, constitui obrigação decorrente do contrato de trabalho. Não há confundir essa prestação com a complementação previdenciária, correspondente à diferença entre o que o empregado recebe da previdência social e o que ganharia se estivesse trabalhando, paga por força de contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo. Sobre essa complementação não incide a contribuição previdenciária, em virtude da suspensão do contrato de trabalho;
- 3) No que tange ao salário-maternidade, observa-se seu nítido caráter salarial, segundo a exegese que se extrai do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, de que é direito das trabalhadoras a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Conquanto não haja labor, o afastamento não implica interrupção do contrato de trabalho, nem prejudica a percepção da remuneração salarial. O fato do pagamento ser feito pelo INSS não transmuta a sua natureza, representando somente a substituição da fonte pagadora;
- 4) O adicional de um terço decorre do próprio direito de férias; por conseguinte, deve ser aplicada a regra de que o acessório segue o principal. Quando houver o gozo das férias, o adicional terá a mesma natureza do pagamento a título de férias. Apesar de inexistir a prestação de serviços no período de férias, a respectiva remuneração tem caráter salarial, porque constitui obrigação decorrente do contrato de trabalho;
- 5) é clara a natureza salarial dos pagamentos feitos a título de horas extras, adicionais noturno, de insalubridade e periculosidade, haja vista o notório caráter de contraprestação;
- 6) tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo prescricional é quinquenal, contando-se da data da homologação tácita ou expressa do lançamento, ato que extingue o crédito tributário;
- 7) aplicam-se os arts. 66 da Lei 8.383/91 e 170-A do CTN à compensação devida;
- 8) inaplicável às contribuições previdenciárias o disposto no art. 166 do CTN;
- 9) incide correção monetária pela UFIR (1992/1995) e pela Taxa Selic, a partir de janeiro de 1996. (fls. 179/197)

Tenho que todos os temas foram expressamente abordados no aresto recorrido, sem que se fizesse necessária a oposição de embargos de declaração, de forma que afasto a alegação de insuficiência da prestação jurisdicional. Esta Corte, quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, admiti-a, em face da expressa dicção do art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91, que expressamente prevê a incidência das contribuições previdenciárias sobre este benefício previdenciário, pois o salário-maternidade, embora pago pela Previdência Social, é prestação que substitui o salário da segurada gestante, tanto que sequer se limita pelo teto do salário-de-benefício e salário-de-contribuição.

Na doutrina, assim se pronuncia Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo: “O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e para a trabalhadora avulsa consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral equivalente a um mês de trabalho. (...) Será devido, juntamente com a última parcela paga em cada exercício, o abono anual - décimo terceiro salário - do salário-maternidade, proporcional ao período de duração do benefício. O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91. Isto significa que o valor do benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS sofrerá o desconto da contribuição previdenciária, à exceção do segurada especial, que não contribui sobre o salário-de-contribuição (salvo se contribuir facultativamente para a Previdência Social. O salário-maternidade, dado o seu caráter substitutivo, não pode ter valor inferior ao salário-

mínimo, *ex vi* do art. 201, § 2º, da Constituição Federal.” (*in Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 256).

Já no que tange à remuneração devida ao trabalhador nos 15 primeiros dias de gozo de auxílio-doença ou em razão do auxílio-acidente, esta Corte afasta sua natureza salarial, entendendo que tais verbas visam à proteção da saúde do obreiro ou indenizar a perda da capacidade laboral, de modo que é indevida a contribuição em tais casos.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. AUXÍLIO-CRECHE/BABÁ. NÃO-INCIDÊNCIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA. FÉRIAS, ADICIONAL DE 1/3, HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.). OMISSÃO. EXISTÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes: EDcl no Resp 800.024/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 10.09.2007; REsp 951.623/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 27.09.2007; REsp 916.388/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 26.04.2007.

3. O auxílio-acidente ostenta natureza indenizatória, porquanto destina-se a compensar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, consoante o disposto no § 2º do art. 86 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual consubstancia verba infensa à incidência da contribuição previdenciária.

4. O salário-maternidade possui natureza salarial e integral, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

5. O fato de ser custeado pelos cofres da Autarquia Previdenciária, porém, não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º).

Precedentes: AgRg no REsp nº 762.172/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 19.12.2005; REsp nº 572.626/BA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 20.09.2004; e Resp nº 215.476/RS, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 27.09.1999.

6. As verbas relativas ao 1/3 de férias, às horas extras e adicionais possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária.

7. A Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez: aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

(...)

14. Embargos de declaração da empresa parcialmente acolhidos, apenas para sanar omissões atinentes ao auxílio-acidente, ao SAT e aos abonos de férias.

15. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados.”

(EDcl no REsp 1010119/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010)

“PROCESSO CIVIL – TRIBUTÁRIO – PRESCRIÇÃO – CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA – ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – SALÁRIO MATERNIDADE – FÉRIAS – INCIDÊNCIA – AUXÍLIO-DOENÇA – AUXÍLIO-ACIDENTE – PRIMEIROS QUINZE DIAS – ABONO CONSTITUCIONAL – NÃO INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC, julgado em 25.11.2009 adotou o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

(...)

4. O entendimento sedimentado nesta Corte Superior é o de que o salário-maternidade possui natureza salarial, motivo pelo qual integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. Por outro lado, não possui natureza remuneratória a quantia paga a título de auxílio-doença e auxílio-acidente nos 15 primeiros dias do benefício. Precedentes.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, por constituir verba que detém natureza indenizatória e não se incorpora à remuneração para fins de aposentadoria. Entendimento firmado pela Primeira Seção nos autos de incidente de uniformização de interpretação de lei federal dirigido a este Tribunal Superior, cadastrado como Pet 7.296/PE, da relatoria da Sra. Ministra Eliana Calmon, julgado em 28.11.09 (DJe de 10.11.09). Agravo regimental da FAZENDA NACIONAL improvido. Agravo regimental da CONSTROYER CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. parcialmente provido apenas para reconhecer a não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.”

(AgRg nos EDcl no REsp 1095831/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

Os adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e relativo às horas-extras trabalhadas têm caráter salarial porque são decorrentes da prestação de trabalho em suas especificidades (noturno, em local insalubre, em decorrência de atividade penosa ou periculosa ou além da jornada regular), como reiteradamente decide o Tribunal Superior do Trabalho (Enunciado nº 60) e é acompanhado por esta Corte em seus reflexos previdenciários, como demonstra a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3, HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Inexiste violação dos arts. 165, 458, 459 e 535 do CPC na hipótese em que o Tribunal de origem examina, de modo claro e suficiente, as questões submetidas à sua apreciação.

2. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que a referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes.

3. O auxílio-acidente ostenta natureza indenizatória, porquanto destina-se a compensar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, consoante o disposto no § 2º do art. 86 da Lei nº 8.213/91, razão pela qual consubs-

tância verba infensa à incidência da contribuição previdenciária. Precedentes.

4. O salário-maternidade possui natureza salarial e integral, consequentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária. O fato de ser custeado pelos cofres da autarquia previdenciária não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º). Precedentes.

5. A verba recebida a título de terço constitucional de férias, quando as férias são gozadas, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária.

6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária.

7. A Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, contanto que atendidos os requisitos próprios (EResp 488.992/MG).

8. *In casu*, a empresa ajuizou a demanda em 8/6/2005 pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição social à época administrada pelo INSS, razão pela qual se revela aplicável a Lei 8.383/91, que admitia a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie.

9. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente.”

(REsp 1098102/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009)

A Constituição de 1988, no capítulo dedicado aos Direitos Sociais, estabeleceu como direito básico dos trabalhadores urbanos e rurais o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do salário normal (art. 7º, XVII), vantagem que veio a ser estendida aos servidores ocupantes de cargos públicos, como consta do § 3º do art. 39, da Carta Magna. O adicional outorgado tem por escopo proporcionar ao trabalhador (lato sensu), no período de descanso, a percepção de um reforço financeiro, a fim de que possa usufruir de forma plena o direito constitucional do descanso remunerado. Por fim, analiso a pertinência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

O STJ entendia existir caráter remuneratório no terço constitucional de férias porque como acessório mantinha a qualidade do principal (férias). Se as férias fossem indenizadas, também seria indenizatório o terço respectivo.

O STF, contudo, analisando a finalidade do adicional, desenvolveu a posição jurisprudencial cujo início está no julgamento do RE 345.458/RS (Segunda Turma, DJ 01/02/2005), em que a relatora, Min. Ellen Gracie, analisando a constitucionalidade da redução do período de férias de procuradores autárquicos, consignou, em obter dictum, que o abono de férias era espécie de “parcela acessória que, evidentemente, deve ser paga quando o trabalhador goza seu período de descanso anual, permitindo-lhe um reforço financeiro neste período”. A partir daí firmou-se na Corte o entendimento pela não-incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, ao fundamento de que a referida verba detém natureza compensatória/indenizatória e de que, nos termos do art. 201, § 11, da CF/88 (Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei), somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor para fins de aposentadoria sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

O entendimento está consignado em diversos julgados, dentre os quais destaco os seguintes:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor.

II - Agravo regimental improvido.”

(AI 712.880/MG, Rel. MINISTRO EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 26/05/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foram opostos embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário por ausência do necessário prequestionamento.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que somente as parcelas que podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria podem sofrer a incidência da contribuição previdenciária.” (AI 710.361/MG, Rel. MINISTRA CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJ 08/05/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

Esta Corte fixou entendimento no sentido de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AI 727.958/MG, Rel. MINISTRO EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 27/02/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O ABONO DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO EM REUNIÕES PEDAGÓGICAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RE 589.441/MG, rel. MINISTRO EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06/02/2009)

Agravo regimental em recurso extraordinário.

2. Pquestionamento. Ocorrência.

3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 545.317/DF, Rel. MINISTRO GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJ 14/03/2008)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 603.537/DF, Rel. MINISTRO EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 30/03/2007).

Embora não se tenha decisão do pleno, demonstram os precedentes que as duas turmas da Corte Maior consignam o mesmo entendimento, o que me levou a propor o realinhamento da posição jurisprudencial desta Corte, adequando-se o STJ à jurisprudência do STF, no sentido de que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço constitucional de férias, verba que detém natureza indenizatória por não se incorporar à remuneração do servidor para fins de aposentadoria. O STJ passou a adotar a adoção por mim propugnada, como atestam os seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO DOENÇA E TERÇO DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O STJ pacificou entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário. 2. A Primeira Seção, ao apreciar a Petição 7.296/PE (Rel. Min. Eliana Calmon), acolheu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência para afastar a cobrança de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias. 3. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1156962/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA E TERÇO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário, nem tampouco sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1187282/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 18/06/2010)

Portanto, o acórdão merece reforma quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias e sobre os auxílio-doença e acidente, mantendo-se a contribuição quanto às demais parcelas remuneratórias. Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial. Sem honorários, nos termos da Súmula 105/STJ.

É o voto.

Pela análise do referido aresto (o qual glosou inúmeros outros, oriundos tanto do STJ quanto do STF), apenas ousar discordar de sua excelência, a ministra Eliana Calmon, por ocasião do fecho de seu voto: “o acórdão merece reforma quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias e sobre os auxílio-doença e acidente, mantendo-se a contribuição quanto às demais parcelas remuneratórias.”

É exatamente neste último ponto que, penso eu, *deveria ter sido excluída a contribuição previdenciária sobre o adicional das horas extraordinárias*. Com efeito, se se tomar como parâmetro a linha de raciocínio da ministra, o que efetivamente se faz nesta sentença, é certo que os julgados do Supremo Tribunal Federal-norteadores da decisão do STJ - foram firmes, à toda evidência, a indicar a não incidência (também) da contribuição previdenciária do adicional por horas extraordinárias, tudo conforme o posicionamento dos ministros relatores Gilmar Mendes no RE 545.317/DF e Eros Grau no AgRg no AI 727.958/MG, ambos devidamente reproduzidos no REsp acima relatado pela ilustre e culta ministra Eliana Calmon.

Uma vez feitas estas considerações, retomo a linha de raciocínio para, uma vez mais, assentar a procedência parcial do pedido formulado na presente ação declaratória tributária.

Por derradeiro, cumpre apreciar o *dies a quo* da prescrição, ou seja, adota-se o prazo decenal (como postulado pela autora) ou quinquenal (como defende a União)?

Inicialmente reitero que o pedido contido na inicial não pleiteou a repetição do indébito, mas tão somente o provimento declaratório de inexistência de relação jurídico-tributária. Assim sendo, penso que a autora poderá futuramente, através do veículo adequado, pedir a compensação do indébito tributário.

Dito isto, realço que a possível e futura compensação estará atrelada ao período de prescrição dos pagamentos dos tributos considerados indevidos, adotando-se, para tanto, o prazo quinquenal.

Adiro, neste particular, ao argumento da União Federal em sua contestação, apenas atualizando a quadra dos acontecimentos, pois já foi encerrado o julgamento pelo STF sobre a tese dos “cinco mais cinco”, ao dar pelo improvimento do RE 566.612, mantendo assim decisão do TRF4. Em suma, prevaleceu o entendimento de que a redução do prazo de prescrição veiculada pela Lei Complementar 118/2005 aplica-se apenas e tão somente nas ações tributárias ajuizadas depois do dia 9/6/2005, vale dizer, ações protocoladas em data anterior utilizam-se do prazo de até 10 anos para compensar/repetir o indébito. Assim sendo, às ações ajuizadas *após o dia 9.6.2005* (caso dos autos), porquanto a empresa manejou a sua ação tributária aos 8.6.2010 é de ser considerar válido o diploma legal outrora guerreado (LC 118/2005), ou seja, uma vez reconhecida a inexistência da relação jurídico tributária ao contribuinte é dado buscar a repetição e/ou compensação dos tributos, tomando-se o entendimento do prazo quinquenal de prescrição.

Noutro giro verbal, ficam declaradas *indevidas a incidência das contribuições previdenciárias sobre o adicional de horas extraordinárias e adicional de 1/3 de férias, a partir de 8.6.2005* (cinco anos antes do ajuizamento da presente ação). Os valores, ainda que indevidos, *anteriores a 8.6.2005 estão prescritos*.

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por SORVETES SKIBEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA em face da UNIÃO FEDERAL, para *declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obriga a autora ao recolhimento de contribuição previdenciária sobre a folha de salários, incidentes sobre o adicional por horas extraordinárias e o adicional de 1/3 de férias, em razão da natureza indenizatória de tais verbas*.

O prazo de prescrição para eventual compensação tributária dos valores será de 5 (cinco) anos, nos exatos termos do item 25 desta sentença.

Nos termos do art. 273 do CPC, *concedo a tutela antecipada* para o fim específico de (i) - impedir que o Fisco adote medidas punitivas de qualquer espécie contra a autora, tais como negar CND, inscrever o nome no CADIN e lavrar auto de infração, tomando por base as contribuições previdenciárias estritamente relacionadas nesta sentença, bem como (ii) - garantir que até o trânsito em julgado não seja cobrada a referida exação, nos exatos termos do presente provimento.

Os fundamentos jurídicos da presente tutela antecipada são exatamente os mesmos utilizados na motivação da presente sentença.

O processo fica extinto, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.

Face a sucumbência recíproca, deixo de fixar os honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC.

Haja vista o disposto no art. 475, inciso I e parágrafo 2º, ambos do CPC, *submeto a presente sentença ao duplo grau de jurisdição*, tão logo escoado o prazo para a interposição de recurso.

P. R. I.

São Carlos/SP, 29 de maio de 2012.

Juiz Federal ALEXANDRE BERZOSA SALIBA

AÇÃO PENAL

0000546-80.2011.4.03.6004

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: MATIAS FERNANDES ZAMORA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS

Juiz Federal: DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 02/07/2012

Vistos em Inspeção,

MATIAS FERNANDES ZAMORA, espanhol, nascido aos 03.01.1947, documento de identidade AAC609019, encontra-se preso e processado pela prática do delito previsto nos artigos 33, *caput* (tráfico de entorpecentes), c/c art. 40, incisos I e III, todos da Lei nº 11.343/2006.

O Ministério Público Federal narra em denúncia que durante fiscalização no Aeroporto Internacional de Corumbá o réu fora flagrado transportando, de maneira consciente e voluntária, invólucros de substância entorpecente cocaína em cueca adrede preparada para o transporte da droga de peso bruto aproximado 2.095 g (duas mil e noventa e cinco gramas), quando embarcaria para vôo com destino final Espanha. Aponta, ainda, a acusação a confissão do réu, segundo a qual a compra da cocaína ocorreu na Bolívia e teria a intenção de levá-la para a Espanha.

Constam dos autos os seguintes documentos: I) Auto de Prisão em Flagrante às fls. 02/33; II) Auto de Apresentação e Apreensão à fl. 11/12; III) Laudo Toxicológico Preliminar em Substância à fls. 13/16; IV) Relatório da Autoridade Policial às fls. 29/30; V) Laudo Definitivo de Exame em Substância às fls. 57/60; VI) Defesa preliminar do réu à fls. 105.

A denúncia recebida (fls. 113) aos 03.10.2011, pois ausente as hipóteses de absolvição sumária.

A Defesa do réu é delineada por Defensor Dativo, tanto porque o réu não possui advogado constituído.

Em sede de instrução probatória, ouviram-se três testemunhas e o próprio réu interrogado às fls. 120/127.

O Ministério Público Federal apresenta suas alegações finais às fls. 138/307. Pugna o titular da ação penal pela condenação do réu, tal como lançada na denúncia, diante da comprovação da materialidade e autoria dos delitos. Protesta, ainda, pela fixação da pena base acima do mínimo legal, diante da quantidade de droga apreendida.

Por sua vez, a Defesa apresenta alegações finais às fls. 146/148. Protesta pelo reconhecimento da colaboração do réu, diante de sua pronta confissão policial e judicial. Requer o reconhecimento da atenuante genérica e da causa de diminuição da pena do delito, *ex vi* o disposto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

O réu não apresenta antecedentes criminais - fls. 109.

É o breve relato.

Decido.

Insta consignar, como preliminar, que o interrogatório judicial do réu fora colhido por

MM. Juíza Federal Substituta que não mais se encontra em exercício neste Juízo, de sorte que em beneplácito ao *princípio constitucional da celeridade processual* (CF, art. 5º, LXXVIII: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*), passo a julgar o feito, sem qualquer prejuízo processual. Tanto porque tal circunstância não vincula o magistrado removido do Juízo, consoante interpretação judicial do princípio da identidade física do juiz, quer no âmbito do processo civil como do processo penal.

A pretensão punitiva estatal merece acolhida.

A materialidade do delito do delito de tráfico de substância entorpecente restou demonstrada cabalmente nos autos: tanto em sede de inquérito policial, mediante o Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12), como sob o crivo do contraditório no âmbito judicial, a teor da conclusão do Laudo Toxicológico para substância entorpecente às fls. 57/60.

A quantidade de droga apreendida cerca de 2.095 g (duas mil e noventa e cinco gramas), apreendida na cueca previamente preparada pelo réu para o transporte do entorpecente materializa o delito em comento, eis que manifesto o intuito mercantil da empreitada.

Por sua vez, a autoria é inconteste, flagrada na própria cueca do réu, adrede preparada para a empreitada delituosa, conforme estampa a fotografia de fls. 12 dos autos de inquérito policial.

O réu colaborou com as autoridades ao confessar o delito e seus detalhes, tanto no âmbito policial como judicial. Nesse passo, verifico que a réu, Sr. MATIAS FERNANDES ZAMORA, não apenas realizou as condutas verbais do tipo objetivo, quanto seu agir finalístico fora gravado pela “consciência”, à medida que assumiu se tratar de droga e elegeu as circunstâncias necessárias para a sua prática, aceitando transportá-la consigo na ocasião de seu embarque para a Espanha.

O presente caso concreto congrega, assim, as provas contidas nos autos de forma que resta plenamente comprovado o triste delito de tráfico internacional de entorpecentes.

Nesse sentido, evidente está a autoria do ilícito de tráfico de drogas e inconteste é a responsabilidade criminal do réu, uma vez que sua conduta se amolda com requinte ao tipo objetivo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.

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. (grifo nosso)

A coesão das provas contida nos autos torna nítida a consumação do delito em epígrafe. Vale, assim, consignar a confissão judicial do réu, fiel às palavras da tradutora:

Sim, é verdade que transportava a cocaína na minha cueca. A droga me foi dada para levá-la ao exterior. (...)

O depoimento das demais testemunhas é consentâneo às afirmações suprapontadas, de forma que o conjunto probatório é sólido e coeso para ensejar um decreto condenatório.

A internacionalidade do tráfico também se faz presente, pois a origem da droga partiu do exterior, tal como o seu destino visava o exterior.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal estampada na denúncia para o fim de CONDENAR o réu MATIAS FERNANDES ZAMORA, espanhol, nascido aos 03.01.1947, documento de identidade AAC609019, como incurso no delito do art. 33, “caput”, c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 387, do Código de Processo Penal.

Passo, pois, a individualizar a pena.

A sanção penal prevista ao delito em epígrafe é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

a) *Circunstâncias judiciais – art. 59 do Código Penal* – a culpabilidade do réu está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito. Sua atitude fora suspeita desde o início, conforme narram os policiais; contudo, o réu colaborou com as autoridades policiais, de forma que sua culpabilidade não extravasa o mínimo legal do delito em comento (já tido como rigoroso, diante de sua comparação com outros delitos de violência). e detém personalidade insistente para o delito em epígrafe, por certo.

Pela análise das certidões de antecedentes criminais e de distribuição de ações acostadas aos autos às fls. 54, 109, 110 e 112 não verifico a existência de condenação do réu, em que pese sua confissão judicial que já cometera o delito em epígrafe. Contudo, tal circunstância exige prova escrita para seu reconhecimento, por se cuidar de prova material, consoante iterativo entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Expressa tal orientação Fernando Capez, *in Código Penal Comentado*, Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008, 2ª ed, p. 139: “Prova da Reincidência. Só se prova mediante a certidão da sentença condenatória transitada em julgado, com a data do trânsito. Não bastam, desse modo, meras informações a respeito da vida pregressa (...). Nem mesmo a confissão do réu é meio apto a provar a reincidência.”

Já quanto a análise da personalidade do réu e sua conduta social não há nos autos elementos suficientes para firmar juízo de valor sobre tais condições, a não ser que sua pronta confissão policial e judicial.

Dessa forma, em atenção às circunstâncias judiciais e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 fixo a pena-base em: *5 (cinco) anos e 10 (dez meses) de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pelo crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.*

b) *Circunstâncias agravantes* – não há.

c) *Circunstâncias atenuantes* – art. 65, III, “d”, do CP – reconheço a ocorrência da confissão espontânea, alegada pelas defesas, haja vista que a ré confessou, tanto perante a autoridade policial quanto em Juízo, a prática do delito em comento. O réu optou pela confissão, viabilizando a colheita de maior suporte probatório tanto para a investigação inquisitorial como para a condenação. Dessa forma, por razões de política criminal, tendo em vista que favoreceu a Administração da Justiça, moralmente é justo e ético que sofra o réu pena menos gravosa, situação a ser considerada na fixação final da pena. Pois, nessa fase já fixada no seu mínimo legal.

Nesse diapasão, nossos Tribunais têm decidido que:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL: 5 ANOS. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/07. ORDEM CONCEDIDA, PARA QUE O TRIBUNAL A QUO REDIMENSIONE A PENA DO PACIENTE, FAZENDO INCIDIR A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, BEM COMO PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme de que a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, deve ser considerada no momento da aplicação da pena, desde que ela tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação. 2. Na hipótese dos autos, em diversas passagens da sentença, o MM. Juiz faz referência ao fato de o paciente ter confessado a posse e a propriedade das drogas apreendidas (maconha e cocaína) perante a autoridade policial. Tal confissão, aliada às demais provas existentes, deram suporte à condenação, razão pela qual deve incidir a atenuante no momento da fixação da pena. Precedentes do STJ. (...) 5. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem. 6. Ordem concedida, para que o Tribunal *a quo* redimensione a pena do paciente, fazendo incidir a atenuante da confissão espontânea, bem como para afastar o óbice à progressão de regime prisional. (HC 89.230/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 17/11/2008)

d) *Causas de aumento – art. 40, I e V da Lei 11.343/06* – elevação da pena em 1/6 (um sexto).

A internacionalidade do tráfico foi demonstrada pelas declarações prestada pelo réu, seja perante a autoridade policial, seja no momento das prisões em flagrante, corroborada ainda pelas testemunhas.

Deveras, tanto a origem da droga: proveniente da Bolívia; como seu destino, Ilhas Canárias/Espanha, configuram a causa de aumento da transnacionalidade. Inclusive, cumpre ressaltar que na cidade de Corumbá/MS – como é bastante cediço – não se produz cocaína, essa é cultivada e extraída livremente no Peru, na Colômbia e na Bolívia.

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais, expressa nas ementas que seguem:

PENAL. CRIMES DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO. LEI Nº 6.368/76, ART. 12, CAPUT, E ART. 14, C. C. O ART. 18, INCISOS I. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ASSOCIAÇÃO DURADOURA CARACTERIZADA. PENA PREVISTA NO ART. 8º, CAPUT, DA LEI 8.072/90. APLICABILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. Não demonstrada a deficiência técnica da defensoria dativa, não há falar em nulidade do processo. 2. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo, impõe-se a condenação dos réus pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Configurado vínculo estável entre os agentes, unidos no propósito de praticar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, devem ser condenados como incurso nas disposições do art. 14 da Lei nº 6.368/76. 4. Restando provado que a droga foi trazida da Bolívia para o Brasil, incide a causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76. 5. A pena para o agente que pratica o crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 é aquela estabelecida no art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90. 6. A quantidade de droga traficada deve ser levada em conta para a fixação da pena-base. 7. Não podem ser consideradas como maus antecedentes supostas condenações dos réus no exterior, sem qualquer comprovação nos autos. 8. Se um dos agentes

confessa espontaneamente a prática delitiva, faz jus à atenuação da pena. 9. O crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 não é alcançado pela regra do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de sorte que admite a progressão de regime de cumprimento da pena. 10. Os crimes capitulados nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 são autônomos e configuram concurso material, autorizando a aplicação do art. 69, *caput*, do Código Penal. 11. Recursos providos em parte. (TRF 3 - ACR 200260040010279 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS - SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 23/11/2004 - DJU DATA: 28/01/2005 PÁGINA: 174)

Assim, resta caracterizado o tráfico com o exterior, causa de aumento da pena, prevista no dispositivo supra comentado. Portanto, elevo a pena base da ré em 1/6 (um sexto), perfazendo um total de *5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*.

e) *Causas de diminuição – art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06* – redução da pena em 1/6 (um sexto).

Por fim, entendo viável a aplicação da causa de diminuição de pena prescrita pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois à míngua de prova formal de maus antecedentes do réu, não vislumbro legítimo à prova dos autos deixar de reconhecer a causa de diminuição da pena. Explico.

Fiel à Teoria do Domínio dos Fatos, andou bem a Lei 11.343/06 ao divisar explicitamente a distinção entre aquele que detém controle, comando e gestão da empreitada criminosa e aquele sujeito “utilizado” pela organização criminosa que simplesmente o manipula como um fantoche. Daí a razão de ser do art. 33, § 4º, ora em estudo. Esclareça-se, ainda, que as condições particulares do réu e sua pronta colaboração às autoridades confere o caráter humanitário e legítimo para aplicação da causa de diminuição em voga.

Confira-se, pois, seu depoimento prestado quando preso em flagrante:

Que passa bem, entende o interprete nomeado; que não ingeriu droga e passa bem, e também não é usuário de drogas; que afirma não estar com nenhuma droga ingerida; que é aposentado e mora em Barcelona/Espanha; que pegou a droga em Quijarro/Bolívia com uma pessoa de cor morena com feições guarani, que se comunicava em português (falando mal o espanhol), altura média de 1.65m/1,70m, peso aproximado 70/75kg; que conheceu tal pessoa conversando em um campo de futebol em Quijarro; Que veio a passear no Brasil e na Bolívia; Que está passeando há cerca de 01 mês em Quijarro; Que a pessoa mencionada ofereceu ao interrogado o valor de 4.000,00 EUROS, o interrogando aceitou, mas o dinheiro seria pago apenas em Barcelona; Que é a primeira vez que transporta drogas (...)

Notável, pois, a participação incidental do réu e a assunção total do risco do transporte da droga, sem participação significativa imediata no lucro da empreitada criminosa. Factivo, pois, a aplicação da causa de diminuição da pena.

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento do MM. Juiz Guilherme Roman Borges do Juízo Federal de Guarulhos (cujo aeroporto internacional dá ensejo à movimentação expressiva de processos de tráfico de entorpecentes), ao ponderar em feito correlato (autos nº 0006143-73.2011.403.6119):

Entendo, igualmente, que eventuais viagens da ré não podem ser consideradas como indicativas seguras de vinculação a uma organização criminosa. Embora isso venha eventualmente representar a participação numa empresa delitiva, não há prova suficientes nos autos, senão meros indícios, que assim permite concluir. Usar dados, não efetivamente provados pela acusação, senão com esforço argumentativo, leva a decisão judicial para um caminho de incertezas e presunções, o que não há de se admitir num Estado Democrático de Direito.

Ademais, entendo que a repressão à criminalidade organizada no plano internacional, tal assim o deseja a Convenção de Palermo (D. 5015/04), deve ser levada a cabo por outros meios, cabendo ao direito penal um caráter secundário, como última ratio.

(...)

Disso resulta que a atuação penal estatal só se deve dar, posto que impõe um castigo por vezes sem fundamento nos dias hoje, ao menos o que já há muito esclareceu a criminologia, quando os demais meios de controle social se mostrarem insuficientes ou ineficazes para manter a estabilidade dos laços sociais. Isto, sobretudo, quando se pensa no plano da criminalidade internacional, cuja densidade normativa ainda tem muito por ser construída.

Entendo como razoável que o direito penal se aplique a situações como a do caso concreto, havendo de se punir o indivíduo que comete um crime de tráfico internacional de entorpecentes, porém, não pode este assumir o papel que cumpriria a outros “meios sociais e institucionais de controle da criminalidade”.

Tampouco entendo que a figura da pessoa, vulgarmente nomeada de “mula”, que faz o transporte da droga possa “integrar” uma organização criminosa. Ainda que esta execute algum ato, não o faz na figura de autor, não participa da condução da organização criminosa e tampouco auferir os lucros como de seus coordenadores.

Entendo que pensar de modo contrário implica um regresso ao que já existiu de modo casuístico na parte geral do CP de 1890 e de 1830, que é o conceito unitário de autor.

Para esta teoria, quem produz uma contribuição causal para a realização da conduta descrita no tipo é, inevitavelmente, autor. Logo, quem “transporta” droga é traficante, tanto quanto o mandante do tráfico. Isto implica em admitir uma subsunção pura e neutra de condutas subjetiva e realisticamente diversas num mesmo tipo formal. No entanto, frise-se, mesmo na teoria unitária, ambos poderiam ter penas diversas, segundo a culpabilidade individual.

Contudo, este conceito unitário evoluiu em meados do século passado para um conceito mais restritivo, que distingue claramente autor e partícipe. Depois de ter passado por uma visão puramente objetiva (que diferenciava, a partir de um critério objetivo-formal de ação, o autor como aquele que realiza o núcleo do tipo e o partícipe como o que instiga ou atua de modo extra-típico), e de uma visão subjetiva (em que o autor é o que age com *animus actoris*, independentemente de realizar a conduta típica, e o partícipe com *animus socii*, porque quer o fato como alheio), chegou-se à teoria do domínio final do fato, com a qual concordo em termos teóricos, e entendo fundamental para o deslinde desta questão.

Entendo que, a partir de uma teoria objetivo-material (Claus Roxin) ou objetiva-subjetiva (Hans Welzel), é de se indagar a vontade criadora do fato típico e a contribuição concreta para o fato. Entende-se por autor aquele que domina o fato e a sua realização, controlando a continuidade da ação, bem como a possibilidade de sua interrupção, distintamente do partícipe, que se vincula à ação, porém não a domina.

Embora, aparentemente, o art. 29, §§ 1º e 2º tenha adotado a teoria unitária, entendo que a adoção de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma o modelo monístico em um modelo diferenciador, admitindo-se o emprego das modernas teorias diferenciadoras entre autor e partícipe, tais como a Teoria do Domínio do Fato (perfeitamente compatível com a disciplina legal da questão adotada no Código Penal – o que é, inclusive, defendido na exposição de motivos do CP).

Por esta razão, compreendo que o sujeito que transporta a droga, vulgarmente dito “mula”, exatamente por não ter o domínio final do fato, vez que mero executor, embora realize o tipo,

não pode receber o mesmo tratamento em termos hipotético-normativo que aquele que o ordena, pois, do contrário, regressaríamos à teoria unitária.

Andou na vanguarda, portanto, a lei de tóxico quando previu o art. 33, § 4º, à medida que procurou distinguir o simples executor de função menor daquele que se coloca como o grande gestor do empreendimento. Assim, vislumbro que a atuação do réu, embora seja um eventual sub-braço da organização criminosa, não o torna membro desta, de modo autônomo e condutor de sua orientação. O fato de não ter qualquer poder de decisão, de determinação de escolhas, de organização e planejamento, retira-o do conceito próprio de “integrar” a organização jurídica, para torná-lo simples coadjuvante na empresa criminosa.

Dessa forma, aplico em favor do réu a causa de redução no montante de 1/6, de forma que a pena resta *definitivamente fixada em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 484 (quatrocentos e oitenta e quatro) dias-multa*.

Fixo o valor do dia-multa, tendo em vista a situação econômica aparente das rés, em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo à época dos fatos, nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal.

Diante da pena finalmente fixada, resta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

f) Regime de cumprimento da pena

O regime de cumprimento das penas será inicialmente fechado, de acordo com os precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 86194/DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 07/03/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação: DJ 04-03-2006) – cuja progressão de regime seguirá os termos da Lei nº 11.464/2007, sem qualquer prejuízo por se tratar de réu estrangeiro, *ex vi* o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Expeça a Secretaria a Guia de Execução Provisória, remetendo-a ao Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Corumbá/MS, para suas providências.

Anoto que a incineração da droga foi decidida em processo apartado de -autos nº 2010.1077-69.

g) Da Cooperação Internacional

Com fundamento no fundamento constitucional vetor de nossa Carta Magna, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) combinado com o princípio internacional de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da prevalência dos direitos humanos (art. 5º, II e IX) e da reciprocidade internacional, diante da expressa manifestação do réu em seu interrogatório judicial no interesse de cumprir a pena na Espanha, DEFIRO por razões de índole humanitária e de ressocialização o PLEITO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL para que o réu cumpra a pena na Espanha, seu Estado natal.

Nesse sentido é o posicionamento atual da comunidade internacional, consoante leciona Antenor Madrugá¹:

É bem verdade que a transferência do brasileiro condenado no exterior somente ocorre quando com seu próprio consentimento e requerimento. E também é certo que os tratados de transferência de pessoas condenadas no exterior “têm cunho essencialmente humanitário, pois visa à proximidade da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional facilitando sua reabilitação após o cumprimento da penal”, como

1 Artigo publicado no sítio: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-20/cooperacao-internacional-transferencia-condenado-homologacao>.

defende o Ministério da Justiça. Não se discute, contudo, a nobreza dos fins desses acordos, mas se os meios para alcançá-los estão adequados ao ordenamento jurídico brasileiro.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisões monocráticas, já se manifestou, sem maiores preocupações, pela dispensabilidade da homologação de sentenças estrangeiras, “havendo procedimento específico previsto em tratado ou convenção internacional”, conforme se lê no julgamento, em 8 de fevereiro de 2011, da SE 5.269-PT, pelo do ilustre ministro Ari Pargendler, no exercício da presidência do STJ.

“A teor do disposto nos artigos 105, I, letra i, da Constituição Federal, e 483, *caput*, do CPC, c/c o artigo 4º, *caput*, da Resolução 9/2005, do Superior Tribunal de Justiça, as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil após homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, havendo procedimento específico previsto em tratado ou convenção internacional, o processo de homologação torna-se dispensável.

No caso dos autos, com efeito, em razão do Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas firmada entre o Brasil e Portugal (Decreto 5.767/2006), foi autorizada a transferência do reeducando para o país, onde já se encontra cumprindo pena desde 29/10/2009 (fls. 39-40). Ademais, nos termos do mencionado tratado, a homologação da sentença condenatória não constitui requisito para a concessão de benefícios legais (art. 9º, nº 3)”

Posto isso, expeça-se, desde já (diante da demora para seu cumprimento), PLEITO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL para o DRCI com o fim de possibilitar o cumprimento da pena em que o réu encontra-se condenado na Espanha, uma vez definida a reciprocidade entre os países.

Expeça-se, ainda, ofício para a Embaixada da Espanha para acompanhar o pleito de Cooperação Internacional, manifestando-se conforme de direito.

Já a saída do réu do território nacional deverá aguardar o trânsito em julgado.

Das demais disposições

Diante da ausência de comprovação de que os U\$ 100,00 (cem dólares) e os R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) apreendidos em poder do réu derivam imediatamente do delito de tráfico de entorpecentes, defiro sua restituição após o trânsito em julgado.

Diante da situação de hipossuficiência do réu, devidamente retratada nos autos, deixo de fixar a indenização mínima e as custas processuais, *ex vi* o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, em beneplácito o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a Lei nº 1.060/50.

Ainda, após o trânsito em julgado desta sentença, providencie-se o seguinte:

I. Remessa dos boletins individuais à Superintendência da Polícia Federal (CPP, art. 809);

II. Anotação do nome do réu no rol dos culpados, nos termos da Resolução do Conselho da Justiça Federal CJF nº 408, de 20 de dezembro de 2004;

III. Expedição de solicitações de pagamento dos honorários do advogado dativos, os quais fixo no valor máximo da tabela, devendo ser solicitados depois de transitada em julgado a sentença;

IV. Remessa de cópia da sentença e da certidão de trânsito em julgado à Justiça Eleitoral, para os fins do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal;

Em seguida, intím-se o réu, na pessoa de seu advogado, para pagar em 10 (dez) dias o terço que cabe a cada um, sob pena de inscrição na dívida ativa.

Publique-se. Registre-se. Intím-se.

Corumbá/MS, 18 de abril de 2012.

Juiz Federal DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

AÇÃO ORDINÁRIA

0001751-26.2011.4.03.6108

Autor: JOAQUIM FRANCISCO FERREIRA

Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2012

Extrato: AÇÃO ORDINÁRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS AFASTADA – TERCEIRO A SE PASSAR PELO AUTOR, NA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – PERPETRADOS INDEVIDOS SAQUES DE SEUS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, SOBRE OS QUAIS A RESPONDEREM OS RÉUS – PRECEDENTES DESDE O E. STJ, EM SIMILITUDE ANGULAR – *QUANTUM* INDENIZATRÓRIO – RAZOABILIDADE OBSERVADA – CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE A PARTIR DE SUA FIXAÇÃO, EM HARMONIZAÇÃO COM OS JUROS NO TEMPO – PARCIAL PROCEDÊNCIA AO PEDIDO.

Vistos etc.

Cuida-se de ação de conhecimento, com pedido liminar, deduzida por Joaquim Francisco Ferreira, em face da Caixa Econômica Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social.

Sustenta o autor, em resumo, que é aposentado especial e que seu sustento provém unicamente do benefício previdenciário, correspondente a próximos R\$ 2.353,39.

Narra que, à sua revelia, houve alteração da forma de pagamento de sua aposentadoria, anteriormente depositada em conta-corrente do Banco do Brasil, então modificada para conta-corrente da Caixa Econômica Federal, aberta por terceiro em seu nome, de onde foram sacados R\$ 5.345,14. Informa existirem empréstimos relativos a esta conta, bem como dívidas de cartão de crédito, as quais não contraiu, que ocasionaram a inscrição de seu nome no cadastro do Serasa.

Notícia ter ajuizado Ação Cautelar de Exibição de Documentos (autos nº 0008578-87.2010.403.6108), no intuito de obter documentação que lhe foi administrativamente negada pela CEF.

Defende a responsabilização da Instituição Financeira, porquanto perante esta realizado o ardiloso pedido de alteração da forma do pagamento do benefício, responsabilizando referido Ente pelo descuido em verificar a idoneidade dos documentos apresentados.

Sustenta, também, a responsabilização do INSS, por ter permitido a alteração da forma de pagamento de seu benefício.

Requer, liminarmente, seja determinada a juntada, pelo Banco, dos documentos originais assinados em seu nome e, pelo INSS, do processo administrativo que culminou na mudança da conta, para pagamento do benefício.

Em mérito, requer seja declarada a inexistência de relação jurídica para com a CEF, quanto aos débitos cadastrados nos órgãos de proteção ao crédito. Ainda, pretende ser ressarcido em R\$ 5.345,14, numerário relativo aos saques indevidamente realizados, bem como

indenizado em vinte vezes referida quantia, em virtude do abalo moral, decorrente do episódio.

Pugna, mais, pela inversão do ônus da prova, bem assim que lhe seja deferido o benefício da Justiça Gratuita.

Junto à inicial vieram os documentos de fls. 28/46.

Liminar indeferida a fls. 50/51, oportunidade em que foi deferido o benefício da Justiça Gratuita ao autor.

Regularmente citada (fls. 53-verso), ofereceu a CEF contestação, aduzindo, essencialmente, ter sido, junto ao requerente, vítima do falsário, imputando a este a culpa exclusiva pelo golpe. Por este fundamento, pugna seja afastada a condenação por danos morais. Quanto ao prejuízo material, assevera que os débitos do cartão de crédito já foram estornados. Afirma que sua responsabilidade, se existente, é subjetiva, bem assim que não agiu com culpa. Aduz, por igual, inexistir nexo de causalidade entre sua conduta e os fatos narrados pelo autor. Carreou documentos, fls. 66/84.

A fls. 85/86, a CEF depositou integralmente o valor relativo aos saques indevidos (R\$ 5.345,14), bem como autorizou o imediato levantamento pelo autor, o que foi realizado a fls. 174.

Manifestação do INSS a fls. 87/89, onde afirma a responsabilidade exclusiva da banco pelos eventos danosos ocorridos. Afirma que, nos termos do contrato celebrado com a CEF e outras instituições financeiras, o expediente de alteração do local de pagamento do benefício previdenciário deu-se por intermédio único do banco pagador. Assevera não poder juntar documentos aos autos, por não ter interferido na relação jurídica de migração bancária.

Contestação Autárquica entranhada a fls. 109/121, onde defende sua ilegitimidade passiva, pelos fundamentos acima expostos. Sustenta, essencialmente, a inexistência de ato negligente de sua parte, a justificar sua responsabilização. Juntou documentos, fls. 122/139.

Réplica a fls. 141/156, onde o autor afirma ter o INSS contribuído para a ocorrência do episódio, na medida em que forneceu seus dados para a Instituição de Crédito e não procedeu à conferência dos documentos. Nessa esteira, requer seja declarado nulo o acordo firmado entre Autarquia e Bancos, “vez que deveras inseguro em relação ao beneficiário” (fls. 143). Requereu, mais, a produção de prova testemunhal, deferida a fls. 170 e realizada a fls. 178/181.

Copiada aos autos a sentença proferida na Ação Cautelar de nº 8578-87.2010.4.03.6108, fls. 164/166, já arquivada, a qual homologou as provas ali produzidas.

Parecer ministerial, fls. 168, pelo normal prosseguimento do feito.

Memoriais, do autor e da CEF, respectivamente a fls. 181/190 e 191.

É o relatório.

DECIDO

Por primeiro e fundamental, matéria de ordem pública a legitimidade *ad causam*, § 4º e inciso X, do artigo 301, CPC, apresenta insurgência o Instituto-réu quanto à legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação.

Deveras, em que pese apresente o INSS tese de que a contração direta ocorreu junto ao agente financeiro, que se incumbiu das tratativas do denominado Sistema de Pagamento de Benefícios, nos termos do contrato encartado a fls. 122/134, descabe à Autarquia escusar-se de sua responsabilidade fiscalizatória, igualmente prevista em tal documento, conforme se extrai

límpido da décima segunda cláusula, recordando-se-lhe, outrossim, o quanto lhe compete em termos de objetiva imputação, artigo 37, Lei Maior:

CLÁUSULA DÉCIMA-SEGUNDA – DA FISCALIZAÇÃO

O CONTRATANTE fiscalizará o cumprimento deste Contrato, pela verificação dos débitos originários dos pagamentos de benefícios até a sua contabilização final, junto à Agência Centralizadora Nacional dos CONTRATADOS, obrigando-se estes a prestar as informações necessárias quanto à autenticidade dos pagamentos da Previdência, no prazo máximo de trinta dias.

PARÁGRAFO ÚNICO - As informações quanto à autenticidade dos documentos abrangerão o prazo de 36 meses da data de autenticação do documento.

Em outras palavras, somente pode o Instituto cancelar o desconto no benefício previdenciário se este tiver lastro de veracidade/legalidade, ao passo que, embora a relação inicial transcorra ao eixo segurado/agente financeiro, o efetivo ato de concluir a operação e autorizar o desconto no benefício, inexoravelmente, brota do agir autárquico, consequentemente partícipe de todo o cenário hostilizado.

Ademais, frise-se haver notícia à causa de que teria procurado o INSS para tentar sanar a irregularidade, fls. 05, item 7, todavia sem êxito, portanto descabido ao INSS esquivar-se de sua competencial responsabilidade ao episódio guerreado.

De sua face, relativamente ao pedido de ressarcimento material no importe de R\$ 5.345,14, efetivamente pago (fls. 86) e regularmente levantado pelo requerente (fls. 174), o mesmo verificando-se quanto às já excluídas cobranças relativas ao cartão de crédito, de se julgar procedente o pedido, nestes âmbitos, com fundamento no artigo 269, II, do CPC, patente o reconhecimento do pedido pela CEF, que a dispensar maiores incursões/deliberações.

Em prosseguimento, a temática relativa à indenização moral, então impugnada, merece prévias considerações e decorrentes comandos a tanto.

Consagra a v. jurisprudência, desde o E. STJ, adiante em destaque, sujeição banqueira à responsabilidade civil em função da abertura de conta, com seus decorrentes acessórios/ produtos/serviços, quando do uso de documentação falsificada, como assim objetivamente a se amoldar o vertente caso, onde, conforme ratificação da requerida, estelionatário agiu como se Joaquim Francisco fosse, fls. 57, último parágrafo e 58, dizendo-se vítima inclusive:

STJ - AGA 201000499262 - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1292131 - ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA - FONTE: DJE DATA: 29/06/2010 - RELATOR: SIDNEI BENETI

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABERTURA DE CONTA-CORRENTE - DOCUMENTOS FALSIFICADOS - DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I - A falsificação de documentos para abertura de conta corrente não isenta a instituição financeira da responsabilidade de indenizar, pois constitui risco inerente à atividade por ela desenvolvida. (REsp 671.964/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 29/06/2009). Precedentes.

II - Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de proteção ao crédito, o dano moral se configura *in re ipsa*, dispensada a prova do prejuízo.

III - Agravo Regimental improvido.

STJ - RESP 200401091067 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 671964 - ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA - FONTE: DJE DATA: 29/06/2009 - RELATOR: FERNANDO GONÇALVES RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA VARA ESPECIALIZADA. DIREITO LOCAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABERTURA DE CONTA CORRENTE. DOCUMENTAÇÃO FALSA. INCLUSÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. REDUÇÃO.

(...)

2. A falsificação de documentos para abertura de conta corrente não isenta a instituição financeira da responsabilidade de indenizar, pois constitui risco inerente à atividade por ela desenvolvida. Precedentes.

(...)

STJ - AGA 200901265664 - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1204936 - ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA - FONTE: DJE DATA: 26/05/2010 - RELATOR: ALDIR PASSARINHO JUNIOR CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. FURTO/ROUBO DE TALÃO DE CHEQUES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RAZOABILIDADE.

I. A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes gera responsabilidade civil para a instituição financeira, desinfluyente a circunstância sobre o desconhecimento do furto/roubo de talão de cheques do cliente.

(...)

TRF3 - AC 200561110031580 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1165864 - ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA - FONTE: DJF3 CJ1 DATA: 14/01/2011 PÁGINA: 273 - RELATOR: JUIZ JOHNSOM DI SALVO

DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABERTURA DE CONTA CORRENTE NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL COM USO DE DOCUMENTOS SUBTRAÍDOS E FALSIFICADOS - OMISSÃO E INÉPCIA DOS FUNCIONÁRIOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA ABERTURA DE CONTA CORRENTE FEITA POR ESTELIONATÁRIO USANDO OS DOCUMENTOS FALSOS, COM ENTREGA DE TALONÁRIOS - DESATENÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ÀS NORMAS DO BANCO CENTRAL - DEVOLUÇÃO DE CHEQUES SEM PROVISÃO DE FUNDOS - TÍTULOS PROTESTADOS EM NOME DA VÍTIMA - RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONFIGURADA PELO ABALO DE CRÉDITO SOFRIDO NA PRAÇA, POR PARTE DA VÍTIMA - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO AFASTADA - APELO IMPROVIDO.

(...)

2. Responsabiliza-se a Caixa Econômica Federal na forma do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que funciona como instituição financeira privada, de crédito, como um banco comercial comum.

3. Indenização pelo dano moral oriundo do abalo de crédito e outros transtornos, em virtude da responsabilidade da instituição bancária que causou o constrangimento sofrido pelo apelado, decorrente da emissão de cheques por estelionatário que conseguiu abertura de conta corrente e fornecimento de talonário junto à Caixa Econômica Federal, cujos funcionários foram omissos e ineptos diante das exigências da Resolução nº 2.025 do Banco Central, e das recomendações ditas pela prudência na abertura de contas-correntes.

(...)

TRF3 - AC 200003990219249 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 586144 - ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA - FONTE: DJF3 CJ1 DATA: 09/12/2010 PÁGINA: 633 - RELATOR : JUIZ COTRIM GUIMARÃES

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. UTILIZAÇÃO DE CPF DE TERCEIRO PARA ABERTURA DE CONTA CORRENTE. LIBERAÇÃO DE TALÃO DE CHEQUE À ESTELIONATÁRIA. DEVOLUÇÃO DOS CHEQUES POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO NEGATIVO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DE DANO HIPOTÉTICO.

1. A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que através de sua conduta negligente permitiu que um terceiro abrisse conta corrente e obtivesse liberação de talões de cheques mediante uso do número de CPF da autora, provavelmente falso.
 2. O banco é responsável pelo dano causado à autora em virtude da atuação de estelionatária que, utilizando-se do número de seu CPF, logrou abrir conta corrente e emitir cheques sem fundos, resultando na anotação indevida do nome da autora em cadastros restritivos de crédito.
 3. No caso em tela, a CEF não agiu com a cautela necessária ao abrir a conta corrente, pois ou o documento utilizado era falso, ou não foi sequer apresentado. Houve, portanto, falha na prestação de serviços da instituição bancária, que agiu com culpa na modalidade negligência, afastando-se, assim, a alegação de culpa exclusiva da estelionatária.
 4. A emissão de cheques sem provisão de fundos acarretou a inscrição do nome do apelante em cadastros negativos de crédito. Tal fato, por si só, revela a ocorrência de dano moral, gerando o dever de indenizar. O dano é, pois, *in re ipsa*.
- (...)

Efetivamente, submetida foi a parte autora a uma diversificada gama de repercussões em seu cotidiano, tanto que houve descontos do empréstimo consignado em seus proventos de aposentadoria, fls. 32, ao passo que, diante da falha, restituiu o Banco os valores ao requerente, fls. 86.

De conseguinte, fartamente revelados os cabais elementos configuradores da responsabilidade civil econômica, art. 186, CCB, havendo expresse anulação desde a falta de cautela dos réus, no trato dos pedidos de empréstimo, sendo a honra do postulante diretamente atingida, seu íntimo tendo sido aviltado, não havendo falar, por igual, em culpa exclusiva do delinqüente.

Sobremais, dever dos demandados, pelos meios mais eficazes e de todos os modos, precaverem-se da ação de terceiros de má-fé, em relação às pessoas inocentes que são vítimas de marginais, tendo ambos contribuído ao mister destes últimos, ao deixarem de averiguar precisamente a documentação que envolva.

Aliás, o cenário envolvendo utilização de documentos falsificados para abertura de contas, situação idêntica ao caso concreto destes autos, não comporta mais debate em âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante notícia divulgada em seu sítio, no dia 29/08/2011, às 15h31, onde assentado restou a capital responsabilidade de indenizar em casos que tais, análise esta que seguirá a Lei dos Recursos Repetitivos:

Banco deve indenizar vítimas de fraude

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu em dois recursos envolvendo o Banco do Brasil, que as instituições financeiras devem indenizar, independentemente de culpa, pessoas prejudicadas por abertura de contas ou obtenção de empréstimos feitos com o uso de identificação falsa.

Em um dos casos, o estelionatário usou a certidão de nascimento de outra pessoa para tirar carteira de identidade em nome dela. Com esse documento, ele abriu uma conta e emitiu vários cheques sem fundos e a vítima teve o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito. A Justiça determinou a retirada do seu nome dos serviços de proteção e a declaração de inexistência da dívida, mas a indenização foi negada, pois se entendeu que o alto nível da fraude impossibilitava o banco de impedi-la.

No segundo caso, a conta foi aberta pelo falsário com os documentos originais de outra pessoa. A Justiça considerou que a assinatura da vítima e a falsificada eram semelhantes e que o banco teria agido de boa-fé. As duas pessoas recorreram ao STJ.

O relator dos processos, ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que era devida indenização às duas vítimas. Ele aplicou ao caso o entendimento do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” O julgamento seguiu a Lei dos Recursos Repetitivos e as decisões tomadas nesse caso vão servir de orientação para processos sobre a mesma questão jurídica.

Em suma, como se observa, consagram os pretórios pátrios paire superior suporte o Banco ao ônus atinente aos fatos desta natureza, em relação ao evento do qual a emanar o gesto mendaz arrostado, não excluída, no caso dos autos, a responsabilidade também autárquica, pela verificada falta de zelo no ato fiscalizatório.

Quanto ao valor da indenização, não impõe o atual ordenamento critérios objetivos para o Judiciário levar em consideração, quando da fixação do *quantum* reconhecido a título de dano moral, como no caso em espécie, todavia havendo (dentre tantos) Projeto de Lei do Senado, sob nº 334/2008, com a proposição de regulamentar o dano moral/sua reparação e, no caso de sua conversão em lei, positivado no sistema, então, restará o modo de fixação daquela importância.

É dizer, deve a parte que ingressa em Juízo provar suas assertivas e o evento lesivo proporcionado pela parte requerida, de modo que, dentro do cenário conduzido, logrará, ou não, no todo ou em parte, o ente demandante sucesso em sua empreitada, estando o Juízo incumbido de, no momento da fixação de eventual indenização, observar o princípio da razoabilidade, em cada caso específico, à luz dos elementos dos autos, artigo 131, CPC.

Deste modo, o dissabor e vicissitudes em angulação de honra subjetiva certamente que se põem a merecer objetivo reparo pelo réu, no caso em cena, todavia sujeita a solução à celeuma à crucial razoabilidade, de conseguinte a merecer enquadramento o importe inicialmente requerido a referido título (R\$ 106.000,000, aproximadamente), logo devendo a indenização ser mitigada para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), destacando-se não ser lídimo a nenhum ente enriquecer-se ilicitamente.

No tocante à correção monetária desta verba, realmente incidente a partir de sua fixação, nos termos do v. entendimento do C. STJ : logo, a partir deste julgamento é que será contada sua atualização.

Ademais, a atualização pela SELIC, consoante o E. STJ, põe-se harmonizada com a rubrica juros, diante da dúplici natureza de retratado indexador (juros e correção), estando a correção monetária absorvida pela aplicação de referida taxa:

STJ – RESP 200700517595 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 933067 – ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA – FONTE: DJE DATA: 17/12/2010 – RELATOR: PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PARTO. SEQÜELAS IRREVERSÍVEIS. PARAPLEGIA. INDENIZAÇÃO.

(...)

8. A partir da vigência do CC/2002, os juros moratórios submetem-se à regra contida no seu art. 406, segundo a qual, de acordo com precedente da Corte Especial (EREsp 727.842/SP), corresponde à Taxa Selic, ressaltando-se a não-incidência de correção monetária desde então, pois já compõe a referida taxa.

8. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento (Súmula 362/STJ).

9. Tendo sido prolatada a sentença após o advento do Código Civil de 2002, resta a correção monetária absorvida pela incidência da taxa Selic (EREsp 727.842/SP).

(...)

Desta forma, presente a estrutura civil responsabilizatória do pólo requerido, por tão grave contexto, como resta claro, no qual o bojo instrutório do feito revela efetivo prejuízo, nas duas ordens postuladas nesta demanda (o material prejuízo, manifesto, já ressarcido, bem assim o torpor/constrangimento/lesão íntimos ao ser da própria parte autora, na angústia que toda a celeuma lhe ocasionou, em claro ambiente de dúvida sobre a causalidade a todo este triste contexto), autoria fenomênica dos réus e cabal nexo de vinculação ou causalidade na relação obrigacional em foco, quando mínimo também cristalino o elemento subjetivo culpa, na modalidade negligência, pelas partes demandadas.

Logo, por marcarem-se presentes os componentes basilares ao instituto responsabilizatório civil, de rigor se revela comando condenatório, em rumo a (ao menos) se atenuar o triste quadro de também moral sofrimento do pólo demandante.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tal como o artigo 115, da Lei 8.213/91, artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 927 e 186, do Código Civil Brasileiro, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, consoante o artigo 269, I, CPC, fixados R\$ 5.345,14 (cinco mil, trezentos e quarenta e cinco reais e quatorze centavos), já pagos, frise-se, de ressarcimento referente ao dano material, e estabelecidos R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), de indenização a título de dano moral, solidariamente em idêntica proporção pelos requeridos, incidindo juros moratórios (SELIC) desde a citação, consoante artigo 405, CCB, c. c. artigo 161, § 1º, CTN, incorrente atualização monetária, pois já inserida no indexador SELIC, sujeitando-se os demandados ao pagamento de honorários advocatícios, à parte autora, no importe de 10% sobre o valor da condenação (também em idêntica proporção), monetariamente atualizada, artigo 20, CPC (Súmula 326, E. STJ).

Ausente remessa oficial, valor da causa R\$ 5.345,14.

P. R. I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA

0005424-78.2012.4.03.6112

Autor: RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA

Réus: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO E MUNICÍPIO DE PANORAMA - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: JOAQUIM ALVES PINTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/08/2012

RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA ajuizou, na Justiça Estadual, a presente ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra a UNIÃO, o ESTADO DE SÃO PAULO e o MUNICÍPIO DE PANORAMA, para o fim de condenar os Réus, de forma solidária, na obrigação de fornecer-lhe vacina contra febre tifóide e declarar que o Autor tem direito de receber tal vacina mediante a apresentação de receituário médico. Requer a aplicação de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para o caso de descumprimento da ordem judicial. Alega ser servidor público do Município de Panorama, desempenhando a função de revisor de bombas elevatórias do sistema de esgoto doméstico e, nessa condição, atua diretamente com agentes biológicos, tanto que recebe adicional de insalubridade em grau máximo. Em razão desse contato com agentes biológicos, diz que é essencial que tome periodicamente vacina contra febre tifóide. Aduz que desde 2007 vem solicitando referida vacina ao Município, sem obter êxito. O Município informa que o Estado de São Paulo não lhe envia a vacina e que não tem verba para adquiri-la. O Estado, por sua vez, diz que o Governo Federal não lhe envia a mencionada vacina. Fundamenta seu pedido, essencialmente, no artigo 196 da Constituição Federal e na Lei 8080/90. Pediu assistência judiciária. Juntou procuração e documentos.

Emendada a inicial (f. 23-24), foi apreciada e indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, ao argumento da ausência de fundado receio de dano, pois o medicamento solicitado seria de “mero teor profilático” (f. 25).

Citado, o MUNICÍPIO DE PANORAMA apresentou contestação (f. 34-36), suscitando ilegitimidade passiva, por não ter responsabilidade quanto ao fornecimento da vacina. Diz que apenas distribui as vacinas enviadas pelo Estado de São Paulo, que, à sua vez, as recebe do Ministério da Saúde antes de repassá-las ao Município. Afirma que requereu as vacinas por diversas vezes ao Estado de São Paulo, mas não obteve êxito. Defende que não há responsabilidade, pois, da municipalidade. Repete, no mérito, os argumentos lançados em preliminar.

Replicou o Autor (f. 40-41).

O ESTADO DE SÃO PAULO também apresentou contestação (f. 57-60), alegando que o Programa Nacional de Imunização é mantido pelo Ministério da Saúde, responsável pela entrega das vacinas às Secretarias de Estado da Saúde (Programa Estadual de Imunização), que, por seu turno, encaminham os imunológicos às regionais estaduais, isto é, ao Grupo de Vigilância Epidemiológica, e este faz o repasse aos municípios. Afirma que o Município de Panorama solicitou a vacina contra febre tifóide ao Grupo de Vigilância Epidemiológica de Presidente Venceslau, que, ao seu tempo, enviou tal requerimento ao Ministério da Saúde, obtendo a informação de não há estoque desse imunológico. Sustenta que compete à União a aquisição ou fabricação de vacinas, ao passo que ao Estado cabe a distribuição destas aos Municípios. Aduz que inexistindo a vacina em estoque no Ministério da Saúde, não há como fornecê-la por impossibilidade fática. Pede a improcedência da demanda. Juntou o documento de f. 61.

O Autor falou sobre a contestação (f. 62 verso).

A UNIÃO defendeu-se (f. 125-142) alegando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual na forma no art. 109 da CF/88. Levanta também a preambular de ilegitimidade passiva, uma vez que compete à direção municipal do SUS a execução dos serviços públicos de saúde, cabendo à direção estadual do referido Sistema prestar apoio técnico e financeiro aos municípios, executando, supletivamente, as ações e serviços de saúde. Diz que fornecimento de medicamentos está fora do âmbito das competências da União, em face da descentralização do SUS. No mérito, aduz que a pretensão autoral esbarra no princípio da separação dos poderes, eis que a concessão de medicamentos por meio de liminares em processos judiciais é uma ingerência do Poder Judiciário sobre esfera precípua das demais funções do poder. Quanto ao procedimento de compra das vacinas, sustenta que este pressupõe uma série de fases, tornando-se extremamente oneroso aos cofres públicos da União, quando operado por força de decisão judicial, o que não ocorre com os Estados e Municípios, haja vista que estes foram estruturados para adquirir e fornecer medicamentos. O direito à saúde submete-se à reserva do possível, isto é, de disponibilidade econômica, cabendo ao Administrador, discricionariamente, definir as metas de atendimento e estabelecer prioridade. Não se pode afirmar a existência de direito subjetivo constitucional à obtenção de medicamentos do Poder Público. A concessão de decisões judiciais para fornecimento de medicamentos desestabiliza a harmonia do sistema de tripartição dos poderes com repercussão sobre a alocação de recursos públicos.

Manifestou-se o Autor sobre a defesa da União (f. 140 verso).

Acolhida a incompetência da Justiça Estadual (f. 150-151), os autos vieram distribuídos a esta 5ª Vara Federal.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Tendo em vista que não há necessidade de produção de outras provas e a conciliação se mostra inviável por todos os argumentos postos pelas partes, conheço diretamente do pedido, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva de todos os Réus, considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população, inclusive relativamente à obrigação de fornecer gratuitamente as vacinas àqueles que efetivamente estejam expostos aos riscos imunológicos, como é o presente caso.

Essa questão, ao que parece, já está pacificada pela jurisprudência do STJ, como se pode ver, a título de exemplo, no seguinte aresto:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - UNIÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA - TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - SÚMULA 729/STF E PRECEDENTES DESTA CORTE.

- “É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congênere necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no pólo passivo da demanda” (RESP

719716/SC, Min. Relator Castro Meira).

- É possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, Súmula 729/STF e jurisprudência deste eg. Tribunal.

- Recurso especial não conhecido.

(STJ, RESP 516359, 2ª Turma, DJ: 19/12/2005 PÁGINA: 312, Relator FRANCISCO PEÇANHA MARTINS)

É de se atentar, sobre este ponto, que não se está a requerer na presente ação o fornecimento de um medicamento específico ou de alto custo, mas, sim, a disponibilização de vacina a funcionário público municipal exposto a fator de risco (agentes biológicos). Não está em discussão nesta demanda, portanto, apenas o direito à saúde, havendo, outrossim, uma perquirição sobre a vinculação administrativa dos entes federativos quanto à imunização dos agentes públicos no exercício de suas funções.

E, do que extraio das contestações e documentos existentes nos autos, resta evidente que tanto o Município, quanto o Estado e a União têm responsabilidades na Política Nacional de Imunização. Basta passar os olhos nas peças de defesa: a) o Município de Panorama disse que apenas distribui as vacinas enviadas pelo Estado de São Paulo, que, à sua vez, as recebe do Ministério da Saúde antes de repassá-las aos municípios (f. 34-36); b) o Estado de São Paulo confirmou que o Programa Nacional de Imunização é mantido pelo Ministério da Saúde, responsável por adquirir e entregar as vacinas às Secretarias de Estado da Saúde (Programa Estadual de Imunização), que, por seu turno, encaminham as doses dos imunológicos às regionais estaduais, isto é, ao Grupo de Vigilância Epidemiológica, e este faz o repasse aos municípios (f. 57-60); c) os documentos de f. 20 e 61 confirmam as assertivas do Município de Panorama e do Estado de São Paulo constantes de suas contestações, isto é, de que as vacinas foram requeridas pelo ente municipal ao Grupo de Vigilância Epidemiológica, e que referido órgão Estadual (o Grupo) solicitou os imunológicos ao Ministério da Saúde, no que, todavia, não foi atendido.

Considerando, assim, que a União deve participar da lide, juntamente com as outras duas pessoas jurídicas de direito público, resta firmada a competência da Justiça Federal, na forma do art. 109, I, da Constituição Federal.

Antes de enfrentar nas questões mérito, convém registrar que os fatos alegados na exordial estão amplamente comprovados: o Autor demonstrou que é servidor público municipal, com anotação em sua CTPS (f. 13), tendo sido contratado para exercer o cargo de Encanador (f. 13-14); a Declaração de f. 15, emitida pelo próprio Município de Panorama, atesta que o Autor desempenha a função de Revisor de Bombas Elevatórias do sistema de esgoto doméstico municipal e, como tal, está “permanentemente em contato com AGENTES BIOLÓGICOS”; consta dos autos um Receituário solicitando a vacinação do Autor contra febre tifóide (f. 18) e, ainda, uma cópia do Ofício nº 37/2007, de 22/10/2007, no qual o Município de Panorama requer ao Grupo de Vigilância Epidemiológica (do Estado) sejam fornecidas quatro doses de vacina contra febre tifóide para imunizar funcionários que trabalham na rede de esgoto (f. 19).

Extreme de dúvidas, então, que o Autor exerce função que o expõe a agentes biológicos transmissores da febre tifóide, necessitando, em consequência, da correspondente imunização proporcionada pela vacina.

As questões que remanescem a decidir nesta ação são exclusivamente de direito, notadamente sobre os seguintes pontos: I) sobre o alcance dos artigos 167, II (reserva de orça-

mento), e 196 (igualdade de tratamento dos usuários da saúde) da Constituição Federal; II) se o Judiciário, ao condenar o Estado (União, Estado e Município) a fornecer medicamentos (leia-se vacinas), estaria afrontando, ou não, o princípio da separação dos poderes; III) se as decisões judiciais que imponham obrigações à Administração devem ter em conta a existência de disponibilidade econômica (reserva do possível).

Vejamos os temas separadamente.

I) O art. 167, II, e 196 da Constituição Federal

Dispõe o artigo 196, da Carta de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Argumenta-se que o citado artigo é norma programática e, como tal, necessita de outras normas e providências para sua concretização. Ocorre que isso já foi disciplinado genericamente pela Lei 8080/90, estabelecendo, repise-se, a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios pela saúde.

Evidentemente que a lei, por ser norma geral, não consegue prever todas as situações em que será aplicada, mormente em se tratando de questões de saúde. Com base na legislação, são realizados os planejamentos de aquisições de medicamentos para a população, de um modo geral, e é perfeitamente compreensível que os Entes Federativos não adquiram alguns tipos de medicação para prontamente atender às necessidades de todos.

O Estado (União, Estado e Município), segundo alegam, não tem a pronta entrega a vacina pedida nesta ação. Em minha visão, o fornecimento da imunização não significa dar preferência de atendimento ao Autor, mas, tão-somente, a adequação de uma situação particular, que se torna uma exceção à regra geral dos artigos 167, II, e 196 da CF/88.

Quando a Administração não tem condições de antecipadamente prever situações excepcionais – o que não parece ser o caso dos autos –, nada obsta que, complementarmente, em casos emergenciais, faça novas aquisições da medicação, e, se assim não procede, cabe ao judiciário, se acionado, decidir e determinar as providências cabíveis à satisfação das necessidades dos administrados, sobretudo em casos como o descrito nos autos, em que está em jogo uma questão de saúde pública (imunização).

II) Separação de poderes

Não há falar em ofensa ao princípio da separação (ou independência) dos poderes políticos. Não se trata de uma intromissão do Judiciário no poder discricionário do Executivo.

Com efeito, o Judiciário não está interferindo no planejamento geral das prioridades orçamentárias (CF, art. 167, II) elaboradas pelo Executivo, mas, antes, corrigindo pontualmente uma situação de exceção, como já restou acima averbado. Os Entes Federativos continuam com seu poder de previamente destinar recursos materiais àquelas situações que julguem mais prementes. Contudo, nada obsta que as situações emergenciais e excepcionais sejam atendidas pela própria Administração Pública e, caso assim não ocorra, caberá ao Judiciário atender aos reclamos dos administrados.

Há de se ter em conta que, no caso dos autos, está o Autor em busca de um direito individual fundamental, o direito à vida, e não simplesmente o direito à saúde, já que, no exercício de suas funções, está exposto permanentemente a agentes biológicos transmissores da febre

tifoide, que, se contraída, pode, em determinadas circunstâncias, levar à morte.

Estamos, pois, diante de conflito de princípios ou de normas constitucionais: entre a garantia do direito à vida e prevalência da separação dos poderes. Nessa situação, tem o Judiciário que realizar a ponderação de valores e dar sobrepujança ao bem de maior relevância na situação em apreço.

In casu, penso que o Judiciário deve fazer prevalecer o direito à vida em detrimento da separação de poderes. É que o Estado (ou sua organização em poderes separados) foi criado para proporcionar ao homem melhores condições de viver em sociedade. O Estado não tem sentido em si próprio, senão somente para atender às necessidades do bem comum e, também, quando possível, aquelas específicas dos seus cidadãos. Pensar diferente é estabelecer uma ordem inversa e perversa sobre a natureza e a função do Estado.

Não se esqueça que o princípio da separação dos poderes é conjugado com a harmonia entre eles. E da separação de poderes por órgãos distintos decorrem (ao menos) duas características importantes para o Estado democrático de direito: 1ª) - os poderes devem preservar suas atribuições, velando para que outros não as usurpem; 2ª) - os poderes fiscalizam uns aos outros nos cumprimentos das atividades.

Interdependência ou harmonia dos poderes significa que estes devem atuar de forma coordenada e não estarem em conflitos institucionais. Os naturais embates políticos, os conflitos de atribuições ou de competências não devem conduzir à estagnação estatal e às crises institucionais. O fato de os poderes terem o dever de harmonia, não impede, por outro lado, que existam fiscalizações e controles recíprocos. Vale dizer, nenhum Poder do Estado é absoluto.

Aliás, há uma íntima relação entre separação de poderes e direitos fundamentais, estabelecendo-se uma mútua dependência, na medida em que os poderes têm por missão garantir e promover os direitos fundamentais, e, em contrapartida, os direitos fundamentais limitam e conformam a atuação dos poderes.

Relembre-se que os poderes no chamado Estado liberal tinham a missão de garantir os direitos fundamentais negativos, aqueles que o Estado deveria respeitar, especialmente a liberdade e a propriedade. E a grande virtude da separação de poderes em relação aos direitos fundamentais foi a possibilidade de estes direitos receberem tutela jurídica. Já no Estado social, os poderes, além do dever de proteger o povo em suas liberdades, têm a incumbência de promover os direitos positivos.

E se por um lado os poderes têm a missão de garantir e promover os direitos fundamentais, por outro, os direitos fundamentais limitam e conformam a atuação dos poderes. Limitam, porque, regra geral, os poderes não podem adotar medidas, atos, decisões, nem mesmo editar leis ou rever a constituição para retirar, restringir ou suspender direitos fundamentais, salvo naquelas exceções previstas pelos próprios textos constitucionais. Conformar a atuação dos poderes significa que os poderes políticos são responsáveis por sua preservação e promoção, sobretudo os direitos sociais, econômicos e culturais. Quando se fala em garantir os direitos (principalmente o direito à vida), a ênfase maior recai sobre o judiciário, pois, se ferido um desses direitos, a questão acaba por repercutir nos tribunais.

Em resumo, o Judiciário, ao fazer prevalecer o direito à vida, não anula o princípio da separação de poderes, mas apenas faz uma ponderação de valores contidos nas normas constitucionais para aplicar, no caso em análise, aquela que protege o bem jurídico que tem maior relevância.

III) Quanto à reserva do possível

No caso dos autos, como já consignado, há uma particularidade que impõe um grau maior de vinculação da Administração ao bem jurídico postulado, eis que o Autor é servidor público municipal e, nessa condição, deve o Estado (entes federativos) proporcionar-lhe condições do exercício de sua função, sobretudo no que diz respeito à saúde.

E o não fornecimento da vacina para imunização contra a febre tifóide, neste aspecto, caracteriza-se como uma evidente omissão administrativa, sem uma justificativa plausível, cabendo, por isso, a sindicância judicial para sancionar a inércia inválida.

Observe-se que, pelo documento de f. 61, os servidores do Município de Panorama não receberam vacina contra febre tifóide nos anos de 2007, 2008 e 2009, o que confirma a gravidade da omissão da Administração Pública.

As tentativas de justificar as omissões não convencem, porque denotam a ineficiência e a falta de razoabilidade da Administração. Ineficiência porque não se concebe que as administrações dos três entes da federação, passados já quase seis anos da constatação do não fornecimento da vacina, ainda não tenham adotado providências para sanar a falta, especialmente por se tratar de uma questão essencial como a que se apresenta (saúde pública).

Infelizmente ficam o Município, o Estado e a União atribuindo uns aos outros a responsabilidade, enquanto aqueles que necessitam da imunização sujeitam-se e arriscam-se em se contagiar com doenças graves.

Por outra vertente, parece-me risível a alegada inexistência de recursos, sobretudo se levarmos em conta que os pedidos de vacina formulados pelo Município resultam em quatro ou cinco doses para cada ocasião de imunização (f. 20 e 61).

Mas, mesmo que tivesse alguma expressão econômica a aquisição das vacinas, ainda assim a alegada reserva do possível não seria fundamento bastante para a omissão da Administração.

JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 392, Coimbra Editora, 2000) consigna que o tema já foi tratado em doutrina em termos de ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível (JEAN RIVERO), de subordinação da concreta a uma reserva do possível (CANOTILHO) ou de raridade material do objeto da pretensão como limite real (CRISTIAN STARCK).

De fato, o Direito não pode estar fora da realidade fática e nem deve desprezar aspectos extrajurídicos para sua aplicação.

Foi a doutrina e a jurisprudência alemãs que sedimentaram o entendimento de que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações depende de disponibilidade dos respectivos recursos públicos (reserva do possível) necessários à satisfação das prestações materiais. Para além disso, assentou o entendimento de caber ao Governo e ao Parlamento a discricionariedade quanto a composição do orçamento, já que o Direito não tem capacidade de gerar recursos materiais para fazer face às despesas (DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 307-309).

É indiscutível que a atividade administrativa da distribuição de recursos orçamentários, em regra, é marcada pela discricionariedade do Poder Público. Essa é a regra básica do Estado de direito que tem por trava mestra a separação de poderes. Tal alegação, por si, entretanto, não justifica o não cumprimento dos deveres jurídicos essenciais do Estado, pois, se assim

fosse, não haveria como restaurar a ordem jurídica violada pela omissão administrativa.

A falta de recursos financeiros aponta, aliás, para um outro sentido: se os recursos são poucos, devem ser bem utilizados para se fazer cumprir o princípio da eficiência ou boa administração, isto é, para atender as prioridades estabelecidas na Carta Política. Se se sustenta dificuldades financeiras, mas, ao mesmo tempo, empregam-se os recursos em atividades menos necessárias, revela-se aí a tibieza do argumento da falta de recursos.

Há que se destacar, sobre este ponto, que a “reserva do possível” deve ser analisada em duas vertentes: a fática e a jurídica. A reserva do possível jurídica é aquela atinente à inexistência de previsão orçamentária da despesa necessária para a implantação de uma prestação material. A reserva do possível fática já tem a ver com a efetiva inexistência de recursos financeiros.

Há um julgado relativo a uma execução de acordo extrajudicial, firmado entre o Ministério Público do Rio de Janeiro e o Município de Macaé, que exemplifica muito bem a distinção entre reserva do possível jurídica e fática (Processo nº 11.694, Vara de Família e Menores de Macaé). O relato deste processo é feito por MARCOS MASELLI GOUVÊA (*O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 383-384). O Município de Macaé fez acordo com o *Parquet* comprometendo-se a realizar, em cinco meses, algumas adaptações em estabelecimentos (prédios) públicos já existentes para deixá-los apropriados a abrigar crianças e adolescentes e, nada obstante, omitiu-se do cumprimento.

O Ministério Público propôs a execução e sustentou, entre outras coisas, que as despesas para cumprimento do acordo eram irrisórias em relação ao montante total das verbas orçamentárias, juntando no processo uma cópia da lei orçamentária municipal. Na decisão, o juiz considerou que não prevalecia a alegada reserva do possível (falta de dotação orçamentária) porque, *in casu*, a lei municipal autorizava “o Executivo a transpor, remanejar ou transferir recursos orçamentários no valor de até setenta por cento de suas despesas, quer porque os valores necessários ao cumprimento da obrigação revelam-se irrisórios frente às finanças municipais, conforme orçamento juntado às fls ...”.

Não era real, portanto, a alegada inexistência de recursos financeiros. Tratava-se, sim, da inexistência (jurídica) de dotação orçamentária específica para a execução do acordo que o Município tinha firmado com o MP, fato que também não era intransponível ante a possibilidade de remanejamento de recursos, do que resultou na condenação do Município ao cumprimento do ajuste celebrado.

Na maioria das vezes, as alegações da Administração, quando acionada em juízo, têm em consideração a inexistência de recursos orçamentários (a reserva do possível jurídica) cumulada com o argumento de impossibilidade jurídica de o Judiciário interferir na lei orçamentária, por afronta ao princípio da separação dos poderes.

Parece-nos que nestes casos não há ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não se trata de uma intromissão do Judiciário no poder discricionário do Executivo, mas cuida-se da desaplicação de um preceito constitucional em um caso concreto em razão de sua menor relevância jurídica quando confrontado com outra norma da Lei Fundamental.

Como já averbado, quando o Judiciário examina pedidos que imponham à Administração obrigações de fazer e que geram a utilização de numerários não previstos na lei orçamentária, e mesmo assim o tribunal determina a realização da prestação essencial ao mínimo existen-

cial (à dignidade da pessoa humana), não estará a Corte interferindo no planejamento geral das prioridades orçamentárias elaboradas pelo Governo, mas, tão-somente, corrigindo pontualmente uma situação de exceção. O Governo continua com seu poder de destinar recursos materiais àquelas situações que ele julgue ser as mais prementes. Contudo, nada obsta que as situações emergenciais e excepcionais sejam atendidas pela própria Administração Pública e, caso assim não ocorra, isso seja corrigido e imposto pelo Judiciário.

Tal situação configura-se um autêntico conflito de princípios ou de normas constitucionais – entre a garantia do direito à vida e a preservação do princípio da separação dos poderes – cabendo ao Judiciário realizar a mencionada ponderação de valores e dar prevalência ao bem jurídico de maior relevância.

Neste caso de prevalecer o direito à vida em detrimento da separação de poderes, o que, à evidência, não inferioriza o princípio da separação de poderes, que apenas fica sem aplicação em um caso concreto, em razão da sobrepujança do direito à vida.

Relativamente ao argumento de reserva do possível (inexistência de recursos financeiros ou orçamentários), cabe trazer mais alguns precedentes de nossas cortes.

Os tribunais brasileiros não têm dado como válido o “argumento” de inexistência de recursos como justificativa para o não cumprimento de determinados deveres jurídicos, quando destes decorram atividades sejam consideradas como prioritárias pela Constituição. É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em apelação cível, determinando a um município paulista a cessação de atividade nociva ao meio ambiente, condenando-o a depositar o lixo urbano em área apropriada, dentro de certo prazo, entendendo o Tribunal ser inviável a alegação de dificuldade financeira, ante a especial atenção que a Constituição dispensa à questão ambiental (TJSP, 7ª Câmara Cível, autos de apelação cível nº 229.105-1/3, Relator o Desembargador Leite Cintra, julgamento unânime).

Também o Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul condenou (TJRS, Apelação Cível 596.017.89, 7ª Câmara, Relator Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 12/03/1997) o referido ente federativo a implantar programa de internação para adolescentes infratores, tendo decidido pela inadmissibilidade da alegação de falta de verba orçamentária, em face da previsão constitucional que define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente (*Constituição Federal do Brasil/1988*, art. 227).

É de se ter em conta, a esse propósito, que a lei orçamentária anual (no direito brasileiro) tem “caráter facultativo para o gestor público no que tange à execução total da programação estabelecida, funcionando como mera autorizadora de despesas” (C. V. NASCIMENTO, *Lei de Responsabilidade Fiscal*. APUD: LUÍS ROBERTO GOMES, *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2003, p. 130). É, portanto, uma lei formal que tão-só prevê receitas e despesas públicas, nada obstando, então, a interferência do judiciário para suprir as omissões injurídicas.

Rememore-se que o Judiciário brasileiro ordinariamente determina a inclusão de valores - relativos a condenações judiciais - nos orçamentos dos entes públicos, para que sejam feitos os pagamentos no ano seguinte, podendo o Tribunal, em caso de não cumprimento da ordem sequencial de requisição de pagamentos, sequestrar verbas necessárias à quitação do débito (*Constituição Federal*, § 2º do artigo 100).

O regime jurídico português igualmente prevê que “No orçamento do Estado é anualmen-

te inscrita uma dotação à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, afecta ao pagamento de quantias devidas a título de cumprimento de decisões jurisdicionais, a qual corresponde, no mínimo, ao montante acumulado das condenações decretadas no ano anterior e respectivos juros de mora” (Código de Processo nos Tribunais Administrativos - CTPA, art. 172º/3).

Isso demonstra que os orçamentos não são sagrados, sendo manipuláveis para socorrer as situações extremas, o que pode dar-se em casos de omissões de atividades que tenham prioridade constitucional, como é o caso, no Brasil, da educação, cujo percentual a ser aplicado anualmente nesta área já vem previsto expressamente na Lei Fundamental brasileira (*Constituição Federal*, Artigo 212, *caput*) .

Outra situação que denota não ser verossímil a alegada falta de disponibilidade financeira é a devolução de verbas orçamentárias aos finais dos exercícios anuais, demonstrando essa prática, ainda, existir omissão administrativa pelo não cumprimento do orçamento, fato comum e notório na realidade político-administrativa brasileira.

Todas estas situações demonstram que a chamada “reserva do possível” deve ser vista com a “reserva do jurídico”, e não será a simples sustentação de dificuldade financeira ou inexistência de recurso orçamentário que irá elidir a invalidade da omissão de prestações sociais, econômicas e culturais.

Diante do exposto, rejeito as preliminares suscitadas pelos Réus e, no mérito, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar solidariamente a UNIÃO, o ESTADO DE SÃO PAULO e o MUNICÍPIO DE PANORAMA/SP a fornecerem ao Autor a vacina contra febre tifóide, periodicamente e enquanto estiver exercendo funções que o exponham a riscos de contágio com a doença.

Presentes os seus pressupostos, defiro a antecipação dos efeitos da tutela. A verossimilhança das alegações é extraída dos fatos provados nos autos e da relevância da fundamentação jurídica. O risco de dano irreparável é evidente, já que o não fornecimento da vacina põe o Autor em situação de contrair doença grave, pondo em risco sua própria vida. Deverão os Réus proporcionar a primeira dose da vacina contra febre tifóide ao Autor no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar da publicação desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), no caso de não cumprimento da ordem. Sempre que houver necessidade, estando o Autor no exercício de funções que o exponham a riscos de contágio, deverão os Réus fornecer-lhe periodicamente a vacina contra febre tifóide, sob pena de incidirem na multa diária aqui fixada.

Condeno os Réus em honorários advocatícios que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), a serem suportados em partes iguais pelos Réus (R\$ 1.000,00 para cada).

Os Réus estão isentos de custas, na forma do art. 4º, I, da Lei 9289/96.

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

Presidente Prudente, 21 de junho de 2012.

Juiz Federal JOAQUIM ALVES PINTO



Súmulas

SÚMULAS DO TRF 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

(*) N. E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região