

# 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 MÚTULO 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 requerereu 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 da 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 elasticimento 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 porcentagem 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-TECEIRA, 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 EMPREEN- DIMENTO 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.*

Vejam, 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 aventados.*

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, assera 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 94917244.9, 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, pautado 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-metóxi-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 (um) 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.<sup>1</sup>

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](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.<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> [http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoVsc=Jsv=J&DataIn=28/01/2000&txpagina=a=3195&altura=700&argura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoVsc=Jsv=J&DataIn=28/01/2000&txpagina=a=3195&altura=700&argura=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 expresse 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) dor 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. Análise, 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 COLENDO 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 íntegra, 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 integra, conseqüentemente, 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 (REsp 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 conseqüente 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 ousou 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 guereado (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 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 incontestada, 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 incontestada 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 ESPONTANEA.** 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 delitativa, 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. Factual, 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 delitativa, 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 auferem 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 11.4645/2007, 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 Madruga<sup>1</sup>:

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 alcança-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 nomes 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, intimem-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. Intimem-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 nexos 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, conseqüentemente 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 Consumido, 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 ditadas 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 expresso anelamento 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 envolve.

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 (REsp 727.842/SP), corresponde à Taxa Selic, ressalvando-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 (REsp 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 nexos 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 distribuiu 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).

Vejam 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 julgam 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

tifóide, 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