

ISSN 1982-1506

REVISTA

TRF 3ª REGIÃO Nov.-Dez./2009 - nº 98

JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

I	- FEITOS DA PRESIDÊNCIA.....	4
II	- FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA.....	33
III	- DECISÕES MONOCRÁTICAS	55
IV	- JURISPRUDÊNCIA	
	Ação Penal	95
	Agravo	218
	Agravo de Instrumento	227
	Agravo Regimental.....	283
	Apelação Cível.....	303
	Apelação Criminal	406
	Conflito de Jurisdição	434
	Embargos de Declaração	439
	Embargos Infringentes	448
	Exceção de Impedimento Cível.....	455
	“Habeas Corpus”	460
	Inquérito Policial.....	477
	Reexame Necessário Cível	497
V	- SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO	523
VI	- SIGLAS	532
VII	- ÍNDICE SISTEMÁTICO	556
VIII	- EXPEDIENTE	559

FEITOS DA PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Registro 2000.03.00.055024-1

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Interessados: FERNANDO FONTOURA DA SILVA CAIS E OUTRO

Classe do Processo: SuExSe 2481

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/11/2009

Trata-se de pedido de suspensão de execução de liminar, ajuizado pela União Federal, em face de decisão proferida pelo MM. Juízo da 16ª Vara Federal de São Paulo/SP que, nos autos da ação popular nº 2000.61.00.037732-7, determinou a suspensão dos efeitos dos artigos 35 a 40 da Medida Provisória 2048/2000, bem como dos artigos 56 a 68 que sejam aplicáveis aos servidores cujos cargos foram transformados e transferidos para a Advocacia-Geral da União, bem como das demais medidas provisórias que venham a ser reeditadas com o mesmo objeto.

Às fls. 177/187, o e. Desembargador Federal José Kallás, então presidente deste Tribunal, indeferiu o pedido de suspensão pleiteado, por não restar caracterizada lesão a nenhum dos interesses públicos qualificados, decisão contra a qual opôs a União Federal, agravo.

Às fls. 240 o Colendo Supremo Tribunal Federal encaminha TELEX a esta Corte, dando conta da decisão proferida na Reclamação nº 1731-SP, requerida pela União Federal, objetivando a suspensão da decisão objeto da presente Suspensão de Segurança.

DECIDO.

O Exmo. Sr. Ministro do STF deferiu a suspensão de liminar na ação subjacente cujo telex vem vazado nos seguintes termos, *verbis*:

“Comunico a Vossa Excelência que, nos autos do processo acima referido (Rcl 1731), deferi o pedido liminar para suspender, até o julgamento final da reclamação, os efeitos das decisões proferidas pela Juíza Federal da 16ª Vara Cível

Federal da Seção Judiciária de São Paulo, e por essa Presidência, nos Processos nºs 2000.61.00.037732-7 e 2000.03.00.055024-1, respectivamente. Saudações. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator/STF”.

Dessa forma, restou a presente Suspensão de Segurança prejudicada, por perda de objeto, impondo-se, pois, a extinção do processo.

Com efeito, depreende-se da leitura dos artigos 12, § 1º, da Lei 7.347/85; 25 da Lei 8.038/90; 4º, da Lei 4.348/64; e artigo 4º da Lei 8.437/92, que nesta espécie de incidente processual, a decisão positiva do Presidente do Tribunal competente suspenderá a execução da decisão causadora de grave lesão ao interesse coletivo, seja ela uma liminar, sentença ou até uma decisão colegiada.

Esse instituto fora criado para que o Poder Público, na qualidade de réu, possa impedir que uma decisão judicial, provisoriamente executada, possua eficácia que provoque risco de lesão a determinado interesse público.

Isto porque o pedido de suspensão de segurança não visa reforma ou anulação da decisão judicial, porquanto de recurso não se trata.

Desse sentir, Elton Venturi, em sua obra “Suspensão de Liminares e Sentenças contrárias ao Poder Público” assevera:

“A primeira e mais notável diferenciação entre a natureza dos recursos e a dos pedidos de suspensão refere-se à ausência de devolutividade destes últimos. Característica essencial a qualquer espécie recursal, a devolutividade, reflexo da incidência do princípio dispositivo, implica a possibilidade de o órgão jurisdicional competente conhecer da matéria impugnada, parcial ou totalmente, para o fim de reexaminar o provimento judicial (*rectius*, substituí-lo), seja para cassá-lo, reformá-lo ou mantê-lo.

Nada disso ocorre com o pedido de suspensão. Muito embora o Presidente do Tribunal competente para apreciá-lo

naturalmente tenha que se inteirar da causa de pedir, do pedido e da decisão que se pretende suspender, tal cognição não lhe autoriza qualquer rejugamento da causa, senão a pura e simples negativa de execução da liminar ou da sentença, temporariamente determinada por razões de especial interesse público. Não lhe é dado, em suma, analisar eventuais *errores in procedendo* ou *errores in judicando* porventura existentes na decisão judicial que se pretende sustar.”

Bem de se ver pois, que o único objetivo da Suspensão de Segurança é o de sustar a execução das decisões judiciais proferidas contra o Poder Público, cabendo, por seu turno, aos recursos de agravo, apelação, embargos, recurso especial ou extraordinário a função de atacar os fundamentos daquelas.

Assim, diante da ausência de eficácia imediata da decisão judicial, por força da decisão proferida no C. STF, não há razão em utilizar-se desse pedido de Suspensão de Segurança, por não se verificar, no caso concreto, o binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional.

Considerando pois a sustação da execução da decisão proferida nos autos originários, com o deferimento do pedido de suspensão nos autos da Reclamação nº 1731, a presente Suspensão de Segurança perdeu o objeto.

Assim sendo, arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2009.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR

Registro 2008.03.00.049219-7

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS

Interessados: JÚLIO CESAR CERVEIRA, JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA E OUTROS

Classe do Processo: SLAT 2862

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2009

A Senhora Desembargadora Federal Presidente MARLI FERREIRA.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresenta o presente pedido, com o fim de suspender os efeitos da medida liminar de reintegração de posse proferida em desfavor dos indígenas guarani-kaiowá, nos autos da ação de reintegração de posse nº 2008.60.02.001228-5, originária da 2ª Vara Federal de Dourados - MS, ajuizada por Júlio Cesar Cerveira e outros, em face de José Barbosa de Almeida, até o julgamento do agravo de instrumento nº 2008.03.00.033202-9, ou prazo suficiente para que se proceda à nova negociação com os indígenas que ocupam parte da propriedade intitulada Fazenda Santo Antonio da Nova Esperança, situada no município de Rio Brillhante - MS.

Instado, o i. representante do Ministério Público Federal, manifesta-se pela sustação da liminar.

Apreciando o pedido formulado, concedi o prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data da ciência da decisão, para fins de retirada e realocação ou outra medida que venha a ser definida pela FUNAI para o assentamento da comunidade indígena de que se cuida, com vistas à manutenção da ordem social (fls. 191/195).

Dessa decisão, ofertaram os interessados, Julio Cesar Cerveira e outros, Agravo, alegando que o pedido da requerente deveria restringir-se à suspensão da decisão, já que tal instrumento processual não tem a força de um recurso. Acresceram que não restou demonstrado quais danos a decisão causaria dentre os interesses públicos protegidos, limitando-se a requerente apenas a citá-los.

Afirmam que já transcorreram o prazo de 120 dias para o cumprimento da reintegração e que a FUNAI usa de todos os artifícios para impedir o efetivo cumprimento da decisão judicial.

O Ministério Público Federal, às fls. 429/430, reitera o parecer anteriormente formulado e requer seja negado provimento ao Agravo ofertado por Julio Cesar Cerveira e outros, mantendo-se a decisão proferida por esta Corte.

Por decisão de fls. 432, manteve a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Às fls. 495, indeferi o pedido da FUNAI no sentido da dilação do prazo concedido, em virtude da ausência de qualquer documento que comprovasse atuação efetiva da FUNAI para a retirada do pequeno grupo indígena.

Sobreveio manifestação de fls. 510/513, a qual a requerente, sob o argumento de não vislumbrar meios de dar cumprimento à decisão desta Presidência sem o auxílio da força policial federal e de autorização para adentrar ao local, ainda que com uso de força física, requer seja oficiado ao Delegado Regional da Polícia Federal na cidade de Dourados - MS para que possa acompanhar a sua equipe, chefiada pelo antropólogo Luciano Alves Pequeno, quantas vezes se fizerem necessárias, nos termos da Instrução Executiva nº 24/DAF, o qual restara indeferido às fls. 520/522.

A Juíza Federal da 2ª Vara Federal de Dourados - MS, às fls. 539/541, encaminha cópia da decisão proferida nos autos da ação de Reintegração de posse nº 2008.60.02.001228-5, informando que, tendo em vista o descumprimento da ordem judicial proferida por esta Presidência, assinalou o prazo de 15 (quinze) dias para a retirada dos ocupantes da área em questão, findo o qual será requisitado força policial para que se ultime a desocupação.

Uma vez que os pedidos de prorrogação do prazo para desocupação, formulados pela FUNAI, restaram indeferidos, dos quais não houve impugnação, bem como inexistindo qualquer proveito prático advindo do provimento do agravo interposto pelos interessados, Julio Cesar Cerveira e Outros, caracterizado pelo binômio necessidade-utilidade do provimento judicial, às fls. 543/546, neguei seguimento ao recurso de fls. 214/235, *ex vi* do

artigo 33, XII do Regimento Interno desse Tribunal.

Sobreveio então nova provocação, dessa vez por parte do Ministério Público Federal, requerendo dilação do prazo (6 (seis) meses), para conclusão dos estudos realizados pela FUNAI, inclusive, de concessão de passagem forçada, se necessário for, e cumprimento das atribuições legais dos técnicos da autarquia e também FUNASA, indispensáveis para a manutenção da ordem social na região.

Às fls. 569/570, reconsiderarei a decisão que declarou a perda de objeto da presente, para o fim de conceder a dilação de prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, visando à retirada dos ocupantes desse local e determinando à requerente a apresentação quinzenal de relatório referente aos andamentos dos trabalhos diretamente ao Juízo de origem, bem como os planos para a fixação definitiva desses indígenas, sob pena de revogação dessa dilação.

Contra essa decisão, a FUNAI (fls. 651/668), o Ministério Público Federal (fls. 752/765vº) e os interessados (fls. 768/785) interpuseram Agravos Regimentais, a qual contudo restou mantida, às fls. 854, por seus próprios fundamentos.

Às fls. 876/877, a FUNAI junta documento, intitulado “Apontamentos apresentando indícios de tradicionalidade da ocupação Kaiowá da margem esquerda do Rio Brilhante”.

Às fls. 958, a Juíza Federal de Dourados encaminha cópia de decisão proferida e dos trabalhos apresentados pela FUNAI e; às fls. 910/920, os interessados peticionam, requerendo a imediata revogação da última decisão proferida por esta Presidência, sob a alegação de que, além do descumprimento da ordem judicial no tocante à apresentação de relatório/estudos para a retirada dos indígenas, a FUNAI se posiciona também pela não retirada dos ocupantes aduzindo que não é sua atribuição legal.

Considerando que os documentos juntados não atendiam à decisão de realocação da população indígena, às fls. 994, à requerente foi assinalado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para fins de esclarecimento do não cumprimento de juntada quinzenal de estudos para a retirada dos ocupantes do local invadido.

A FUNAI apresenta petição às fls. 1007, requerendo a

dilação do prazo (5 dias), alegando a necessidade de serem consultadas, tanto a Procuradoria da FUNAI, sediada no Mato Grosso do Sul, quanto a Procuradoria-Geral, sediada em Brasília.

Manifestaram-se os interessados, às fls. 1014 e às fls. 1099/1100, pugnando a imediata desocupação do imóvel, sem mais delongas e protelações.

Apresentaram manifestação a FUNAI, às fls. 1030/1033 e às fls. 1105/1115, e o Ministério Público Federal, às fls. 1044/1046, no sentido da manutenção da decisão de fls. 569/570 e o processamento dos recursos de agravo interpostos por todos os interessados.

Por decisão de fls. 1191/1192, determinei a retirada dos índios da área, independentemente dos estudos a serem realizados, inclusive, com requisição de força policial para o seu cumprimento, se necessário, cabendo à requerente a solução acerca da realocação dos indígenas.

A FUNAI manifestou-se, às fls. 1202/1204 e às fls. 1209/1210 no sentido da remessa dos agravos interpostos à apreciação do Órgão Especial desta Corte para o fim de oportunizar o acesso aos Tribunais Superiores.

Às fls. 1211, a Desembargadora Federal Ramza Tartuce, relatora em substituição regimental, comunica a prolação de decisão denegatória da segurança nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.03.00.030288-1, impetrado pela FUNAI, contra ato omissivo dessa Presidência, por não ter levado a julgamento agravo interposto pela então impetrante da decisão concessiva do prazo adicional de 90 (noventa) dias para a retirada dos indígenas da área reclamada na ação reintegratória originária e que, após decorrido o referido prazo, indeferira nova dilação, com a imediata retirada dos índios da área (fls. 1060/1061).

Os interessados atravessaram petição às fls. 1226, requerendo a extinção do processo sem resolução do mérito, por perda superveniente do interesse processual, tendo em conta o cumprimento da liminar de reintegração de posse.

DECIDO.

Noticiado o cumprimento da liminar de reintegração de posse, objeto da ação nº 2008.60.02.001228-5, houve inarredável

perda de objeto desta suspensão de segurança.

Com efeito, a situação fática atual não mais reclama a prorrogação dos prazos para desocupação pretendida pela FUNAI, o que seria totalmente inócuo. Caracterizou-se, pois, a falta de interesse de agir superveniente.

Acresça-se inclusive, que todos os prazos fixados para a desocupação da Fazenda em testilha, já escoaram, culminando com a saída dos índios da região.

Assim, efetivada a desocupação do imóvel, não mais existe, a esta altura, interesse de agir. Operou-se, no caso, a chamada carência superveniente, ante a perda de objeto.

Portanto, por restar exaurido o seu conteúdo, fica sem objeto este pedido de suspensão que, por isso, julgo prejudicado, nos termos do artigo 33, inciso XII do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 05 de novembro de 2009.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

- Sobre a SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, veja também as decisões proferidas pela Desembargadora Federal Marli Ferreira, em 22/12/2008, publicada na RTRF3R 92/10, em 27/05/2009, publicada na RTRF3R 95/4, e em 24/08/2009, publicada na RTRF3R 97/52.

SUSPENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Registro 2009.03.00.019566-3

Requerente: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE JACAREÍ - SAAE

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Interessadas: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
E LUCÉLIA A. FERREIRA E CIA. LTDA. - ME

Classe do Processo: SLAT 2879

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/09/2009

O Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jacareí - SAAE, autarquia municipal de direito público interno, apresentou o presente pedido de suspensão de tutela antecipada, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92 face à decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de São José dos Campos que, na ação Ordinária nº 2009.61.03.003839-3 assegurou à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a suspensão dos efeitos do contrato administrativo que tem por objeto a entrega de faturas de água e coleta de esgoto em Jacareí.

Alertou a requerente para o perigo iminente de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas advindos da r. decisão sustanda, vez que o contrato a ser firmado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT somente abrangeria a zona urbana da cidade, de modo que as entregas das contas de água não seriam efetivadas na zona rural, inviabilizando a contra-prestação aos serviços prestados, em detrimento da adequação de um serviço essencial à saúde da população; e ainda a possibilidade da entrega intempestiva das faturas, ensejando multa e demais cominações legais, em prejuízo do consumidor.

Pediu, portanto a suspensão dos efeitos da tutela antecipada proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de São José dos Campos, nos autos da ação cominatória nº 2009.61.03.003839-3, para o fim de restabelecer os termos do quanto contratado pela requerente ou, ao menos que a entrega dos documentos seja efetivada pela própria SAAE.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido de suspensão, à míngua de elementos comprobatórios de

grave lesão aos bens tutelados pela Lei nº 8.437/92.

Às fls. 179/182, fora deferido o pedido para o fim de autorizar a SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jacareí, que procedesse à entrega das faturas diretamente aos seus consumidores, vedada a delegação a terceiros. Dessa decisão, opôs a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Agravo.

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual desta Corte, verifica-se que, em 02 de julho de 2009, foi disponibilizado no Diário Eletrônico, decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2009.61.03.003839-3 oposto pela ora requerente, anulando a r. decisão impugnada, à míngua de motivação.

DECIDO.

Na verdade, o presente incidente perdeu o objeto.

Com efeito, conforme dá conta o sistema de acompanhamento processual deste Tribunal, a decisão sustanda foi anulada, por não restar atendido o disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, cujo teor reproduzo:

“Extrato: ausente elementar motivação ao r. ato judicial recorrido - anulação de rigor, superiores os valores constitucionais do inciso IX do art. 93 e da ampla defesa - pronto provimento ao agravo interposto.

Com todas as vênias de que merecedor o E. Juízo ‘a quo’, não contém capital nem suficiente motivação seu r. decisório aqui atacado, - resumido a um único parágrafo, consoante fls. 500 do feito originário, fls. 29 deste recurso, o primeiro após o comando ali lançado, de ‘Decido’ - o qual, naquele único texto, buscou lançar fundamentação sobre o comando antecipatório em foco, que depois veio já explicitado, tanto quanto em seu aditamento cumpridor exarado no segundo parágrafo de fls. 546 da origem, fls. 36 deste agravo. Realmente, ordena a Lei Maior proceda o Judiciário à motivação de seus atos, inciso IX de seu art. 93, o que a ter diretamente com a ampla defesa, a todos assegurada, consoante inciso LV de seu art. 5º.

Ou seja, não contém o r. ato atacado a substância de que

necessita a parte para identificar o percurso fundamental de raciocínio motivador a respeito, ângulo anelado imediatamente à persuasão racional, à convicção motivada, explicitada em palavras que permitam entender-se, como na espécie que assim interessa, ilustrativamente, o que a macular ou não a tal entrega das cobranças, o que a viciar ou não este ou aquele gesto perpetrado perante aquela Municipalidade, neste ou naquele rumo, diante dos valores sustentados pelo originário postal/demandante, ora agravado. Em suma, vital se anule o r. texto recorrido, nos termos dos cânones constitucionais ora em pauta, a fim de que ao mundo jurídico afluja novo e fundamentado decisório judicial, assim em mérito/substância a apreciar a medida de urgência vindicada na origem, com o quê certamente ambos os signos máximos, presididores desta decisão recursal, então estarão sendo merecidamente prestigiados/observados/cumpridos.

Portanto, máxima a jurídica plausibilidade aos invocados fundamentos e também presente risco de incontável dano, diante de tal cenário, DOU PROVIMENTO, de pronto - inciso XXXV do art. 5º do Texto Supremo - ao presente agravo de instrumento, consoante § 1º-A do art. 557, CPC, anulando-se o r. decisório recorrido, consoante o quanto aqui fincado.

Comunique-se ao E. Juízo ‘a quo’ com urgência, após intimando-se aos Advogados das partes.”

Portanto, não mais subsistindo, no mundo jurídico, a decisão questionada, por ter sido anulada, resta exaurido o seu conteúdo e, por conseguinte, fica sem objeto este pedido de suspensão.

Aliás, mister acrescentar que nova decisão já fora prolatada nos autos subjacentes e disponibilizada do Diário Eletrônico de 07.08.2009, proferida nos seguintes termos:

“Vistos em decisão.

Trata-se de ação ordinária cominatória ajuizada pela EBCT

contra o SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jacareí e Lucélia A. Ferreira e Cia Ltda - ME, objetivando o reconhecimento do monopólio da Autora na exploração dos serviços de correios e reparações, com pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, para que seja imediatamente ordenada a suspensão da vigência do ‘Contrato nº 023/2009’, advindo da ‘Concorrência nº 002/2008’, no que se refere à entrega de contas/avisos de corte de fornecimento/avisos de débito/2ªs vias de contas de água etc. e, conseqüentemente, para que o SAAE - Jacareí se abstenha de promover qualquer pagamento porventura pendente em relação a tais serviços (‘entrega de contas/avisos de corte de fornecimento/avisos de débitos/2ªs vias de contas de água etc.’), referente a esse contrato, bem como para que as rés imediatamente se abstenham de praticar qualquer ato que explicita atividade postal (recebimento, expedição, transporte e, especialmente, entrega de objetos de qualquer natureza sujeitos à exclusividade postal). Postula, ainda, que a rés sejam proibidas de promover, facilitar ou praticar qualquer ato que importe em violação do privilégio dos serviços postal e de telegrama. A inicial foi instruída com documentos. Às fls. 500 e verso, foi proferida decisão deferindo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão da vigência do ‘Contrato nº 023/2009’, advindo da ‘Concorrência nº 002/2008’, no que se refere à entrega de contras/avisos de corte de fornecimento/avisos de débito/2ªs vias de contas de água etc., bem como para que as rés imediatamente se abstivessem de praticar qualquer ato ou serviço que explicita atividade postal (recebimento, expedição, transporte e, especialmente, entrega de objetos de qualquer natureza sujeitos à exclusividade postal) consistente não só, mas especificamente, aos serviços objeto do contrato nº 023/2009, na parte objeto desta ação, além da proibição da promoção, facilitação ou prática de qualquer ato que importasse em violação do privilégio dos serviços postal e de telegrama. A corrê SAAE

peticionou às fls. 506/509, pedindo a reconsideração da decisão que antecipou os efeitos da tutela e anexou os documentos de fls. 511/545. À folha 546, foi proferido despacho mantendo a decisão de fls. 500 e verso, concedendo à peticionaria a possibilidade de entregar os documentos previstos para os dias 03 e 07/06/2009. Inconformada, a ré Lucélia A. Ferreira opôs Agravo de Instrumento das decisões de fls. 500 e verso e 546, sobrevivendo a decisão de 572/573, anulando as decisões proferidas. Cientificado o MPF, este manifestou protestando por nova vista após as citações. Às fls. 577/599, foi informada a oposição de Agravo pela ré SAAE e às fls. 602/605, foi juntada decisão suspendendo a execução da tutela concedida e autorizando a entrega das faturas, pela ré SAAE, diretamente aos seus consumidores. Às fls. 607/622 foi anexada petição da ré SAAE, requerendo seja mantida a vigência do contrato de nº 023/2009, celebrado com empresa terceirizada Lucélia A. Ferreira e Cia. Ltda., ou, alternativamente, lhe seja autorizada efetuar a entrega das faturas de consumo de água e coleta de esgoto por meio de seus próprios servidores. Esse é o relatório. DECIDO. Tendo em vista decisão de fls. 572/573 (referência aos autos do agravo 2009.03.00.021460-8), passo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Seu deslinde passa pela análise, essencialmente, da resposta sobre a recepção (ou não) da Lei 6.538/78 pela Constituição da República de 1988, lei que disciplina o regime da prestação do serviço postal como monopólio da União, e - em caso positivo - se a entrega de contas de consumo de água, emitidas por terceiro contratado por concessionária de serviço público tem respaldo no ordenamento. De início, cabe salientar que a questão está em debate no Supremo Tribunal Federal em razão da proposição da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 46/DF, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, com julgamento suspenso e resultado ainda indefinido. No momento, a decisão é majoritariamente favorável à improcedência do

pedido - para declarar a recepção pela Constituição vigente do referido diploma legal, no sentido da manutenção do regime de privilégio pela União. Assim, até a solução da ADPF 46/DF pelo Supremo Tribunal Federal, prevalece a orientação jurisprudencial sedimentada de que o privilégio (monopólio) da exclusividade da prestação do serviço postal pela União, por meio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT nos moldes disciplinados pela Lei 6.538/78, foi recepcionado pela CF/88, não podendo esse serviço ser prestado por empresa privada. Não é demais lembrar que o serviço postal constitui serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito, que é prestado em regime de privilégio, só se admitindo conceber a prestação de tal serviço por particulares se a Carta estabelecesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como fez em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão, por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos arts. 199 e 200 do texto constitucional. (Cf. STF, Informativo de Jurisprudência 409, de 14 a 18 de novembro de 2005; STJ, AgRg no Ag 398.182/PA, Segunda Turma, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 16/06/2003; RESP 39.690/DF, Segunda Turma, Ministro Adhemar Maciel, DJ 20/04/1998; RESP 4.873/SP, Segunda Turma, Ministro Adhemar Maciel, DJ 02/03/1998) Também não há como escapar à conclusão de que as contas de consumo (ou avisos de cobrança) de serviços prestados por concessionárias de serviços públicos, tais como de luz, água e gás, incluem-se no conceito de carta, objeto de correspondência, justamente à luz do art. 47 da Lei 6.538/78, de tal sorte que sua distribuição está sim inserida no serviço postal a cargo exclusivo da União. Todavia, para o caso concreto, importa destacar uma nuance, relativa à ressalvada conferida às concessionárias: elas podem entregá-las diretamente, porém sem a possibilidade de contratação de empresas particulares para essa finalidade, nos termos do art. 17, 'n',

do Decreto 83.858/79. (novamente os precedentes do STJ: Cf. AgRg no Ag 398.182/PA, julg. cit.; RESP 4.873/SP, julg. cit.). Ora, o contrato nº 023/2009, decorrente da licitação na modalidade concorrência nº 002/2008, realizado pela parte ré, afronta o contexto de excepcionalidade conferido à entrega de correspondências de cobrança. Explico. Quando a empresa concessionária de serviço público, como no caso dos autos, pretende que a entrega das contas de consumo se faça sem a interferência da ECT, utilizando-se da hipótese excepcional prevista no art. 17 do Decreto 83.857/79, deverá fazê-lo diretamente, sem contratar terceiras empresas para a realização deste serviço. Dito em outras palavras, é incabível que este serviço seja atribuído por concessionária de água e esgoto a terceiros, pois, no ordenamento vigente - tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não retirou a eficácia dos dispositivos que tratam do sistema de monopólio do serviço postal -, a Constituição e a Lei têm por objetivo obstar a intermediação comercial. Não é outro o posicionamento da jurisprudência dos nossos Tribunais:

‘CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MONOPÓLIO POSTAL. UNIÃO FEDERAL. SERVIÇO DE ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA. LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CF/88, ART. 21, X. LEI Nº 6.538/78. I - O serviço de coleta, transporte e entrega de documentos constitui serviço postal, cuja exploração pertence, em regime de monopólio, à União Federal, nos termos do art. 21, X, da Carta Magna, e da Lei nº 6.538/78, que fora recepcionada pela CF/1988. Precedentes deste Corte e do STJ. II - Por caracterizar violação ao monopólio postal, pertencente à União, não se afigura possível, na espécie dos autos, a abertura de licitação para contratação de empresa privada, para prestação de serviço de entrega de faturas de água aos consumidores. Ressalva-se, contudo, a situação das empresas públicas estatais, que, diretamente, exploram e administram os

serviços de água e esgoto e, através de seus funcionários, fazem a leitura eletrônica do consumo de água, diretamente, em cada endereço residencial ou comercial, sem intervenção de terceiros, fazendo a notificação imediata da fatura eletrônica para o pagamento mensal, que, nessa hipótese, não são atingidas pelo monopólio postal da Empresa de Correios e Telégrafos, para a entrega de cartas e correspondências, posto que, no caso, há a atuação direta do órgão estatal, com maior segurança e economia para o consumidor, no controle do serviço prestado de água e esgoto, sem a intermediação onerosa de terceiros. III - Agravo de instrumento provido'. (TRF 1ª Região, 6ª Turma, Desembargador Federal, AG - 200401000129654, fonte: DJ data 29/08/2005, p. 160). Por fim, não se pode perder de perspectiva que a decisão proferida no pedido de suspensão de tutela antecipada pela Presidência do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (autos nº 2009.03.00.019566-3), frisa que a ré não vinha pautando a atividade de aviso de cobrança nos estritos termos da legislação acima mencionada, tópico que aqui reproduzo (fl. 604): 'Na presente contracautela, da análise dos autos, extrai-se que a SAAE faz a entrega de avisos de débito/corte, suspensão do fornecimento de água por meio de outra empresa terceirizada, que não a ECT, razão pela qual não se enquadra na ressalva acima.' (grifo nosso). Diante do exposto, defiro PARCIALMENTE a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão da vigência do 'Contrato nº 023/2009' entabulado entre as rés decorrente da 'Concorrência nº 002/2008', no que se refere à entrega de contas/avisos de corte de fornecimento/avisos de débito/2ªs vias de contas de água, ressalvada, todavia, a possibilidade da corrê SAAE de Jacareí de entregar as faturas de consumo de água e coleta de esgoto diretamente, por meio de seus próprios servidores. Intimem-se, com urgência, as rés por meio de mandado. Citem-se, reabrindo-se prazo para apresentação de resposta."

Assim sendo, julgo prejudicada a presente Suspensão de Segurança, nos termos do artigo 33, inciso XII do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Int.

No silêncio, arquivem-se os autos.

São Paulo, 08 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

- Sobre a SLAT 2009.03.00.019566-3/SP, veja também a decisão proferida pela Desembargadora Federal Marli Ferreira, em 25/06/2009, publicada na RTRF3R 96/4.

SUSPENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Registro 2009.03.00.033926-0

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Interessada: PRISCILA MARIA MEDEIROS KITNER

Classe do Processo: SLAT 2890

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/10/2009

Cuida-se de pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizado pela União Federal, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92 face à decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 16ª Vara de São Paulo que, nos autos da ação Ordinária nº 2009.61.00.018939-3, determinou a remoção da interessada, Procuradora Federal do INSS, para uma das unidades da Procuradoria Federal no município de Recife/PE, bem como a concessão do trânsito de 30 dias para o seu efetivo deslocamento, sob a alegação de prejuízo ao regular exercício das atribuições institucionais das Procuradorias Especializadas do INSS, em função do escasso número de procuradores e sobrecarga de trabalho.

Alega que o cumprimento imediato da decisão, além de provocar desorganização no plano de lotação dos membros da Procuradoria Federal, acarretará desfalque na Procuradoria de Santo André, cujo quadro já é reduzido, em prejuízo do cumprimento das atribuições previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Destaca que a interessada submeteu-se a concurso de âmbito nacional, estando ciente de que poderia ser lotada em qualquer unidade da federação. Todavia, estando lotada na Procuradoria Federal especializada do INSS em Ourinhos/SP, foi realocada para a Procuradoria Federal de Santo André, também por força de decisão judicial, proferida nos autos da ação ordinária nº 2008.61.00.002251-2, para fins de acompanhamento do cônjuge (juiz federal) que fora removido, a pedido, para essa última localidade.

Demonstra preocupação com o efeito multiplicador decorrente da r. decisão sustanda, a qual servirá de paradigma para que outros membros da Procuradoria Federal ingressem em juízo

pleiteando a lotação em outra localidade, independentemente da existência de vaga, estabelecendo precedente contrário à lei, razão pela qual entende demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-administrativa, na medida em que há ingerência indevida no juízo discricionário de conveniência e oportunidade da Administração. Alerta, ainda, que a concessão da presente remoção implica em preterição de candidata em melhor situação segundo os critérios de remoção na Carreira.

Observa a União Federal que a Administração não praticou ou deu causa a qualquer ato visando interferir na unidade familiar da interessada, o que justificaria sua obrigação de deslocar o outro cônjuge. Ao contrário, o pedido de remoção para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi formulada pelo cônjuge varão, o qual judicava na mesma cidade em que lotada a interessada, Santo André, portanto, ciente das conseqüências e do afastamento do seio familiar.

Ressalta a requerente que há excesso de lotação na Procuradoria Federal de Recife/PE, e carência de procuradores na unidade de exercício da interessada, Santo André/SP, motivada pela enorme demanda processual e ainda pelo descredenciamento de Advogados contratados que atuavam nas Procuradorias Federais Especializadas junto ao INSS no Estado de São Paulo. Esclarece que a lotação ideal para a Procuradoria Federal Especializada do INSS em Santo André/SP é de 12 (doze) Procuradores, todavia atualmente conta com apenas 09 (nove) em efetivo exercício na unidade. Acresce que a remoção da interessada agravou, ainda mais, o quadro de carência de Procuradores dessa unidade, considerando que era responsável pela atuação em cerca de 60.000 (sessenta mil) processos.

Requer a União Federal, por fim, a suspensão da eficácia da tutela deferida nos autos do processo nº 2009.61.00.018939-3, até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida na ação principal.

Instado, o i. representante do Ministério Público Federal opina, em alentado parecer, pelo indeferimento da suspensão pretendida, ao argumento de que a União Federal está se valendo da

Suspensão de Segurança como sucedâneo recursal.

DECIDO.

A suspensão de segurança concedida em ação ajuizada contra Fazenda Pública, por meio de decisão do presidente do tribunal, é medida excepcional que, conforme aponta o artigo 4º, *caput* da Lei nº 8.437/92, impõe a ocorrência de pressupostos legais específicos, nos seguintes termos:

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

Por isso, essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas, razão pela qual, aspectos outros pertinentes à lide, que passam ao largo da ocorrência dos elementos necessários à suspensão da decisão, devem ser objeto de impugnação por meio dos instrumentos recursais ordinários.

Todavia, há casos em que a plausibilidade jurídica do pedido acaba por abrandar a incidência desta regra, autorizando um exame, ainda que superficial, de determinados aspectos condizentes com a matéria de fundo, em sede de contracautela.

Do que consta dos autos, a interessada, Priscila Maria Medeiros Kitner, ao lograr êxito no concurso público para Procurador Federal de 2ª Categoria da Advocacia-Geral da União foi lotada inicialmente na unidade da Procuradoria Federal em Recife/PE, em 2002. Posteriormente, em razão do ingresso do seu cônjuge nos quadros da magistratura federal de São Paulo, foi designada para exercício provisório na unidade da Procuradoria Federal no Estado de São Paulo. Em seguida, em função da remoção do seu cônjuge (juiz federal) para Ourinhos/SP, foi-lhe

assegurado o direito ao regime especial domiciliar de trabalho nessa cidade, logrando êxito, mais tarde, no concurso de remoção de procuradores para lotação na PFE de Ourinhos/SP.

Em janeiro de 2008, o marido da procuradora fora removido para a 1ª Vara Federal de Santo André/SP, o que motivou a interessada a pleitear remoção para a Procuradoria Federal nessa localidade, a qual restou indeferida pela Procuradoria Geral Federal, ao fundamento de que não houve deslocamento de seu marido por interesse da Administração.

Por força de decisão concessiva de tutela antecipada, contudo, proferida nos autos da ação ordinária nº 2008.61.00.002251-2 ajuizada pela interessada, esta fora removida para uma das unidades da Procuradoria Federal do Município de Santo André/SP, tal como requerido.

Foi então lotada no Escritório de Representação da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região em Santo André e em exercício na Procuradoria Federal Especializada do INSS no mesmo município. No entanto, seu cônjuge Cláudio Kitner, Juiz Federal Substituto pediu por interesse pessoal, nova remoção, mediante permuta, deste Tribunal Regional para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para o fim de retornar ao convívio dos genitores de ambos, domiciliados em Recife/PE.

Formulou então a interessada, pedido de remoção junto à Procuradoria Geral Federal, para fins de lotação na Procuradoria Federal de Recife, restando todavia indeferido, ao fundamento de que a situação da Procuradora não se enquadraria nos termos do artigo 36, parágrafo único, inciso III, alínea “a” da Lei nº 8.112/90.

Diante desse indeferimento, novamente comparece a interessada em Juízo, Processo nº 2009.61.00.018939-3, alcançando seu objetivo, porquanto a MM. Juíza Federal deferiu o pedido de antecipação de tutela garantindo sua remoção para uma das unidades da Procuradoria Federal no município de Recife/PE, bem assim, a concessão do trânsito de 30 dias para o seu efetivo deslocamento, decisão essa objeto do presente pedido de suspensão de segurança.

No caso, considero presentes os pressupostos autorizadores

da medida de contracautela, considerando que os efeitos da decisão atacada ameaçam os bens jurídicos protegidos pela norma de regência.

Nada obstante a remoção, prevista no artigo 36 da Lei nº 8.112/90, pleiteada pela interessada tenha a nobre intenção de acompanhar seu cônjuge, Juiz Federal, mantendo íntegra a unidade familiar, constata-se que a cisão familiar se deu em face da opção feita pelo casal, e não por culpa da Administração.

Demais disso, além do requisito objetivo, há que se aferir, também, da conveniência e oportunidade da transferência para o bom desempenho das atribuições afeitas à Instituição à qual integra a interessada, mérito que, sem dúvida, pertence à esfera discricionária da Administração, como corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A remoção fundada no princípio constitucional de proteção à família pelo Estado não é automática nem exclui a discricionariedade da Administração. Esse princípio não pode ser invocado para sujeitar o serviço público a todas as circunstâncias particulares dos servidores, especialmente quando suas conseqüências podem ser previamente avaliadas.

É certo que para o cônjuge varão, juiz federal, por gozar da garantia da inamovibilidade (art. 93 da CF), a remoção para outra localidade somente é possível quando presentes o interesse da administração em removê-lo, aliado ao interesse pessoal do magistrado no deslocamento para outra localidade, a não ser no caso de remoção-sanção, depois da aprovação de 2/3 do Tribunal a que se vincula o magistrado.

No caso, a remoção do cônjuge da interessada para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conquanto jungida à discricionariedade da Administração, decorreu de pedido do magistrado, ciente da situação fática e funcional a que estaria submetido, máxime considerando que a sua mulher e seus filhos menores permaneceriam em Santo André/SP. Além da preservação da unidade familiar, à Administração compete orientar-se também pelos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da legalidade.

Ressalte-se, ainda, que a concessão da remoção pretendida pela interessada implica em preterição de candidata em melhor

situação, segundo critérios de remoção na Carreira, lembrando que a mesma valeu-se de idêntico procedimento, ao pleitear o deslocamento da Procuradoria de Ourinhos para a de Santo André.

Conclui-se, pois, que a norma prevista no artigo 36 da Lei nº 8.112/90, que prevê o direito à remoção para acompanhamento de cônjuge não é absoluta. Vale dizer, o exercício de tal direito está condicionado a requisitos objetivos e subjetivos, dentre eles, o de conveniência e oportunidade da Administração. Afinal, a regra geral é a da supremacia do interesse público. E verifica-se dos elementos constantes dos autos que o quadro de Procuradores do INSS na cidade de Santo André é reduzido, ao passo que, em Recife, há excedentes de lotação, razão pela qual resta caracterizado, risco de grave lesão à ordem pública administrativa, impondo o deferimento do pedido de suspensão, ainda que a situação seja lamentável, sobretudo em razão dos efeitos sobre os filhos.

Cabe consignar ainda que a controvérsia discutida nos autos originários é daquelas cujo efeito multiplicador, desencadeado pela reiteração de demandas idênticas, gera grave lesão à ordem administrativa, na medida em que impõe a forma como a Administração deve organizar a lotação e distribuição de procuradores federais.

O Colendo Supremo Tribunal Federal vem entendendo que decisões desse jaez ferem a ordem administrativa, por afastar da Administração seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade ao promover concursos de remoção.

Confira-se a propósito:

“Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizado pela UNIÃO, com o objetivo de sustar os efeitos do acórdão prolatado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.012709-4/AL (fls. 106/121), em que se deferiu tutela antecipada para determinar que a agravante exercesse o cargo de Advogado da União no Estado de Alagoas. ANNA AMÉLIA LISBÔA MARTINS RAPÔSO DA CÂMARA foi aprovada em concurso público para

provimento de cargos de Advogado da União realizado em 2005, tendo lotação inicialmente definida em Manaus/AM. Ajuizou ação ordinária, com pedido liminar, a fim de ser designada para exercer as funções do cargo em órgão vinculado à Advocacia-Geral da União no Estado de Alagoas, onde reside com seu cônjuge e seu filho, JOÃO RICARDO LISBOA DA CÂMARA CARVALHO. Indeferida a liminar (fls. 25/33), a autora interpôs agravo de instrumento, que foi provido com fundamento na unidade familiar e na impossibilidade de remoção de seu cônjuge: ‘Por essa razão, não vejo como possa indeferir a pretensão da agravante para exercer o cargo de Advogado da União, em Maceió, localidade onde reside com o filho e o cônjuge, o qual exerce neste município o cargo de Procurador Federal e se encontra impossibilitado de ser removido para acompanhamento da agravante pela razão já exposta, pois do contrário estar-se-ia contribuindo para a desagregação do núcleo familiar e, assim, violando o princípio constitucional da unidade familiar. Além disso, como bem alegou e demonstrou a agravante às fls. 66, a União não sofrerá nenhum prejuízo com o exercício do cargo de Advogado da União, pela agravante, em Alagoas, tendo em vista a necessidade de pessoal naquele estado. Por último, o deferimento da medida, se justifica até mesmo para manter coerência com a sentença proferida no processo nº 2005.80.00003301-0, que tramitou na 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, o qual determinou a remoção do seu cônjuge RICARDO PATRIOTA DE CARVALHO de Brasília para Maceió, para acompanhar sua filha INGRID SILVA PATRIOTA CARVALHO que apresenta problema de saúde. Ante o exposto, reportando-me aos fundamentos dos precedentes retro transcritos, *dou provimento ao presente agravo de instrumento, determinando que a agravante exerça o cargo de Advogado da União no Estado de Alagoas, até que seja proferida sentença definitiva na ação principal*’ (fls. 111/112; grifo nosso). O cônjuge da

autora teria sido removido de Brasília para Maceió em razão de sua filha sofrer de Transtorno de Ansiedade de Separação (fl. 110). No processo originário, sobrevieram sentença de improcedência (fls. 122/130) e acórdão de desprovidimento da respectiva apelação, publicado em 29/5/2009, conforme informação constante do sítio eletrônico do TRF da 5ª Região. Há recurso especial e recurso extraordinário retidos nos autos do agravo de instrumento, aguardando ratificação da União, na forma do art. 542, § 3º, do CPC. Daí o presente pedido de Suspensão de Tutela Antecipada. A União sustenta haver grave lesão à ordem pública, em razão de haver periodicamente concursos de remoção no âmbito da Advocacia-Geral da União, de modo que a beneficiária da tutela antecipada em comento deveria aguardar os trâmites administrativos próprios para conseguir sua remoção para o Estado de Alagoas. Alega-se, ainda, a possibilidade de ocorrência do efeito multiplicador da decisão impugnada, com potencialidade lesiva à União. Decido. A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI-STJ) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economias públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. Na ação originária, invoca-se a aplicabilidade do art. 226 da Constituição, que foi adotado como fundamento central da decisão ora

impugnada. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional. Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de precaução. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. O art. 1º da Lei nº 9.494/97 autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. No caso, entendo que está devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, na sua acepção jurídico-administrativa. A remoção da Advogada da União ANNA AMÉLIA LISBÔA MARTINS RAPÔSO DA CÂMARA para Alagoas prejudica o normal exercício das atividades administrativas da Procuradoria da União no Estado do Amazonas, pois impossibilita, em princípio, a distribuição de advogados públicos conforme prévia orientação e determinação da Administração. Além disso, tal distribuição da lotação de servidores ocorre no interesse da Administração, para atender ao interesse público. Num juízo mínimo de delibação sobre o mérito da causa, constata-se que em 28.11.2007 foi publicado edital de remoção e a vaga oferecida para Alagoas foi ocupada pelo candidato da 87ª colocação do concurso homologado em 2005, tendo a impetrante alcançado a 359ª colocação (fl. 7). Dessa forma, determinar

que a autora seja removida pela Alagoas não só desrespeita a ordem de precedência estabelecida de acordo com a antiguidade das carreiras e de classificação em concurso público, mas também estabelece uma discriminação desfavorável aos demais candidatos. A Presidência desta Corte tem fixado o entendimento, em casos de idêntico conteúdo, de ocorrência de grave lesão à ordem pública. Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou a Ministra Ellen Gracie, ao analisar decisões análogas em relação aos Procuradores da Fazenda, na STA 200, DJ 01.02.2008. A grave lesão à ordem pública, verificada ao se determinar remoção de servidor de uma Seccional da Fazenda Pública para outra Seccional, restou muito bem demonstrada pela então Presidente desta Suprema Corte, ao analisar o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 200: ‘(...) No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, pois a decisão judicial impugnada impõe ao Procurador-Geral da República, independentemente da existência de cargos vagos na localidade pretendida (fls. 34-35), a efetivação de lotação de Procurador da República, atribuição que se encontra, em princípio, dentro do seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade, interferindo, dessa forma, diretamente na autonomia funcional e administrativa da instituição. Além disso, a remoção imediata do interessado para a Procuradoria da República no Distrito Federal trará sérios prejuízos ao regular exercício das atribuições institucionais da Procuradoria da República no Estado de Goiás, que, consoante afirmado pelo próprio interessado no requerimento administrativo dirigido ao Procurador-Geral da República (fls. 43 e 44), já atua com escasso número de procuradores e sobrecarga de trabalho.’ (STA 200, Ministra Ellen Gracie, DJ 01.02.2008). Também nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente: STA 304, de minha relatoria, DJ 27.4.2009. Ademais, também está presente a probabilidade de concretização do denominado

‘efeito multiplicador’ (SS-AgR 1;836/RJ, Ministro Carlos Velloso, DJ 11.10.2001), ante a possibilidade de multiplicação de medidas liminares em demandas que contenham o mesmo objeto. Ante o exposto, *defiro* o pedido para suspender a execução da decisão proferida pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.012709-4/AL. Publique-se. Comunique-se com urgência. Brasília, 08 de julho de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente.” (STA nº 324/AL)

De qualquer forma, essas questões, discutidas na ação subjacente serão devidamente analisadas e escandidas nas vias recursais próprias.

Ante o exposto, *defiro* o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da ação ordinária nº 2009.61.00.018939-3, até que decisão de membro desta Corte no respectivo órgão fracionário, resolva a matéria em grau de recurso voluntário.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 27 de outubro de 2009.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

Registro 94.03.037893-0

Recorrente: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: ANTONIO DINO BUENO NETO (espólio)

Representante: MARCIO ESMERINO LEITE RIBEIRO

Classe do Processo: AC 176455

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2009

Vistos.

Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, reiterado a fl. 125, contra acórdão deste Egrégio Tribunal que negou provimento à sua apelação e condenou-a ao pagamento de multa por litigância de má-fé, a ser arbitrada em liquidação, nos termos dos arts. 17, VI, e 18, do CPC, sob fundamento de que o recurso era manifestamente protelatório em face da existência de documento que comprovava o recolhimento do tributo objeto de cobrança.

A parte recorrente alega infringência ao art. 17 do Código de Processo Civil, ao argumento de que a fixação da multa derivou de apreciação equivocada da norma, sendo incabível, *in casu*, por ausência de *animus* procrastinatório ou de tumultuar o processo, devendo ser considerado o dever de ofício na apresentação dos recursos legalmente previstos.

Foi determinada a suspensão do juízo de admissibilidade do recurso especial (decisão de fls. 131/134).

Vieram os autos conclusos em face do julgamento do paradigma.

Decido.

Tendo em vista o julgamento do paradigma da questão nos termos do art. 557 do CPC e não tendo sido adotado como representativo da controvérsia, passo ao juízo de admissibilidade.

Verifica-se que foram atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal, cabendo, agora, o exame dos demais requisitos.

Tenho que o recurso especial deve ser admitido.

É que a decisão recorrida se encontra em desconformidade com o que vem reiteradamente decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, o que configura a contrariedade e a negativa de vigência de lei federal. Nesse sentido, passo a transcrever o seguinte julgado, representativo da posição remansosa daquela Colenda Corte:

“PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - MULTA - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - ADVOGADO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), com base na alínea ‘a’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal/88, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fls. 172):

‘(...)

7. A matéria logrou solução definitiva na máxima instância jurisdicional do país, não sendo compreensível a insistência da União Federal em rediscuti-la, já que é dado a qualquer um saber de antemão o destino que a lide terá se chegar à instância extraordinária. Nesse sentido, não há como extrair do recurso qualquer propósito positivo; ao contrário, a reiteração de argumentos explicitamente rechaçados em julgamentos do Plenário da Corte Suprema constitui comportamento censurável, que atenta contra os deveres processuais insculpidos no artigo 14 do Código de Processo Civil. Tem-se claro tratar-se de recurso infundado e temerário, quer não tem outro escopo senão a eternização da lide.

8. Apelação não provida. Imposta à União Federal a reprimenda prescrita nos artigos 17, VII, e 18 do Código de Processo Civil.’

Alega a recorrente, em suma, que não pode ser condenada por litigância de má-fé, na forma do inciso VII do artigo 17 do Código de Processo Civil, uma vez que há pacífica jurisprudência desta Corte acerca da necessidade do dolo de entravar o trâmite processual e que, em face da indisponibilidade do interesse público e da inexistência de Súmula da AGU sobre recorribilidade na presente matéria, está adstrita a contestar (fls. 179/184).

Em suas contrarrazões, afirma a recorrida que não há falar em dever de ofício de recorrer, pois a matéria em questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Alega também que o recurso apresentado é meramente protelatório (fls. 198/200).

O presente recurso especial foi admitido na origem (fls. 202/205).

É, no essencial, o relatório.

Devidamente prequestionada a matéria e ultrapassados os outros requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido este recurso.

Assiste razão à recorrente.

A indisponibilidade do interesse público envolve diversos aspectos, sendo certo que entre eles está a ausência de discricionariedade do advogado público na sua atuação. Assim como o ordenador de despesa na esfera da Administração Pública, deve aquele agente político pautar a sua conduta dentro da legalidade ampla, o procurador de pessoa jurídica de direito privado tem como dever de ofício tentar reverter as decisões desfavoráveis aos interesses públicos secundários.

Ora, o titular da coisa pública em um regime republicano como o nosso é o povo, na forma do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal/88. Assim, somente os seus representantes, através das leis, podem dispor do patrimônio público.

(...)

De fato, não há parecer ou Súmula dispensando os

membros da AGU de recorrer nos casos em tela. Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi, até agora, transformada em Súmula vinculante.

Logo, descabida a ‘reprimenda’ do Tribunal de origem. O estrito cumprimento do dever legal não pode, em qualquer ramo do ordenamento jurídico nacional, gerar sanção; muito menos sanção processual.

Não se pretende aqui excluir a possibilidade de sanção processual por abuso do direito de recorrer, mas é fato que, no presente caso, tal direito foi exercido de maneira razoável.

A propósito:

‘PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - ABSTRAÇÃO DE TESE JURÍDICA - AGRAVO REGIMENTAL PLAUSÍVEL - CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Afasta-se a aplicação da Súmula 7/STJ quando desnecessária a reapreciação de aspectos fáticos-probatórios e a parte abstrai tese jurídica.

2. Não é protelatório e não age com má-fé a parte que interpõe agravo regimental, procurando demonstrar, através de argumentos plausíveis, a necessidade de conferir-se efeito suspensivo a agravo de instrumento.

3. A multa deve coibir os excessos das partes, o nítido propósito protelatório e a litigância de má-fé, mas não deve ter sua aplicação banalizada e não deve cercear o direito das partes ao esgotamento de instância, imprescindível ao acesso às instâncias extraordinárias.

4. Recurso especial provido.’

(REsp 586.638/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.5.2004, DJ 14.6.2004, p. 208.)

‘RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES PÚBLICOS DO JUDICIÁRIO. CONVERSÃO EM URV. DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. LEI Nº 8.880/94. REPOSIÇÃO DE 11,98%. APELAÇÃO NEGADA. AGRAVO. MULTA DE

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

A litigância de má-fé, *in casu*, não se verifica. Tendo a apelação sido negada com base no art. 557 do CPC, mantida por decisão do agravo, ora recorrida, não cabe à recorrente fundamentar seu apelo em relação ao próprio mérito da controvérsia, mas sim voltar-se contra os fundamentos da negativa de seguimento.

Recurso parcialmente provido, com o cancelamento da multa aplicada à União.’

(REsp 457.288/RN, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5.12.2002, DJ 19.12.2002, p. 410.)

Ressalte-se que, ao contrário, a inércia do agente político (advogado público) poderia gerar para si sanções disciplinares perante a Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Por fim, tem-se como pacífico nesta Corte que a violação de Lei Federal pode surgir da sua não-observância ou da sua incorreta aplicação. No presente caso, houve incorreta aplicação.

Ante o exposto, com base no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao presente recurso especial, a fim de afastar a aplicação da multa prevista no inciso VII do artigo 17, c/c o artigo 18, ambos do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de junho de 2009.” - Grifei.

(REsp 1120194 - rel. Min. HUMBERTO MARTINS, publ. 01.07.2009)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NOS ARTS. 16, 17, IV e VII, 18 E 557, § 2º DO CPC. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. A multa prevista nos arts. 16, 17, IV e VII e 18 da

Lei Adjetiva pressupõe má-fé do litigante, circunstância inexistente quando o Procurador da parte recorre por dever de ofício.

5. Não cabe a fixação de honorários em agravo regimental quando desprovidos, posto implicar em sucumbência recursal não prevista em lei. Afronta ao princípio da legalidade.

6. Agravo Regimental desprovido com exclusão das multas e dos honorários de advogado.” - Grifei.

(AgRg no Ag 570545/RJ - 1ª Turma - rel. Min. JOSÉ DELGADO, rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, j. 29/06/2004, DJ 06/12/2004, p. 203)

Ante o exposto, ADMITO O RECURSO ESPECIAL.

Intime-se.

São Paulo, 8 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2000.61.00.026227-5

Recorrente: PEDRO GOMES
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelantes: UNIÃO FEDERAL, PEDRO GOMES E OUTRO
Apelados: OS MESMOS
Classe do Processo: AC 821811
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/10/2009

VISTOS.

Trata-se de recurso especial interposto por PEDRO GOMES e outro, com fundamento do artigo 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Turma desta Corte que, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos em face de julgado que, também por unanimidade, rejeitou as preliminares, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União e, por maioria, negou provimento à apelação dos autores, restando assim ementado:

“DIREITO CIVIL: ATO INSTITUCIONAL Nº 5. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ANISTIA POLÍTICA. PRELIMINARES ARGÜIDAS PELA UNIÃO: REJEIÇÃO. DANOS MORAIS: REDUÇÃO. DANOS MATERIAIS: IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA DOS AUTORES. ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC.

I - Rejeitadas as preliminares argüidas pela União Federal, quanto à ilegitimidade de parte e à ocorrência de prescrição.

II - Para a valoração do *quantum* relativo aos danos morais, devem ser levadas em consideração as circunstâncias e peculiaridades da causa, evitando-se a fixação em valor ínfimo que possa representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, tampouco em valor excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido.

III - Assim, a r. sentença monocrática deve ser reformada, reduzindo-se os danos morais para o montante de 100 (cem) salários mínimos para cada autor, eis que a jurisprudência

pátria, em situações mais graves que a dos presentes autos, vem fixando indenizações por danos morais em valores mais parcimoniosos e razoáveis do que aquele fixado pelo MM. Juiz *a quo*. Precedentes: TRF 1ª Região, AC 1997.35.00.006010-0, Rel. Des. Federal FAGUNDES DE DEUS, j. em 16.05.1995; TRF 2ª Região, AC 99.02.07564-9, Rel. Des. Federal FREDERICO GUEIROS, j. em 10.10.2007; TRF 4ª Região, AC 2003.04.01.025977-7/SC, Rel. Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, j. em 19.05.2005; e TRF 5ª Região, AC 2005.83.02.000934-1, Rel. Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI, j. em 28.03.2006.

IV - *In casu*, inviável a indenização patrimonial, pois os autores não fizeram a prova efetiva do dano material multiplicado, com a devida demonstração das diferenças requeridas na presente demanda, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC. Precedentes: STJ, REsp 609.107/SE, 3ª Turma, Rel. Min. CASTRO FILHO, j. 07.05.2007, DJ de 01.08.2007; e TRF 5ª Região, AC 99.05.34245-1, Rel. Des. Fed. IVAN LIRA DE CARVALHO, j. 27.02.2003.

V - Remessa oficial, tida por interposta, e apelação da União Federal parcialmente providas, para redução do montante relativo aos danos morais, e recurso dos autores improvido, nos termos constantes do voto.”

Os recorrentes alegam que a decisão combatida, ao indeferir o pedido de indenização por danos materiais, contrariou a Lei nº 10.559/02, que regulamentou o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, posto que a mesma dispõe expressamente sobre a possibilidade de reparação econômica, de cunho indenizatório, sendo certo que, no caso em tela, o prejuízo restou demonstrado, uma vez que os autores foram aposentados com proventos proporcionais ao tempo de serviço, fazendo com que exista diferença em relação à remuneração da ativa.

Aduzem, ainda, que, ao reduzir consideravelmente o valor da indenização por danos morais, o acórdão desconsiderou

substancialmente os danos experimentados pelos autores, que foram atingidos em sua honra, dignidade e moral.

Com contra-razões.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal, passo ao exame da conformação à hipótese constitucional.

Primeiramente, observo que não se verifica a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a autorizar a aplicação do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.672/2008.

Prosseguindo, verifico que o recurso merece admissão.

Com efeito, o c. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os danos indenizáveis pelo artigo 8º do ADCT podem ser tanto morais quanto materiais.

No caso em tela, os autores foram aposentados com proventos proporcionais por meio do Ato Institucional nº 1, de 1964. Em 1980, com fundamento na Lei nº 6.683/79, conseguiram a reversão para o serviço ativo.

Por sua vez, a decisão recorrida afasta a possibilidade de condenação em danos patrimoniais, ao fundamento de os autores não teriam juntado demonstrativos que o comprovassem.

No entanto, entendo que a invocada contrariedade à Lei nº 10.559/02 apresenta-se plausível, na medida em que os recorrentes baseiam o seu pedido de indenização por danos patrimoniais na perda remuneratória originada da diferença entre os proventos proporcionais e o vencimento integral que deveriam receber se na ativa estivessem, o que poderia ser constatado *primo oculi* da própria situação descrita.

Diante do exposto, ADMITO o recurso especial.

Intime-se.

São Paulo, 08 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Vice-Presidente

- Sobre a possibilidade de indenização por danos materiais e morais sofridos por anistiados políticos, veja também o seguinte julgado: CC 2007.03.00.000406-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicado na RTRF3R 89/317.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Registro 2004.61.00.024642-1**

Recorrente: C E A MODAS LTDA.

Recorrido: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: C E A MODAS LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Classe do Processo: AMS 300672

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2009

Vistos.

Trata-se de pedido de reconsideração da impetrante, ora recorrente, interposto em face da decisão de fls. 682/685, que determinou o sobrestamento da análise de admissibilidade do recurso extraordinário interposto, até julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso paradigma, o RE 570.122, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil ou, caso assim não entenda esta Vice-Presidência, que o mesmo seja recebido como agravo regimental, nos termos dos artigos 250 e 251 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Alega a impetrante que a matéria tratada no caso paradigma se restringe à possibilidade da COFINS se exigida nos termos da Lei 10.833/2003, por sua vez, no recurso extraordinário interposto o pleito pretendido é no sentido que sejam afastadas as restrições ao direito de apropriação de todo e qualquer crédito de PIS e COFINS, desde o advento das Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004 e, sucessivamente, na hipótese de se entender que o direito a esse crédito surgiu com o advento da Emenda Constitucional 42/2003, seja reconhecido o direito ao crédito a partir de 19/12/2003, data da publicação da referida Emenda Constitucional.

Ademais, alega que nem todos os dispositivos constitucionais abordados pela recorrente no recurso extraordinário interposto são tratados no RE 570.122

Decido.

Primeiramente, cumpre salientar que não é cabível na espécie o agravo regimental interposto nos termos dos artigos 250

e 251 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, posto que não há previsão da possibilidade de interposição do agravo em face de decisão proferida pelo Vice-Presidente, uma vez que não há órgão colegiado ao qual possa ser submetido qualquer recurso em face de decisão aqui prolatada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que somente são recorríveis as decisões do Vice-Presidente do Tribunal *a quo* de admissibilidade ou não admissibilidade dos recursos excepcionais, consoante previsão do artigo 544, do Código de Processo Civil, consoante arestos abaixo transcritos:

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

I - Interposto o agravo de instrumento diretamente nesta Corte contra a decisão proferida pelo 3º Vice-Presidente do tribunal estadual que não concedeu gratuidade de justiça, verifica-se incabível o conhecimento do recurso, uma vez que o caso dos autos não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas nos artigos 539 e 544 do Código de Processo Civil, não tendo cabimento o agravo de instrumento em questão.

II - Não se admite a interposição do agravo de instrumento diretamente nesta Corte, nos termos da Resolução nº 1, de 31/1/96, da Presidência da Corte. Agravo interno improvido.”

(STJ - AgRg no Ag 725465/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2005/0199400-1 - Relator(a) Ministro CASTRO FILHO (1119) - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 28/06/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 11.09.2006 p. 262)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO-CABIMENTO. Da decisão que nega seguimento a recurso extraordinário não cabe agravo regimental, mas agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal (Art. 544 do CPC).”

(STJ - AgRg no RE no Ag 890875/BA AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0076759-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 05/03/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/03/2008)

Mais recentemente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça reiterou este posicionamento de não cabimento de agravo em face das decisões proferidos pelo Vice-Presidente, quanto a admissibilidade dos recursos excepcionais ou de apreciação de efeitos suspensivos, nos termos do artigo 541, do Código de Processo Civil, posto que constituem decisões proferidas no exercício de competência delegada dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido é a notícia de decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Informativo de Jurisprudência 393 daquela Corte Superior, cujo v. acórdão ainda se encontra em fase de elaboração e será lavrado pelo eminente Ministro Ari Pargendler:

“AGRG. INDEFERIMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VICE-PRESIDENTE. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que é cabível pedido de medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo, mesmo em se tratando de recurso extraordinário sobrestado por tratar de matéria de repercussão geral (art. 543-B, § 1º, do CPC), tendo o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido competência para a decisão da referida medida (Súm. nº 634-STF). Segundo a jurisprudência do STF, as denominadas medidas cautelares para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário não têm natureza de ação cautelar autônoma, mas de mero incidente no processamento do recurso. Logo, as decisões a respeito, como as relacionadas à retenção ou não do recurso extraordinário (art. 542, § 3º, do CPC) inserem-se no âmbito genérico do juízo prévio

de admissibilidade, que, pela lei processual, devem ser proferidas pelo presidente ou vice-presidente (art. 541 do CPC), que nessa condição atuam como órgão delegado do STF. *Por conseguinte, das decisões do vice-presidente do STJ proferidas no âmbito do juízo prévio de admissibilidade do recurso extraordinário não cabe agravo regimental, inclusive as que dizem respeito à retenção ou não do recurso (art. 542, § 3º, do CPC) ou à concessão ou não de efeito suspensivo. Precedentes citados do STF: QO na AC 2.177-PE, DJ 20/2/2009; Ag na Pet 1.440-PE, DJ 29/5/1998; QO na Pet 2.466, DJ 26/4/2002; do STJ: AgRg no RE no Ag 890.875-BA, DJ 17/3/2008.* AgRg na MC 14.639-AL, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 6/5/2009. (grifei)

Inobstante o não cabimento do agravo, passo a apreciar o pleito da impetrante como pedido de reconsideração. No entanto, a insurgência da recorrente não merece prosperar.

A impetrante interpôs a presente ação mandamental para suspender a exigibilidade da Contribuição ao PIS e COFINS, previstas nas Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004, que introduziram o regime da não cumulatividade nas referidas exações.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido e denegou a segurança pretendida, consoante fls. 386/390.

Neste egrégio Tribunal, a Terceira Turma, à unanimidade não conheceu do agravo convertido em retido interposto pela impetrante e negou provimento ao recurso de apelação da impetrante, consoante relatório, voto e acórdão de fls. 477/492.

A impetrante interpôs embargos de declaração de fls. 498/500 que, por unanimidade, foram rejeitados e reconhecido, de ofício, erro material no relatório do acórdão de fls. 477/492, consoante relatório, voto e acórdão de fls. 505/512.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso extraordinário de fls. 515/550 onde alega repercussão geral da matéria controvertida e que o v. acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 5º, LV, 153, § 3º, II, 155, § 2º, I e II, 154, I, 195, § 12, 150, IV, 5º,

XIII e XXII e 170, parágrafo único, 150, II e 145, § 1º, da Constituição Federal.

O recurso extraordinário interposto pela impetrante de fls. 515/550 foi sobrestado a análise da admissibilidade recursal, pela decisão de fls. 682/685, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil, tendo em vista a existência do caso paradigma RE 570.122, pelo Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

“Ementa

REPERCUSSÃO GERAL - COFINS - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003 - CONVERSÃO NA LEI Nº 10.833/2003.

Admissão pelo Colegiado Maior. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Cármen Lúcia. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Celso de Mello.”

(STF RE 570122 RG/RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 21/02/2008 Publicação DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-08 PP-01670)

Já quanto a Contribuição ao PIS e seu regime da não cumulatividade instituído pela Lei 10.637/2002, verifica-se que esta Vice-Presidência, enviou ao Supremo Tribunal Federal, caso paradigma, a apelação em mandado de segurança - processo nº 2003.61.00.002347-6, nos termos do artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, devendo o presente feito ficar suspenso até deslinde final de tais *leading cases*.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu repercussão geral da controvérsia sobre a aplicação da lei no tempo e a base de cálculo das Contribuições ao PIS e COFINS, nos seguintes termos:

“PIS E COFINS - IMPORTAÇÃO - LEI Nº 10.865/2004 - APLICAÇÃO NO TEMPO - BASE DE CÁLCULO DOS

TRIBUTOS - NATUREZA DA DISCIPLINA - LEI COMPLEMENTAR. Possui repercussão geral controversia sobre a aplicação da lei no tempo e a base de cálculo dos tributos considerada a disciplina mediante lei ordinária.” (STF - RE 565886 RG/PR - PARANÁ REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 08/05/2008 Publicação DJe-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-06 PP-01130)

No caso, o v. acórdão de fls. 491/492 foi assim ementado:

“EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. ART. 523, § 1º DO CPC. PIS. LEI 10.637/02. COFINS. LEI 10833/2003. LEI 10865/04. LEGITIMIDADE DA TRIBUTAÇÃO. ALTERAÇÕES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO VIOLADOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL POR DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - Agravo retido da impetrante não conhecido, vez que não houve requerimento expresse para sua apreciação, nos termos do art. 523, parágrafo 1º do CPC.

II - A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) foi instituída pela Lei Complementar nº 70, de 31 de dezembro de 1991, com fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 195, inciso I e tem como objetivo o custeio das atividades da área de saúde, previdência e assistência social, conforme dispunham seus artigos 1º e 2º.

III - A contribuição ao PIS, em 1988, foi reconhecida e recepcionada pela Constituição Federal, em seu artigo 239, quando então lhe foi reconhecido o caráter tributário, como contribuição social, destinada a financiar o programa do seguro-desemprego e ao abono anual de um salário mínimo.

IV - Com o advento da lei 10.637, de 30 de Dezembro de

2002, seguida pelas leis 10.833, de 29 de Dezembro de 2003, e atualmente pela Lei 10.865, de 30 de abril de 2004, a contribuição ao PIS passou a ser não-cumulativa. Esse princípio, em relação às contribuições, foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 42/03.

V - Com o advento da lei 10.833, de 29 de Dezembro de 2003, e atualmente pela Lei 10.865, de 30 de abril de 2004, a contribuição à COFINS passou a ser não-cumulativa. Esse princípio, em relação às contribuições, foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 42/03.

VI - A Constituição Federal, após as Emendas Constitucionais nºs 20, 33 e 42, consignou claramente o campo de incidência das contribuições, inclusive com a possibilidade de serem instituídas alíquotas e/ou bases de cálculos distintas, para determinados segmentos. Portanto, autorizou tratamentos não isonômicos, diante de um *discrímen* a ser ditado por lei, consagrando em benefício, nesta última emenda, a não-cumulatividade para as contribuições.

VII - A não-cumulatividade é mera técnica de tributação que não se confunde com a sistemática de cálculo do tributo, porquanto, depois de efetuadas as compensações devidas (débito/crédito) pelo contribuinte ter-se-á a base de cálculo, para a apuração do *quantum* devido. Consigne-se, por fim, que, para as hipóteses de IPI e ICMS, o legislador constituinte deixou traçados, fixando os limites objetivos de sua ocorrência, os critérios para que se implementasse a não-cumulatividade, dadas as características desses tributos, enquanto para o PIS e a COFINS a lei é que deve se incumbir dessa tarefa.

VIII - O fato de a lei 10.637/2002 ter sido editada antes da vigência da Emenda Constitucional nº 42, não implicou em qualquer mácula ou vício ao que ali se disciplinou, tendo sido recepcionada pelo novo comando constitucional.

IX - Não se configurou a afronta ao disposto no artigo 246 da Constituição Federal, pois não houve regulamentação de artigo, nem inovação, criando-se nova figura tributária, haja

vista que a previsão expressa da contribuição ao PIS no corpo do Texto Constitucional, por si só autoriza eventuais alterações nos critérios de sua exigência, feitas por lei ordinária, não havendo óbices que sua iniciativa se dê por meio de Medida Provisória, desde que observado o princípio da anterioridade nonagesimal.

X - Apelação da impetrante improvida.”

Assim, a questão constitucional invocada no recurso extraordinário apresenta relevância sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, observando o disposto no artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/06, tanto que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional dos dispositivos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004, que introduziram o regime da não cumulatividade na Contribuição ao PIS e COFINS, nos paradigmas supracitados.

Dessa feita, deve ser mantida a decisão de fls. 682/685, uma vez que se trata de hipótese de sobrestamento da análise da admissibilidade do recurso extraordinário de fls. 515/550, posto que a controvérsia trazida nestes autos reproduz-se em outros vários, devendo o presente feito ficar sobrestado até deslinde final de tais processos.

Ante o exposto, *não conheço do agravo interposto e, por conseguinte, recebendo-o como pedido de reconsideração, indefiro-o, mantendo a decisão de fls. 682/685.*

Intime-se.

São Paulo, 8 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Vice-Presidente

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO
EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Registro 2008.03.00.041145-8**

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Recorrida: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravados: GISELI DE AGUIAR RODRIGUES ZACHARIAS E OUTROS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITU - SP

Classe do Processo: AI 352166

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/09/2009

Vistos.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em face de decisão deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região que negou seguimento a agravo de instrumento interposto pela Autarquia, em face de decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela em ação previdenciária de concessão do benefício de auxílio-reclusão.

Da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, foi interposto agravo, com a alegação de que o benefício pleiteado somente é devido aos dependentes de segurados classificados como de baixa renda, em respeito ao disposto no artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20, artigo 116 do Decreto nº 3.048/99, Portaria Ministerial nº 77, de 11 de março de 2008.

Foi negado provimento ao agravo, ao fundamento de que a interpretação do artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/98 conduz ao entendimento de que o limite de renda bruta mensal estabelecido pelo Decreto nº 3.048/99 não diz respeito somente à pessoa do detento, mas também aos ganhos obtidos pelos dependentes, ou seja, há que se aferir se a remuneração dos dependentes supera o limite de R\$ 710,00 fixado pela Portaria MPS nº 77, de 01.03.2008.

Em sede de Recurso Extraordinário, o recorrente alega que há repercussão geral a ensejar a admissão do presente recurso, nos termos do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.418/2006.

Sustenta, ainda, que a decisão recorrida afronta as disposições contidas nos artigos 97, 194, inciso III, 195, § 5º e 201 *caput* e inciso IV, todos da Constituição Federal; além do artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/98.

Decido.

A recente inovação constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, denominada de Reforma do Judiciário, devidamente acompanhada pela alteração legislativa infraconstitucional (legal e regulamentar), trouxe profundas modificações ao regime de admissibilidade dos recursos extraordinários, dado que passou a exigir inclusive a presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no processo.

A Lei nº 11.418/2006 introduziu o novo regime de processamento dos recursos extraordinários, disciplinando que nos processos múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia exige-se a repercussão geral processando-se consoante determina o artigo 543-B, do Código de Processo Civil.

A matéria ora controvertida já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no regime da Lei nº 11.418/2006, que introduziu o regime de repercussão geral no processamento dos recursos extraordinários, consoante precedente do Recurso Extraordinário nº 587.365-0. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal apreciou e reconheceu a repercussão geral do tema e, no mesmo julgamento, reafirmou a jurisprudência daquela Corte acerca da limitação do universo dos contemplados pelo auxílio-reclusão.

Nesse sentido é a íntegra da decisão abaixo transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGU-RADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece de vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 587.365-0, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, Julgamento: 25.03.2009, Dje nº 84, de 08.05.2009, Ementário nº 2359-8).

Constata-se, assim, da decisão acima transcrita que a questão foi reapreciada sob a égide da nova sistemática, tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante na Corte Suprema, pelo que os Tribunais e Turmas Recursais poderão, nesses casos, examinar novamente e exercer juízo de retratação, quando suas decisões forem contrárias ao entendimento sufragado pelo E. Supremo Tribunal Federal, ou declarar prejudicados os recursos, quando suas decisões forem consentâneas com a orientação firmada, conforme previsto no art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

No caso concreto, verifica-se que o acórdão recorrido não reproduz o entendimento da Corte Suprema.

Ante o exposto e considerando estar a r. decisão proferida em dissonância com o entendimento consolidado na Corte Suprema, determino a devolução dos autos à Colenda Turma julgadora para que o Exmo. Sr. Relator proceda conforme previsto no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a existência de Recurso Especial apresentado nos autos, após a providência acima mencionada, deverão os autos retornar a esta Vice-Presidência para análise da admissibilidade

daquele outro recurso excepcional.

São Paulo, 8 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Vice-Presidente

- Sobre o conceito de renda bruta mensal para fins de concessão de auxílio-reclusão referir-se à renda auferida pelo segurado preso, veja também o seguinte julgado: AC 2006.61.09.005934-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 97/304.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

AÇÃO RESCISÓRIA

Registro 2000.03.00.040317-7

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: GENTIL CAVALARI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE VOTUPORANGA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL
Classe do Processo: AR 1180
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2009

DECISÃO.

Chamo o feito à ordem, por constatar a supressão de fases procedimentais, inclusive no que tange ao saneamento do processo.

Cuida-se de ação rescisória agilizada, com esteio no art. 485, inc. V, do CPC (violação a literal disposição de lei), pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de Gentil Cavallari, objetivando a desconstituição de acórdão proferido pela Segunda Turma deste Tribunal, que deu parcial provimento ao recurso da autarquia, em autos de ação de concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço.

Alega, em síntese, o vindicante, que o julgado combatido ordenou a implantação do benefício previdenciário em questão, sem atentar à inoccorrência de ultimação do tempo mínimo, a tanto necessário, incidindo em ofensa aos artigos 52, *caput*, e 53, inc. II, da Lei nº 8.213/91, e inc. II e § 1º do art. 202 da CR/88, na redação vigente à época.

Nesta Corte, citado, o suplicado ofereceu contestação, formulando matéria preliminar, e, no mesmo prazo, intentou reconvenção (fs. 160/168), com vistas à obtenção de aposentadoria integral por tempo de serviço, desde a data do ato citatório, havido na ação originária, sendo certo que a autarquia, instada a se pronunciar, agilizou manifestações acerca das peças reportadas (fs. 171/172 e 173/175).

Após, intimado à especificação de provas, o vindicado alvitrou a produção de prova pericial, objetivando a apuração do real lapso laboral que possui, pretensão deferida pela MM. Juíza Federal Convocada, independentemente do saneamento do processo,

redundando na emissão de carta precatória, em que, por lapso, constou, como diligência deprecada, o depoimento pessoal do réu, medida concretizada a f. 227.

Constatado o equívoco, determinou-se o escoreito cumprimento do provimento jurisdicional, anteriormente, emanado (f. 244), expedindo-se nova deprecata, no âmbito da qual restou efetivada a peritagem reportada (fs. 287/299), a seguir complementada (fs. 318/322 e 405/407), valendo registrar a dinamização, nos próprios autos, de argüição de falsidade, à conta de detecção de rasura em anotação de contrato de trabalho, atinente ao ano de admissão do requerido, junto à empresa Ribeiro Franco S/A (1955 ou 1965), ficando a correspondente apreciação acometida ao órgão deprecante (fs. 349/351), registrando-se, ainda, a não-apresentação, pelo suplicado, dos originais de suas CTPS, tal como pretendido pela autarquia securitária.

Passo a decidir.

De pronto, verifico que algumas matérias e considerações pendem de solução, cabendo passar ao respectivo esquadrinhamento.

Em sua contestação, Gentil Cavallari suscitou matéria preliminar, não aquilatada até este momento, problematizando a aceitabilidade da rescisória, cuja inicial não revelaria os fundamentos à sua agilização, carecendo, portanto, da exposição dos fatos e do direito.

Creio que o argumento não merece prosperar, uma vez que, atentando-se à proemial, bem se delineia a causa de pedir: o julgado comportaria desconstituição, nos termos do art. 485, inc. V, do CPC, porquanto determinou a implantação de aposentadoria ao beneficiário, que não contabilizaria interstício bastante à fruição da benesse, daí aflorando, no pensar do suplicante, vilipêndio a dispositivos constitucionais e legais, disciplinadores da concessão da modalidade de aposentação reclamada, adrede indicados.

Rejeita-se, pois, a argüição.

Passa-se à análise da preambular ventilada no âmbito da contestação oferecida pelo Instituto, em relação à reconvenção aviada pelo requerido.

Diz-se, naquela oportunidade, que, sob o rótulo reconvenção,

o suplicado pretende obter nova tutela legal, estranha à lide originária, tratando-se de outra demanda, sequer indigitando o preceito legal embasador da rescindibilidade almejada.

Pois bem. Em linha de princípio, na esfera rescisória, inexistente empeço à agilização de reconvenção, desde que veicule, também, pretensão de infirmar o julgado, imbricando-se com os fatos narrados na exordial da *actio*, estando bem assentada, outrossim, a inadmissibilidade da reconvenção em agitar pretensões ou teses, alheias ao feito originário.

Na espécie em comento, Gentil Cavalari aforara ação, em face do INSS, com vistas à percepção de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, esgrimando ostentar, aproximadamente, 33 anos e 03 meses de tempo de serviço (v. fs. 15 e 17). A tanto, asseriu que atuou como rurícola, entre idos de 1951 a 1965, passando, a partir de outubro desse ano, a dedicar-se a ofícios urbanos, cenário que perdurava à época da dedução da demanda.

O pedido foi julgado procedente, mantida a sentença, em linhas gerais, no órgão *ad quem*.

Na reconvenção que aviva, busca, o nominado, a rescisão desse julgado, almejando a obtenção de aposentadoria por tempo de serviço integral, ressaltando que a postulação contida na inicial do feito subjacente decorreu de equívoco perpetrado pelo causídico do outrora demandante. Salienta que contabilizados o tempo de serviço rural, desenvolvido a partir de 1951, com os de natureza urbana, aferidos até a data de citação do órgão previdenciário, atingir-se-iam mais de 40 (quarenta) anos de interregnos laborais, habilitando a concessão do beneplácito rogado.

Ora bem, num primeiro lance, vale consignar que o beneficiário não indicou o preceito legal que, em seu crer, viabilizaria a propositura da rescisória, e, ainda quando se entenda aplicável, à seara desconstitutiva, o adágio de que impende, ao juiz, externar a norma incidente aos fatos narrados pelas partes, exato é que a situação descrita não se coaduna com qualquer dos autorizativos estampados na legislação de regência. A contexto, já decidiu, a Terceira Seção, que apontados erros cometidos por advogados, por ocasião da vestibular da ação originária, não são de molde a

ampararem o manejo de rescisória (cf., a propósito: AR nº 2.404, proc. reg. nº 2002.03.00.033798-0, j. 23/7/2009, de minha relatoria).

De outro giro, é nítido que a sentença, e, por extensão, o julgado guerreado, pautaram-se, no particular, pelo cânone da adstrição ao pedido, falecendo motivo para que, nesse específico, assujeitem-se à invalidação.

Assim, controverte-se o interesse do requerido na medida, eis que, por ocasião de eventual rejulgamento da causa, não será dado extrapolar o que propugnou na ação originária.

Acolho, pois, a preliminar em testilha, e, em consequência, dou por incabível a reconvenção.

Por via de consequência, desponta a prejudicialidade da arguição de falsidade, apresentada pela autarquia previdenciária, uma vez que se entrelaçaria com a reconvenção, então, oferecida, devendo a violação literal a preceito legal, suscitada pelo INSS, ser aquilatada à vista dos elementos amealhados na ação primeira, cujos autos foram carreados a esta sede, por cópia. Acresça-se que, naquela sede, não foi avivada a falsidade da CTPS colacionada, tendo a própria parte autora noticiado a consecução de afazeres urbanos, somente, a partir de 1965, não se pondo a questão em torno de eventual rasura na anotação em CTPS, de maneira a estabelecer-se, dolosamente, o marco inicial laboral em 1955.

Adite-se que o próprio perito, no âmbito da carta precatória, aduziu que a propalada rasura não interferiu em suas conclusões acerca da somatória do tempo de serviço, eis que, em seus cálculos, acabou por considerar 1965 como sendo o ano de ingresso do demandado na empresa citada.

Ademais, muito embora não se descure a possibilidade de aviamento de incidente de falsidade, em rescisória, a contemplar, exemplificativamente, eventual documento novo coligido, quando este é o móvel da propositura da ação, certo é que a inveracidade, como já dito, recairia em prova já amealhada na causa transacta e que foi devidamente levada em linha de conta pelos julgados proferidos.

Nesse contexto, há de se rememorar que a falsidade de prova constitui hipótese permissiva do aforamento da rescisória,

não tendo o INSS, quando de sua propositura, a ela se reportado, de sorte que o aviamento da argüição poderia positivar alteração da causa de pedir, procedimento vedado, na presente fase.

Assim, mormente em razão do sustentado pelo perito, em seu laudo suplementar, superada está a argüição de falsidade, sendo demasiada, nesta altura, a adoção de providências tendentes à regularização da autuação.

Ante o exposto, nego seguimento à reconvenção e à argüição de falsidade, nos termos do art. 33, incs. XII e XIII, do RITRF-3ª Região.

No mais, presentes os pressupostos processuais, as condições da ação, e inexistindo irregularidade a sanar, declaro saneado o processo.

Finda a fase instrutória, dê-se vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhes apresentação de razões finais, consoante previsto nos artigos 493 do CPC e 199 do RITRF-3ª Região.

Em seguida, com ou sem manifestação, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal, para parecer.

Dê-se ciência.

São Paulo, 22 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal ANNA MARIA PIMENTEL -
Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2009.03.00.026807-1

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Representante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravados: FERREIRA E MACHADO S/C LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AI 380250
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2009

DECISÃO.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pela Fazenda Nacional, representada pela Caixa Econômica Federal, em face da decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros através do sistema Bacenjud, tendo em vista a expedição anterior do bloqueio por meio de ofício ao Banco Central do Brasil.

Alega que a ordem de bloqueio do saldo das contas correntes e aplicações financeiras da sociedade executada, por intermédio de ofício, para repasse às instituições financeiras, expedido e protocolizado no Banco Central do Brasil, não foi respondido até o presente momento, não constando dos autos, ainda, a prova de que as instituições financeiras receberam eventual retransmissão pelo Banco Central.

Sustenta que o bloqueio por meio de ofício se encontra superado pela nova ordem jurídica processual, que prevê a indisponibilidade de ativos financeiros através do sistema Bacenjud, nos termos dos artigos 655, inciso I, e 655-A, ambos do Código de Processo Civil. Ademais, os créditos cobrados são decorrentes de inadimplemento de FGTS, de natureza não tributária, razão pela qual a execução deve prosseguir de acordo com a Lei nº 6830/80.

Requer, pois, a penhora por meio eletrônico em face da empresa executada e dos co-responsáveis, constantes da inicial e da CDA.

Decido.

Inicialmente, observo que, consoante o artigo 522 do Código

de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, estabeleceu-se nova sistemática para interposição de recurso de agravo de instrumento, consagrando seu cabimento somente nos casos previstos na Lei ou naqueles suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação. É esse o caso dos autos, razão pela qual conheço do recurso, na forma de instrumento.

Neste juízo de cognição sumária, vislumbro relevante fundamentação a favor da agravante que autorize a concessão do efeito suspensivo ativo pleiteado.

O artigo 655 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispôs que a penhora obedecerá, preferencialmente, a ordem ali enunciada, sendo que em primeiro lugar arrola o *dinheiro*, em espécie ou *em depósito ou aplicação em instituição financeira*.

Na esteira de tal inovação legislativa, sobreveio o artigo 655-A (alterado por inclusão), disciplinando a forma de constrição de dinheiro existente em depósito ou aplicação financeira.

Assim, para viabilizar tal medida, permite-se ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, atualmente o *BACEN JUD*. Vale lembrar que o artigo 185-A do Código Tributário Nacional traz hipótese semelhante, a ser aplicada aos executivos fiscais, impondo seu uso, no entanto, apenas após o esgotamento dos meios existentes à localização de bens penhoráveis.

Entendo, no entanto, que a limitação imposta no Código Tributário Nacional para utilização da penhora *on line* não afeta as demais execuções, isto por que, pretendesse o legislador excepcionar tal medida, teria imposto a mesma ressalva constante do artigo 185-A do CTN. Não bastasse, poderia ter deslocado a penhora em depósito ou aplicação financeira para outros incisos do artigo 655, e não deixado de forma expressa, em seu inciso I, que a penhora obedeceria, *preferencialmente*, a ordem elencada.

Cumprе assinalar que, no presente caso, trata-se de execução de valores referentes às contribuições do FGTS. Assim, apesar da execução obedecer aos ditames da Lei nº 6.830/80, de

acordo com precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, referidos valores não têm natureza tributária, afastando-se, por conseguinte, a incidência das normas do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, o seguinte precedente daquela Egrégia Corte Superior:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. ‘As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS’ (Súmula 353/STJ).

2. O exame de suposta contrariedade a dispositivos da Constituição Federal, mesmo que para fins de prequestionamento, é alheio ao plano de competência desta Corte, porquanto trata-se de matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, AGRESP 200701273341/RS, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 11.11.2008, v. u, DJ 15.12.2008)

O novel regramento, no nosso entender, representa um avanço com vistas a garantir uma maior efetividade da atividade executiva, dado que afasta o caráter excepcional da requisição.

Nesse sentido escólio da lavra do I. Fernando Sacco Neto *in* “Nova execução de título extrajudicial: Lei nº 11.382/2006, comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007:108-111”:

“A partir da entrada em vigor da Lei 11.382/2006, acreditamos que os juízes não poderão condicionar o deferimento da penhora em dinheiro em depósito ou em aplicações financeiras ao eventual insucesso das tentativas do exequente de encontrar outros bens penhoráveis. Em outras palavras, não mais precisarão os exequentes provar a inexistência de outros bens penhoráveis (v. g. Veículos junto ao Detran, imóveis perante os respectivos Cartórios de

Registro de Imóveis e bens eventualmente constantes da declaração de imposto de renda obtida perante a Receita Federal) como condição para obter a penhora *on-line* de dinheiro em depósito e de aplicações financeiras.”

Vale lembrar que se trata de determinar o bloqueio de montante condizente com o valor da execução, e não toda e qualquer quantia encontrada, oportunizando-se, ademais, à parte, a demonstração de que tais valores revestem-se da impenhorabilidade prevista nas hipóteses do artigo 649, IV do estatuto processual, ocasião em que não subsistirá a constrição.

Por fim, apenas para corroborar o que se enunciou, mister assinalar que o Conselho da Justiça Federal, em 28.09.2006, editou a Resolução nº 524 que institucionaliza a utilização do Sistema BACEN-JUD 2.0 no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Em seu artigo 1º consta a seguinte previsão:

“Artigo 1º. Em se tratando de execução definitiva de título judicial ou extrajudicial ou em ações criminais, de improbidade administrativa ou mesmo em feitos originários do Tribunal Regional Federal poderá o magistrado, via Sistema BACEN-JUD 2.0 solicitar o bloqueio/desbloqueio de contas e de ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.

Parágrafo único. No processo de execução, a emissão da ordem em comento poderá ocorrer desde que requerida pelo exequente, face à inexistência de pagamento da dívida ou garantia do débito (arts. 659 do CPC e 10 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), *com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial*; podendo, nas demais ações, tal medida ser adotada inclusive *ex officio*.”

Por fim, entendo perfeitamente aplicável à espécie os ditames do artigo 557, do Código de Processo Civil. Referido artigo, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de

1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, através de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior e, ainda, em seu parágrafo 1º-A, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas hipóteses acima apontadas.

Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. BACENJUD. Obrigatoriedade de cadastramento do magistrado. Art. 2º da Resolução nº 61/08 do CNJ. Precedência da utilização do sistema eletrônico sobre os demais meios disponíveis para a realização das providências do art. 655-A do CPC. - O art. 655-A do CPC, ao mencionar a expressão ‘preferencialmente’, determina que é prioritária a utilização do meio eletrônico para a realização das providências contidas no referido dispositivo, facultando, apenas de forma subsidiária, o uso de outros mecanismos para tal finalidade. - Nos termos do art. 2º da Resolução nº 61/2008 do CNJ, ‘é obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial’. Recurso especial conhecido e provido.”

(RESP 1.043.759/DF, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 25.11.2008, v. u.)

Desta feita, julgo monocraticamente o feito e DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, com supedâneo no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 02 de setembro de 2009.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

Registro 2009.03.00.028573-1

Impetrante: MARIA APARECIDA SOARES CRUZ (= ou > de 60 anos)
Impetrado: SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: MS 318461
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2009

DECISÃO.

Vistos, em decisão.

Trata-se de *mandado de segurança* impetrado por MARIA APARECIDA SOARES CRUZ em face de ato do Superintendente do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em São Paulo - SP objetivando o pagamento de valor em atraso referente a benefício previdenciário nº 42/135.543.991-1.

Cumpra decidir.

O mandado de segurança é ação de cunho constitucional que tem por objeto a proteção de direito líquido e certo.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Ab initio, assevero que o artigo 109, inciso VIII, da Constituição Federal estabelece competência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal.

Artigo 109. “Aos juízes federais compete processar e julgar:”
Inciso VIII “os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.”

Prosseguindo, a competência em se tratando de mandado de segurança se dá em razão da pessoa e não da matéria.

As regras de competência em mandado de segurança se assentam na qualificação da autoridade coatora, e em razão da hierarquia; não pela natureza da pretensão deduzida na ação.

A doutrina mais autorizada a muito pacificou tal entendimento:

(...) “Em mandado de segurança a determinação da competência decorre não da natureza da questão *ratione materiae*, mas da hierarquia da autoridade cujo ato se procura impugnar.” (...). (José Cretella Jr, *In Comentários à Lei de Mandado de Segurança*, 6ª edição, Editora Forense, 1993, p. 298/299)

(...) “A competência judiciária para o mandado de segurança está assentada em dois princípios: a) o da qualificação da autoridade como federal ou local, e b) o da hierarquia, isto é, da graduação hierárquica da autoridade, para efeito de competência no mecanismo das instâncias em cada uma daquelas jurisdições. É uma competência *ratione autoritatis* porque depende da qualificação da autoridade pelo critério acima; e *ratione muneris*, isto é, em razão do cargo ou função da autoridade contra a qual se requer o mandado.” ... -. (In “Do Mandado de Segurança, e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público”, 8ª edição, Editora Forense, 1980, p. 207)

Ao comentar o artigo 2º Lei nº 1.533/51, assim se manifestou Alexandre de Moraes:

“A lei determina a obrigatoriedade de considerar federal a autoridade coatora quando as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado de segurança houverem de ser suportados pela União Federal *ou pelas entidades autárquicas federais*. Nesta hipótese, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, será competente para o *mandamus* a Justiça Federal.”
(in, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação*

Constitucional, Editora Atlas S.A - 2007, 7ª edição, pág. 2587).

A norma que outorga competência à Justiça Federal para julgamento de mandado de segurança contra ato de autoridade federal dispõe sobre *competência em razão da pessoa*, portanto *de natureza absoluta e indelegável*.

Tal interpretação nos leva à conclusão de que, sendo tal competência *de natureza absoluta*, falta a este Tribunal a necessária *jurisdição, como pressuposto processual de existência para julgar o feito*, conforme lição de Nelson Nery Junior (*in*, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10ª ed. 200, pág. 501 e 502) ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do inciso IV, artigo 267 do CPC.

Em conclusão, mandado de segurança contra ato de *superintendente de autarquia federal*, não se insere na competência constitucionalmente atribuída a este Egrégio Tribunal Regional Federal, cabendo à Justiça Federal o seu processamento e julgamento.

Nessa esteira, oportuno colacionar venerando acórdão desta Egrégia Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. AUTORIDADE IMPETRADA NÃO SUJEITA A ESTA CORTE. ARTIGO 108, INCISO I, ALÍNEA ‘C’ DA CARTA MAGNA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTE TRIBUNAL. CASSAÇÃO DA LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

I. OS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SÃO COMPETENTES PARA PROCESSAR E JULGAR ORIGINARIAMENTE OS MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS CONTRA ATO DO PRÓPRIO TRIBUNAL OU DE JUIZ FEDERAL, FACE OS TERMOS DO ART. 108, I, ‘C’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO PODENDO SER DADA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA AO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL PARA O FIM

DE INCLUIR AUTORIDADE ALI NÃO ELENCADE, SOB PENA DE RESTAR CARACTERIZADA HIPÓTESE DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.

II. PROCESSO EXTINTO, SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, FACE A IMPETRAÇÃO SER DIRIGIDA CONTRA ATO DE DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. LIMINAR NÃO CASSADA.” (MS - MANDADO DE SEGURANÇA nº 91.03.026699-0 1ª Seção DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO DJ 17.04.1996 pg 32693)

À vista do referido, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil e inciso XII do artigo 33 do Regimento Interno deste Tribunal Intermediário, *extingo o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil.*

Intimem-se.

São Paulo, 27 de agosto de 2009.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2009.03.00.032976-0

Agravante: MARISA FERNANDES BARBOSA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SANTA ISABEL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AI 385237

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2009

DECISÃO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARISA FERNANDES BARBOSA em face da r. decisão que, em ação de natureza previdenciária proposta contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, indeferiu a antecipação da tutela objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

Em suas razões recursais de fls. 02/07, sustenta a parte agravante a presença dos requisitos necessários à medida de urgência, a fim de se restabelecer o benefício suspenso indevidamente.

Vistos, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

Previsto no art. 59 da Lei nº 8.213/91, o auxílio-doença mantido pela Previdência Social é devido ao segurado incapaz de exercer, por mais de 15 dias consecutivos, sua atividade profissional ou habitual, em razão de enfermidade ou acidente não relacionados ao trabalho.

De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, não tem direito ao benefício aquele cuja “doença ou lesão” preceda à filiação ao regime previdenciário, exceto quando a incapacidade sobrevém conseqüente do respectivo agravamento ou progressão.

Também constitui requisito necessário a carência de 12 contribuições mensais (art. 25, I), dispensada, entretanto, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, de enfermidade de segregação compulsória classificada transitoriamente no art. 151 (art. 26, II), ou para os segurados especiais que comprovem o exercício da atividade rural, na forma da lei (art. 39, I).

Tendo o Senado Federal rejeitado o texto da Medida Provisória nº 242, de 24 de março de 2005, com o que repôs as disposições anteriores, notadamente o parágrafo único do art. 24 da Lei de Benefícios, quem perder a qualidade de segurado poderá aproveitar as contribuições anteriores à nova filiação, mediante o recolhimento de 1/3 das que correspondam à carência estabelecida.

Aliás, mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição, todos que auferiram as prestações mensais do auxílio-doença, estendendo-se tal prerrogativa à hipótese de suspensão indevida do benefício e à falta de recolhimento por força da enfermidade.

Exige-se que a condição incapacitante seja temporária - não importa se parcial, se total -, vale dizer, suscetível apenas de recuperação ou reabilitação à atividade diversa, o que assinala caráter precário ao benefício.

É por isso que, embora assegurado o pagamento do auxílio-doença enquanto persistir a incapacidade laborativa, sua manutenção torna-se passível de ser revista periodicamente em perícia médica designada a critério do INSS, ainda que concedido por determinação judicial, *ex vi* do art. 71 do Plano de Custeio da Seguridade Social.

A teor do art. 101 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, o comparecimento do segurado aos exames médicos periódicos é obrigatório, sob pena de suspensão do benefício, assim como submeter-se aos programas de reabilitação profissional ou tratamentos prescritos e custeados pela Previdência Social, ressalvadas as intervenções cirúrgicas e transfusões sanguíneas, porque facultativas.

Cuidando-se de segurado que exerça duas ou mais atividades vinculadas ao regime previdenciário, e, estando ele impossibilitado de exercer alguma (incapacidade parcial), ainda assim, fará jus ao auxílio-doença quanto à mesma, sem prejuízo da continuidade do trabalho nas outras, desde que a exerça profissão distinta da categoria para a qual fora afastado, estando cientificada a perícia médica de todos os vínculos, nos termos do art. 73 do Decreto nº 3.048/99.

Consoante o art. 61 da Lei nº 8.213/91, a renda mensal inicial - RMI da mencionada prestação equivale a 91% do salário-de-benefício, observadas as disposições subsidiárias.

Assim, com respaldo no direito material expendido, a jurisprudência posicionou-se no sentido de que, atendidos os pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, mostra-se viável a concessão ou restabelecimento do auxílio-doença em sede de tutela antecipada. Precedentes: STJ, 5ª Turma, EDAGA nº 701863, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 277; TRF3, 9ª Turma, AG nº 2006.03.00.035978-6, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 16/10/2006, DJU 15/03/2007, p. 561; TRF3, 10ª Turma, AG nº 2006.03.00.084478-0, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 3/02/2007, DJU 14/03/2007, p. 607; TRF3, 8ª Turma, AG nº 2005.03.0.0080416-9, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazereta, j. 07/08/2006, DJU 13/12/2006, p. 462.

No caso concreto, a parte agravante logrou demonstrar a verossimilhança de suas alegações, conforme documentação médica de fls. 22/24 e 38/47, da qual se infere a persistência da incapacidade para o trabalho, mesmo após o prazo estabelecido pela perícia da Autarquia Previdenciária, em decorrência da enfermidade que lhe acomete, diagnosticada como tumor no fêmur esquerdo, encontrando-se ela em acompanhamento ambulatorial pós-operatório da cirurgia de substituição de endoprótese, realizada há 11 anos, sem previsão de alta hospitalar.

De seu lado, os documentos de fls. 27/37 apontam que a autora fora submetida ao programa de reabilitação profissional do INSS, tendo-lhe sido indicada a recolocação em atividade onde não se exija “deambulação, agachamentos e longos períodos de pé”, porém sem êxito junto ao empregador, que não dispunha de outra função compatível com a qualificação da trabalhadora em serviços gerais, além daquelas que necessitassem das condições físicas para as quais estava impedida (fl. 35).

Igualmente, restou demonstrada a qualidade de segurado, uma vez que se encontrava sob gozo do benefício anteriormente.

Saliente-se que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorre da própria condição de parte beneficiada

pela assistência judiciária gratuita, aliada à natureza eminentemente alimentar dos benefícios previdenciários, pois a demora da prestação jurisdicional definitiva comprometeria sua própria subsistência.

Sob outro aspecto, não se verifica o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, dado o caráter provisório e revogável dessa medida, uma vez que, ausentes os pressupostos ou na eventual improcedência da ação, o Instituto Autárquico poderá cassar o benefício concedido. De qualquer sorte, a norma prevista no art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil deve ser relativizada nas questões de natureza alimentar, mesmo porque a possibilidade de dano irreparável à parte hipossuficiente sobreponha-se, com razão, ao suposto comprometimento dos cofres públicos, por ser este menos gravoso que aquele.

Afinal, advertam-se às partes que, estando a presente decisão fundamentada e em conformidade com a jurisprudência desta Corte, o manejo indevido de embargos de declaração ou de outro recurso protelatório poderá implicar a imposição de multa, além de outras cominações cabíveis.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo*, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, para deferir a tutela antecipada e determinar ao INSS o restabelecimento do auxílio-doença, sem efeitos retroativos, até que a parte autora seja submetida à nova perícia ou a processo de reabilitação profissional (comparecimento obrigatório) *que lhe assegure efetivamente sua recolocação no mercado de trabalho*.

Oficie-se ao agravado a fim de que cumpra a determinação acima, no prazo de 20 dias, sob pena de multa diária a ser fixada oportunamente.

Após as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de setembro de 2009.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

“HABEAS CORPUS”
Registro 2009.03.00.034567-3

Impetrante: DANIELA CRISTINA SILVA
Paciente: ANTONIO HOUSKA
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE BARUERI - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: HC 38021
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2009

DECISÃO.

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado por DANIELA CRISTINA DA SILVA, objetivando a concessão de liminar em favor de ANTONIO HOUSKA, em face do alegado constrangimento ilegal praticado pelo MM. Juíza de Direito do Serviço do Anexo Fiscal de Barueri/SP, consubstanciado na ameaça de decretação da prisão civil do Paciente, com fundamento nos arts. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e 647 e seguintes, do Código de Processo Penal, na hipótese do depositário, ora Paciente, não apresentar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o comprovante da quantia penhorada, nos autos do executivo fiscal nº 3196/96.

Sustenta, em síntese, a impossibilidade da decretação da prisão civil do Paciente, tendo em vista que, no referido executivo fiscal, foi determinada a penhora sobre o faturamento da Executada (Printpack Embalagens e Editora Ltda.), sendo aquele nomeado como depositário do Juízo em 02.05.05, sem, contudo, ter-se observado o disposto nos arts. 677 e 678, do Código de Processo Civil, que determinam a nomeação de um administrador, ao qual incumbe a apresentação de um plano de pagamento.

Aduz, ainda, que o Paciente, em agosto de 2006, sofreu um grave acidente, que lhe ocasionou um traumatismo craniano encefálico, tendo, inclusive permanecido em estado de inconsciência profunda por, aproximadamente, 04 (quatro) meses, o que levou sua ex-cônjuge a requerer sua interdição, diante da sua impossibilidade de praticar atos civis, o que teria o condão de

demonstrar que ele ficou afastado por longo período de suas atividades, pelo que não pode ser responsabilizado pela eventual inobservância do encargo assumido.

Alega, ainda, a impossibilidade da prisão civil, diante do novo entendimento do Pretório Excelso, adotado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Requer a concessão da liminar, com a expedição de imediato salvo-conduto e, por fim, a concessão da ordem (fls. 02/08).

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 09/16.

Tendo sido o presente *Habeas Corpus* impetrado em 08.09.09, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 02), com distribuição ao Excelentíssimo Desembargador Urbano Ruiz, sua Excelência declinou da competência e determinou a remessa dos autos a esta Corte, haja vista que a ameaça de prisão foi praticada nos autos de execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional (fl. 17).

Feito breve relato, decido.

Neste juízo de cognição sumária, verifico a presença dos pressupostos legais necessários à concessão da liminar.

Com efeito, considerando-se o entendimento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 349703 e 466343, inclusive com a revogação da Súmula 619 daquela Corte, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico a possibilidade da decretação de prisão civil do depositário infiel, conforme se extrai das ementas dos julgados que seguem:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer

reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do

depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

(STF, Pleno, RE nº 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 03.12.08, Dje-104, divulgado em 04.06.09, publicado em 05.06.09, p. 675).

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

(STF, Pleno, RE nº 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03.12.08, Dje-104, divulgado em 04.06.09, publicado em 05.06.09, p. 1106).

A par da verossimilhança do alegado direito, vislumbro fundado receio de dano de difícil reparação, traduzido na possibilidade de o mandado de prisão ser cumprido a qualquer momento.

Pelo exposto, DEFIRO o pedido de liminar para determinar seja obstada a expedição de mandado de prisão em razão da infidelidade do depósito atribuída ao Paciente Antonio Housska, na Execução Fiscal nº 3196/96, ou determinar seu recolhimento, caso já tenha sido expedido.

Comunique-se, com urgência, a autoridade Impetrada, solicitando-lhe, inclusive informações.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal (art. 180, do Regimento Interno desta Corte).

Intime-se.

São Paulo, 29 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA -
Relatora

- Sobre o novo posicionamento do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, veja também os seguintes julgados: Ag 2007.03.00.032829-0/SP, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 88/119 e HC 2007.03.00.104974-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 89/384.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2009.03.00.034848-0

Agravantes: CENTRO DE EDUCAÇÃO RELIGIOSA JUDAICA E OUTROS

Agravados: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS
E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: AI 386744

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2009

DECISÃO.

Vistos.

Insurgem-se os agravantes contra decisão que, em ação de conhecimento sob o rito comum ordinário, ajuizada com o fim de que seja autorizada a realização das provas do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, “marcadas para os dias 03 e 04 de outubro, em dia e horário não coincidente com o Shabat (do pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado) ou qualquer outro feriado religioso judaico” (fl. 175), indeferiu a antecipação de tutela pleiteada.

Aduzem constituir-se o ENEM em verdadeira obrigação imposta a todos os estudantes concluintes do ensino médio, na medida em que o acesso a cursos do ensino superior depende, em grande parte, dos resultados obtidos nessa avaliação. Nesse diapasão, sustentam ser necessário o estabelecimento de prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, *in fine*, da Constituição Federal, consistente na realização da referida avaliação em data apropriada, circunstância que, de modo algum, corresponderia à concessão de vantagem em favor dos agravantes, porquanto acarretaria a confecção de outra prova pela instituição organizadora.

Expendem que “a designação de horário de prova em datas coincidentes com as de guarda religiosa, embora sendo ato formalmente igualitário (pois todos os alunos brasileiros submetem-se à mesma condição), e certamente não intencionalmente direcionado para a discriminação de judeus, termina por produzir uma consequência funesta discriminatória, ao alijá-los da participação no Exame, malferindo de morte seus direitos fundamentais” (fls. 08/09).

Asseveram cingir-se o pedido à designação de data para a realização do referido exame, de modo a acarretar a elaboração de prova alternativa, com conteúdo totalmente distinto da avaliação a ser aplicada na data inicialmente designada pelo Ministério da Educação.

Dessarte, argumentam não postular a concessão de qualquer privilégio, mas tão-somente a concretização do princípio constitucional da isonomia ao possibilitar que tais estudantes cumpram esse encargo legal sem que haja qualquer prejuízo à profissão de credo religioso, de forma a “contemplar minorias religiosas de nosso país que são merecedoras de respeito a seu plexo de direitos humanos” (fl. 13), notadamente a liberdade de crença religiosa.

Inconformados, requerem a concessão nesta instância da medida postulada *initio litis* indeferida pelo Juízo de primeiro grau.

Às fls. 188/190, os agravantes informam a redesignação da realização do ENEM para os dias 05 e 06 de dezembro próximos, sábado e domingo, portanto, em data coincidente com o *Shabat*, razão pela qual reiteram o pedido formulado.

DECIDO.

Para aqueles que professam uma religião, a vida é dom de Deus, pois concentra a plenitude de todos os direitos, e sem vida, os direitos não podem ser exercidos.

A República Federativa do Brasil é um Estado laico. Não obstante, consta em seu preâmbulo que a Constituição da República Federativa do Brasil é promulgada sob a proteção de Deus, e é invocando o nome de Deus que a então Assembléia Nacional Constituinte, como representante do povo brasileiro, institui um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a LIBERDADE, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como VALORES SUPREMOS de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos”. (grifou-se)

Em perfeita consonância com os valores consagrados em seu preâmbulo, o artigo 1º, inciso III, erige como um dos fundamentos do nosso Estado a “dignidade da pessoa humana”. Ao assim fazê-lo, consagra a necessidade de tutelar não somente o

direito à vida, mas todo o complexo de direitos necessários a uma existência digna, assegurando ao Homem os meios precisos e fundamentais à formação e desenvolvimento de sua personalidade e ao exercício de seus direitos.

Daí porque, ao assegurar no art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, garante também a inviolabilidade do direito à “liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade”.

Não é sem razão, que logo a seguir à inviolabilidade do direito à vida, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à liberdade. A liberdade é valor supremo e indispensável à construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, tal como preconizado no art. 3º, inciso I, da Carta Constitucional.

Sociedade justa deve ser entendida como “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, como já enfatizado no preâmbulo do Texto Constitucional, e para atingir este desiderato é que o Estado brasileiro assume a obrigação de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, *ex-vi* do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Como se infere do exame dos preceitos constitucionais, não há dignidade humana sem garantia ao direito de liberdade, e o direito de liberdade se manifesta em diversas esferas do ser e do agir do Homem. Por esta razão, a Constituição expressamente tutela a liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), de pensamento (IV), de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), do exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão (XIII), de locomoção (XV), de reunião (XVI), de associação (XVII), de associar-se ou permanecer associado (XX), de titularizar relações jurídicas (XXII), de peticionar (XXXIV), de pleitear a tutela jurisdicional (XXXV), de livre iniciativa no desenvolvimento de atividade econômica (art. 170), etc.

Tutela, ainda, também de modo expresse, a “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais

de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI, CF).

Tal o relevo e a importância atribuída pela Constituição à liberdade de crença que prevê a “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”, e que “ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa”, de acordo com o art. 5º, incisos VII e VIII, respectivamente.

Este o cerne da presente *quaestio juris*, a impossibilidade do exercício de um direito em virtude da religião professada pelos autores.

Indiscutivelmente, a liberdade não é valor absoluto. A máxima popular de que a “minha liberdade termina onde inicia a liberdade do outro” bem o revela e demonstra que todos temos esta consciência. Do mesmo modo, a liberdade do indivíduo cede em prol do “interesse público” e do “bem comum”, conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, que em regra designam, não obstante sua equivocidade, as situações em que o legislador constituinte entendeu por legítima a restrição à esfera da liberdade de ser ou de agir do Homem. Nestes casos, a própria Constituição Federal o indica, como, exemplificativamente, nos incisos II, XIII, XV de seu art. 5º.

Porém, se a restrição é então imposta por norma infraconstitucional, esta há de guardar a necessária e indispensável compatibilidade com os princípios e garantias constitucionalmente estabelecidos, sob pena do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Mas a vinculação aos preceitos e disposições constitucionais obriga tanto o legislador infraconstitucional como o aplicador da norma e o administrador, sempre que a atuação destes possa comprometer o exercício de direitos constitucionalmente assegurados ou, seja necessária a efetivação de direitos dessa natureza, conforme já ensinava Gomes Canotilho. (*In* “Constituição Dirigente e vinculação do legislador - Contributo para a compreensão das normas programáticas”, Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1982, p. 294 a 296).

A Constituição da República Federal Alemã, à semelhança da Constituição brasileira, assegura em seu art. 4º, I, a liberdade de crença e sua inviolabilidade. Ao julgar reclamação constitucional

contra decisão judicial (BVERFGGE 32, 98), a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), assim decidiu:

“Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade (política), a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1(3)). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 (245)). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiam em dogma de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento.” (grifou-se)

(*Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Schwabe, Jurgén, org. Berlin, Konrad Adenauer Stiftung E.V., 2005, p. 352)

Com efeito, a liberdade de crença, manifestação do desenvolvimento do Homem como personalidade autônoma, que livremente

se desenvolve no âmbito da sociedade, é inviolável e não pode ser limitada externamente por norma infraconstitucional ou ato administrativo, seja direta ou indiretamente.

Assim, ato normativo ou conduta administrativa que obsta o exercício de direito em virtude da fé professada pelo indivíduo viola a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da Constituição Federal. Ora, ao assegurar a liberdade de crença a Constituição a exime de ser causa obstativa do exercício de direito legitimamente assegurado ao indivíduo.

Não há sociedade livre sem liberdade de crença religiosa. Dessa forma, incumbe ao Estado, ao planejar e ao executar as tarefas que a constituição lhe atribui, como por exemplo, promover a educação, observar e respeitar a liberdade de crença e a pluralidade de crenças religiosas entre seus integrantes.

Significa então dizer que ao viabilizar o exercício de direito, como no presente caso, a participação no ENEM, de indiscutível interesse para a formação educacional dos autores, não pode o Estado, ainda que indiretamente, impossibilitar a participação de estudantes secundaristas em virtude da fé por eles professada.

Ao assim agir, estaria não somente violando a liberdade de crença, assegurada no art. 5º. VI, mas também o princípio da igualdade (5º, *caput*), pois ao não respeitar a liberdade de crença promoveria o desnível entre indivíduos em idêntica situação jurídica em função da fé por eles professada, a saber, estudantes secundaristas aptos a realizar o ENEM.

Descumprido, outrossim, de modo patente, o estabelecido no art. 5º, VIII, da CF.

Não se esqueça, ainda, que a Constituição Federal elenca entre os objetivos do Estado brasileiro, conforme estabelece o art. 3º, IV, já referido, “promover o bem de todos”, e a promoção do “bem de todos” exige que o Estado observe e respeite a liberdade de crença, evitando a adoção de medidas que acarretem situação desfavorável aos adeptos de determinada fé.

Não é demais recordar o disposto no art. 18 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, da qual o Brasil é signatário, o qual prescreve:

“Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.”

Ademais, cumpre frisar que o exercício dos direitos constitucionais não pode ser condicionado por “dificuldades de ordem prática”.

Saliente-se, por fim, que a realização do ENEM insere-se entre as medidas adotadas pelo Ministério da Educação objetivando melhorar e avaliar o sistema educacional brasileiro. Dessa forma é do interesse do próprio Estado a participação de todo o universo de estudantes secundaristas aptos a realizá-lo, conquanto não haja obrigatoriedade na participação, a teor do art. 5º, *caput*, da Portaria nº 438, de 28/05/1998, do ME, ou seja, trata-se de medida de política pública. Por isso, ao implementá-la deve considerar as específicas situações de uma sociedade plural, como a brasileira, assegurando a todos o direito de dela participar.

Ante todo o exposto, defiro o pedido formulado e determino seja oportunizada aos autores a participação no ENEM, em dia compatível com o exercício da fé por eles professada, a ser fixado pelas autoridades responsáveis pela realização da prova, observando-se o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes.

Comunique-se ao Juízo de origem o teor desta decisão, com urgência.

Intimem-se os agravados, nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de outubro de 2009.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

- Sobre o AI 2009.03.00.034848-0/SP, veja também a decisão proferida no STF pelo Ministro Gilmar Mendes, na STA 389, em 20/11/2009, suspendendo a presente decisão.

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2009.03.99.028734-9

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM EM SÃO PAULO - COREN/SP

Apelada: MARCELA MESQUITA LISBOA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: AC 1444667

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2009

DECISÃO.

1. Trata-se de recurso contra r. decisão prolatada em execução fiscal movida por autarquia corporativa, cujo suposto crédito é inferior a R\$ 10.000,00.

2. Alega-se que o valor ínfimo da dívida não seria causa para a extinção do processo.

3. É uma síntese do necessário.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muito, é pacífica, no sentido da racionalidade do serviço judiciário, de modo a impedir disfuncionalidades manifestas, como é o caso em exame.

5. No que concerne ao crédito público, propriamente considerado, a Lei Federal nº 7799/89 deferiu ao Ministro da Fazenda a prerrogativa de “dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento, de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança” (art. 65, par. único).

6. O Poder Judiciário consolidou, então, jurisprudência substancial, para afirmar que a racionalidade vinculada à definição dos “critérios de custos de administração e cobrança” não estava circunscrita à autoridade do Poder Executivo, de modo que, em qualquer ação, cabia ao magistrado exigir um mínimo de preservação da realidade econômica, não apenas relacionada ao interesse da parte, mas em consideração, também, ao custeio da máquina judiciária. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no tema.

RE 378035/SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a) Min. MOREIRA ALVES DJ DATA - 05/05/2003
P - 00105

Julgamento 02/04/2003

“DESPACHO: 1. É este o teor da decisão proferida em embargos infringentes: ‘Os embargos devem ser rejeitados. O embargante nada inovou em suas razões, trazendo à baila alegações já apreciadas na sentença. No que respeita à falta de interesse processual, a orientação da extinção da ação em causas de valor ínfimo tem amparo na doutrina pátria. Nesse sentido: A sobrecarga decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores realmente expressivos, já que as grandes e pequenas causas fiscais seguem praticamente o mesmo rito processual (Lei nº 6.830/80). Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos e inibir a sonegação, os processos de valores irrisórios congestionam a máquina judiciária e prejudicam o andamento da execução de valores expressivos, tudo em prejuízo do interesse público (*Lei de Execução Fiscal comentada e Anotada*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 307, de Manoel Álvares, Maury Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão). A jurisprudência tem acolhido esse entendimento, a saber: “Execução, valor ínfimo, inexistente interesse processual na execução da quantia de significância mínima, a demandar despesas consideravelmente superiores ao crédito pretendido” (TRF - 1ª região, Ap. nº 96.01.02701-7 MG, rel. Juiz Jirair Aram Menguerian, J. 25/03/96, p. 57.748). Persiste, pois, a sentença tal como lançada. Ante o exposto, rejeito os embargos, mantendo a decisão recorrida, devendo a embargante arcar com as despesas comprovadas pela parte contrária, com fundamento no disposto no art. 39 e seu parágrafo, da Lei de execução Fiscal. Ao curador nomeado, arbitro os honorários de 223,04. Com o trânsito, expeça-se a certidão.’ (fls. 52/53) Interposto recurso extraordinário,

foi ele admitido pelo seguinte despacho: ‘1. Subam os autos ao E. Tribunal Superior Federal, com as cautelas de praxe e as homenagens deste Juízo. 2. Providencie a serventia o traslado necessário.’ (fls. 78) 2. É evidente que, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de que não é cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário (cfe. RE 240.250). 3. De outra parte, esta Primeira Turma, ao julgar os RREE 225.564 e 217.952, decidiu que a alegação de violação ao artigo 2º da Constituição pela circunstância de a decisão recorrida haver extinto a execução fiscal pela falta de interesse do autor era alegação de ofensa indireta à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. 4. Por fim, a decisão recorrida não ventilou as demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). 5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso. Brasília, 02 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.”

RE 241017/SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE DJ DATA - 12-02-99

P-00029 Julgamento 15/12/1998

“DESPACHO: A sentença objeto do RE - começando com a invocação do douto Cândido Dinamarco, (*Execução Civil*, ed. RT, 2ª ed, v. 2/229) para quem há falta do interesse de agir, quando ‘a atividade preparatória de provimento custe mais em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem em vantagens que dele é lícito esperar’ -, como em numerosos casos similares de Estância de Atibaia, extinguiu a execução fiscal movida pelo Município fundada em crédito tributário de valor insignificante. E aduziu: ‘A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança

de valores ínfimos, que não traduz a utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exeqüente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despende cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestiona a “máquina” judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*, ed. RT., 1996). Estes fatos tornam obrigatório o reconhecimento da ausência do Interesse Público de Agir da exeqüente no presente processo, em face do valor da dívida. O prosseguimento da ação mostra-se antieconômico, pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado. Esta conclusão não se confunde com os institutos da anistia e remissão. Não está sendo julgada a existência do crédito tributário, nem declarada a sua extinção ou exclusão. Respeitados os prazos prescricionais, a soma de créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade.’ Rejeitados os embargos infringentes e expresso, no julgamento de embargos de declaração, a inexistência de contrariedade do art. 30, III, da Constituição - autonomia dos municípios para ‘instituir e arrecadar os tributos de sua competência’ - nela insiste o Município no recurso extraordinário, fundamento a que adita o do princípio da independência e harmonia dos poderes (CF, art. 2º). O RE admitido no juízo a quo, porém, é inviável, ainda quando, com alguma liberalidade, se reputem prequestionados os temas constitucionais. Com efeito. Nem a independência do

Poder local, nem a autonomia do município para arrecadar os tributos de sua competência o dispensam - para valer-se a tanto da via jurisdicional - da satisfação das condições da ação, entre elas, o interesse processual de agir. A existência ou não do interesse de agir - fundamentadamente negada pela sentença recorrida - é questão de Direito Processual ordinário, cuja solução não é revisível na instância do recurso extraordinário. De resto, em casos idênticos, à mesma conclusão tem chegado diversos Ministros da Casa (v. g., RE 236.591, Moreira, DJ 23.11.98; RE 235.186, Gallotti, DJ 25.11.98; RE 236.943, Velloso, DJ 06.11.98; RE 235.242, Corrêa, DJ 20.10.98). Nego seguimento ao recurso extraordinário. Brasília, 15 de dezembro de 1998 Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator RE 240250/SP - SÃO PAULO.”

RE 240250/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 15/06/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA - 06-08-99 PP-00052 EMENT VOL-01957-20 PP-04350

“EMENTA: Execução fiscal. - A única questão constitucional prequestionada, porque ventilada na decisão prolatada em embargos infringentes - as demais não o foram (súmulas 262 e 356) - é a relativa ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). É evidente, porém, que por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir não se pode pretender, por se entender que não cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.”

RE 252965/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/03/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA - 29-09-00 PP-00098 EMENT
VOL-02006-04 PP-00793

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.”

AI 388397/RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Julgamento 16/05/2002

Relator(a) Min. ELLEN GRACIE DJ DATA - 17/06/2002
P - 00081

AGTE: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM
RADIOLOGIA - 4ª REGIÃO/RJ

AGDO.: GILSON ALVES CAVALHEIRO

“A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base em lei processual (artigos 267, § 3º e IV e VI e 598 do CPC), por entender que o agravante não possui interesse processual para intentar execução fiscal, de acordo com as Leis 6.830/80 e 9.649/98. Sem lugar a alegação de ofensa aos artigos 37, XIX e 149, *caput*, da Constituição, não dando margem, portanto, ao cabimento do recurso extraordinário interposto também com base na alínea ‘b’ do permissivo constitucional, por não alcançar nível constitucional a controvérsia posta nos autos. Veja-se o AGRAG 153310, DJ de 21.06.96, o AGRAG 255669, DJ

de 16.06.00, o RE 240941, DJ de 12.02.99 e o RE 197931, DJ de 19.10.01. Nego, portanto, seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 16 de maio de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.”

7. Durante a evolução da questão, a Lei Federal nº 10.522/02, com a nova redação da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, deu parâmetro econômico para a racionalidade no uso da máquina judiciária e inovou com a solução do arquivamento provisório. Confira-se o seu artigo 20: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); § 1º - Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados”.

8. Não cabe dizer que a solução é inconveniente aos conselhos de interesse das corporações autárquicas. De um lado, seria interditar a cobrança do crédito público, porque o Poder Judiciário tem limite operacional e deve ser preservado em certas circunstâncias, e, de outro, resguardar a máquina judiciária para a cobrança de anuidades e multas corporativas.

9. Na ausência de lei, para a disciplina das execuções de valor ínfimo movidas por conselhos corporativos, deve ser aplicada, por analogia, a norma própria ao crédito público.

10. Por estes fundamentos, dou parcial provimento à apelação, para reformar a sentença extintiva e determinar o arquivamento provisório da execução fiscal (artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil).

11. Comunique-se.

12. Publique-se e intimem-se.

13. Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao digno Juízo de 1º Grau.

São Paulo, 19 de agosto de 2009.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA -
Relator

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL

AÇÃO PENAL

Registro 2001.61.02.001698-5

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES E MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: APN 208

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2009

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. FUNCIONAMENTO DA EMISSORA “RADIO NOSSA FM”, NO MUNICÍPIO DE TERRA ROXA/SP, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO.

- O enquadramento penal, nas hipóteses em que verificada a ausência de prévia autorização à instalação de equipamento e utilização dos serviços de radiodifusão, dá-se pelo artigo 183 da Lei 9.472/97, que estipula pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, além de multa. Precedentes dos Tribunais.

- Correta a definição jurídica dada aos fatos, afasta-se eventual alegação de prescrição, que, com base no máximo da pena cominada abstratamente, nos termos da tabela do artigo 109 do Código Penal, alcança 8 (oito) anos para os delitos em questão.

- Preliminar arquivada em razões escritas: a nulidade decorrente do indeferimento de diligência solicitada e o alegado cerceamento de defesa não se sustentam, porquanto irrelevante, ao deslinde da causa, a transcrição fonográfica do material entregue pelos co-réus, a quem cumpriria, caso

entendessem imprescindível à busca da verdade real a medida, providenciar a realização da perícia anteriormente ao encerramento da instrução. Prova da alegação que incumbe a quem a fizer. Inteligência do artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

- O desenvolvimento de atividade de telecomunicações de forma clandestina, sem o aval do Estado, é delito formal, que independe de resultado naturalístico para consumação, suficiente o perigo de dano abstratamente considerado.

- Instrução criminal: prova material dos crimes apurados.

- Provas diretas: perícias realizadas, interrogatórios dos réus, depoimentos de testemunhas, documentos juntados.

- Provas indiretas: indícios que abarcam os delitos (artigo 239 do Código de Processo Penal).

- Livre apreciação das provas (artigo 157 do Código de Processo Penal): a prova indiciária possui o mesmo prestígio das provas diretas no sistema persecutório; ausente hierarquia de provas, cumpre ao juízo imprimir-lhes o valor adequado.

- Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas: manutenção de estação retransmissora de sinal de rádio, sem permissão do órgão competente, a serviço da “Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa”, criada para fomentar e divulgar, juntamente com o periódico “Nosso Jornal”, os assuntos e atividades de interesse dos acusados, ligados à administração do município.

- Fragilidade e insubsistência das teses defensivas, infundadas e contraditórias, por vezes, incompatíveis entre si, caracterizadas por confiarem a exclusividade das atividades a Wainer Milanez, antigo responsável pela emissora, falecido em 29 de maio de 2000, anteriormente, portanto, às apreensões em 18 de outubro de 2000 e 6 de dezembro de 2002 dos equipamentos utilizados para operação da “Rádio Nossa FM”.

- SAMIR ASSAD NASSBINE, “o grande idealizador da ADCCTR - RÁDIO NOSSA”: médico, ex-Secretário de Saúde de Barretos/SP e Prefeito de Terra Roxa/SP por três

ocasiões, valia-se da rádio (inicialmente instalada nos fundos do terreno em que localizado seu consultório) para promover entrevistas e, tal como por meio do “Nosso Jornal”, divulgar campanhas e trabalhos desenvolvidos pela referida associação, anunciando eventos e informando a população sobre seus feitos.

- JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, servidor público municipal, “Diretor de eventos da ADCC-TR - Rádio Nossa”, à frente dos negócios da rádio após a morte de Wainer Milanez, além de possuir programa de música sertaneja, e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, secretário de esportes em Terra Roxa/SP desde 2001, “Diretor de esportes da ADCC-TR - Rádio Nossa” e responsável pelo editorial do “Nosso Jornal”, com participação na rádio em quadro diário sobre esportes, cuidando, ainda, do recebimento das verbas de patrocínio da emissora: interesse de ambos em ficar em evidência e, principalmente, em agradar SAMIR ASSAD NASSBINE, empenhando-se na propagação das realizações da gestão do co-réu.

- O fato de a rádio ter sido fechada no final de 2000 e posteriormente reaberta, novamente sem a devida autorização, revela que os co-réus detinham pleno conhecimento da ilegalidade do ato praticado, em nada servindo à exclusão da inequívoca responsabilidade dos mesmos a singela imputação a pessoa falecida meses antes, nem sequer o desconhecimento do funcionamento de modo ilegítimo.

- Existência de vasto conjunto probatório a denotar que SAMIR ASSAD NASSBINE, com a concorrência de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, colocaram em funcionamento, em duas oportunidades, a emissora, sem a competente concessão, sempre com o intuito de manter em realce as atividades desenvolvidas, utilizando-se da clandestinidade para atingir interesses políticos e também particulares, configurado, em ambas as oportunidades, o crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, em concurso material (CP, artigo 69),

por se tratarem de delitos autônomos entre si.

- Absolvição (CPP, art. 386, V) de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA: embora tenha inicialmente tomado parte nas atividades da rádio, não foram colhidas provas suficientes de que o réu, motorista da Prefeitura, concorreu para a infração penal, não restando demonstrada sua ligação com a estrutura utilizada nas transmissões e no cotidiano da emissora, ou, ao menos, que guardasse ciência da clandestinidade, tanto que, após o primeiro fechamento, nada mais se referiu sobre sua participação.

- Dosimetria: fixação de pena mínima que se afasta em razão dos motivos e circunstâncias dos delitos perpetrados, merecendo reprimenda com patamar inicial elevado nas penas a serem cominadas; alto grau de reprovabilidade das condutas, comprometendo a normalidade dos serviços de radiodifusão, a revelar a necessidade de resposta inibidora do Estado com eficiência e rigor, justificando o aumento também a importância da condição dos acusados e, em relação a SAMIR ASSAD NASSBINE, o número exacerbado de inquéritos e processos-crime em seu nome, se não como maus antecedentes, na valoração da conduta pessoal, demonstrando personalidade voltada à prática delituosa e à má conduta social.

- Pena-base privativa de liberdade, com relação ao primeiro delito (18/10/2000): 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 1 (um) mês de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, exacerbada esta última em grau menor em razão da conduta social favorável do co-réu, professor e coordenar esportivo.

- Culpabilidade das condutas perpetradas - maior em relação a SAMIR ASSAD NASSBINE, por sua condição de prefeito municipal e “presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa”, concentrando os poderes de gerência

da emissora - que se apresenta ainda mais acentuada no que concerne ao segundo crime, impondo superior censura a intensidade do dolo, evidenciado com a reativação da rádio, após a primeira apreensão levada a efeito pela autoridade policial e instauração de inquérito policial para apuração dos fatos.

- Pena-base privativa de liberdade, quanto ao segundo delito (06/12/2002): 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES.

- Delimitação da sanção pecuniária em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por crime, para cada réu, nos exatos termos do artigo 183 da Lei 9.472/97 e na esteira da jurisprudência das turmas criminais deste Tribunal.

- Inexistentes agravantes ou atenuantes, nem sequer causas de aumento ou diminuição, tornadas definitivas e somadas, conforme o artigo 69 do Código Penal, resultam as penas privativas de liberdade em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, além da condenação dos acusados ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) cada um, a título de multa.

- Incabível a substituição por penas restritivas de direito na forma do artigo 44 do Código Penal, dada a quantidade de reprimenda imposta, que ultrapassa o mínimo legal de 4 (quatro) anos.

- Regime inicial de cumprimento de pena: semi-aberto (artigo 33, *caput* e § 3º, do Código Penal), permitindo-se aos acusados recorrerem em liberdade.

- Efeitos extrapenais da condenação: decretação da perda em favor da Agência Nacional de Telecomunicações dos

equipamentos apreendidos, empregados na atividade clandestina de radiodifusão (artigo 184, II, da Lei 9.472/97).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decidiu o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação penal para condenar, como incurso no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, os réus SAMIR ASSAD NASSBINE, às penas definitivas de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, às penas definitivas de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, às penas definitivas de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); fixar como regime inicial de cumprimento da pena o semi-aberto, permitindo-lhes recorrer em liberdade; decretar a perda dos equipamentos apreendidos em favor da Agência Nacional de Telecomunicações; e absolver o réu MARCO ANTONIO CARDOSO PEREIRA, com fulcro no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, tudo isso, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais Consuelo Yoshida (convocada para compor quórum), Lazarano Neto (convocado para compor quórum), Leide Polo (convocada para compor quórum), Eva Regina (convocada para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), André Nekatschalow (convocado para compor quórum), Anna Maria Pimentel, Diva Malerbi, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Salette Nascimento e Suzana Camargo.

Vencidos, parcialmente, os Desembargadores Federais André Nabarrete e Fábio Prieto que acompanhavam a Relatora, divergindo tão-somente no sentido de aplicar também a pena de perda do cargo a todos os que exerçam função pública, nos termos do artigo 92, inciso I, alínea “b”, do CP.

O Desembargador Federal Nelton dos Santos (convocado para compor quórum) procedia a uma nova classificação legal, enquadrando os fatos no tipo penal do artigo 70 da Lei 4.117/62 e, por conseguinte, reconhecia a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação à primeira conduta imputada aos acusados, declarando extinta a punibilidade, com fulcro no artigo 109, inciso V, c. c. artigo 107, inciso IV, ambos do CP, e em relação à segunda conduta votava no sentido de ser aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestar-se acerca de eventual transação penal, com fulcro no artigo 383, do CPC. Vencido no enquadramento, manifestou sua concordância com a Relatora quanto à prova e a circunstância do artigo 59, divergindo, no entanto, no concernente à pena de multa, por entendê-la inconstitucional, e também votou pela aplicação da perda do cargo a todos os acusados que exerçam cargo público.

O Órgão Especial, por maioria, rejeitou incidente suscitado pelo Desembargador Federal Nelton dos Santos (convocado para compor quórum) de instauração da inconstitucionalidade do valor da multa, previsto na parte final do artigo 183, da Lei 9.472/97, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazereta (Relatora), no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais Consuelo Yoshida (convocada para compor quórum), Lazarano Neto (convocado para compor quórum), Leide Polo (convocada para compor quórum), Eva Regina (convocada para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), André Nekatschalow (convocado para compor quórum), Diva Malerbi, André Nabarrete, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Sallette Nascimento, Fábio Prieto e Suzana Camargo, ausente, ocasionalmente, a Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel.

São Paulo, 03 de dezembro de 2008.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA -
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Relatora

THEREZINHA CAZERTA (Relatora): O Ministério Público Federal, em 31 de janeiro de 2006, ofereceu denúncia (fls. 02/06) contra SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, imputando-lhes a prática, em concurso material, de atividades tipificadas no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, c. c. artigos 29, *caput*, e 69, ambos do Código Penal, assim vazado o exercício acusatório:

“Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no *dia 18 de outubro de 2000*, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Justiça Federal, em Ribeirão Preto/SP, agentes de fiscalização da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, juntamente com agentes da Polícia Federal, interromperam o funcionamento de uma estação de radiodifusão sonora, denominada RÁDIO NOSSA FM, localizada na Rua José Demarch, s/n, Jardim São Paulo, Município de Terra Roxa/SP, onde estava sendo operada, sem a devida autorização do poder concedente (fls. 98), atividade de Telecomunicação.

Os equipamentos de radiodifusão da RÁDIO NOSSA FM estavam instalados e em pleno funcionamento, quando da chegada da Equipe Policial ao local (fls. 62/63), de modo que, no local vistoriado, foram apreendidos os instrumentos, devidamente especificados, no Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 06), em especial, um transmissor de radiofrequência em FM, da marca Montel, sem plaqueta de identificação (fl. 04), além de ter sido encontrado, no local, o locutor BERNARDO MARINOSCHI NETO, fatos estes testemunhados por JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI.

O exame pericial realizado pelos Peritos Criminais Federais, do Departamento de Polícia Federal (fls. 25/26), nos objetos apreendidos na emissora de rádio, concluiu que o transmissor operava na frequência de 104,9 MHz, com potência

de, aproximadamente, 25 Watts.

Indagado sobre os responsáveis pela RÁDIO NOSSA FM, BERNARDO MARINOSCHI NETO afirmou que trabalhava apenas como locutor na rádio em epígrafe (fl. 73), apontando como responsáveis pela instalação e funcionamento da aludida emissora clandestina, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI, JOÃO AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO, e como proprietário dos equipamentos apreendidos, o Prefeito SAMIR ASSAD NASSBINE.

Ocorre que, segundo noticiado por BERNARDO MARINOSCHI NETO (fls. 73/74), mesmo após a apreensão do transmissor supramencionado, a RÁDIO NOSSA FM voltou a operar, sob a supervisão de JOAO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA (fl. 108), na mesma localidade, com um novo transmissor, fato este, devidamente, constatado por agentes da Polícia Federal, que retornaram à sede da emissora clandestina (Rua José Demarch, s/n, Jardim São Paulo), em *06 de dezembro de 2002*, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo MM. Juiz da 8ª Vara Federal de Ribeirão Preto.

Procedeu-se, nesta última diligência, à nova interrupção da atividade de telecomunicação desenvolvida na sede da RÁDIO NOSSA FM, assim como foram apreendidos os equipamentos, especificados no Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 109, dentro estes, um transmissor sem marca.

Segundo restou apurado no inquisitório, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES (fl. 131), MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA (fl. 181) e JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA (fls. 124/125), todos, na época, servidores públicos municipais da Prefeitura de Terra Roxa, além de SAMIR ASSAD NASSBINE, Prefeito Municipal daquele Município, desenvolveram atividades de telecomunicações, durante o período em que a emissora esteve em funcionamento, sem a devida licença.

Com efeito, consta dos autos de inquérito policial que JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES freqüentava a emissora de RÁDIO NOSSA FM diariamente, para transmissão de programa esportivo e outros eventos ligados à área esportiva (fls. 131).

Igualmente, verificou-se que MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA tinha um programa próprio, na RÁDIO NOSSA FM, aos sábados (fl. 181), enquanto que JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA desempenhava a função de locutor de programa sertanejo, na referida emissora de Rádio (fl. 124), comprovando-se que ambos contribuíam no desenvolvimento de atividades de telecomunicação.

Ficou evidenciado, outrossim, nos depoimentos colhidos no inquisitório, que SAMIR ASSAD NASSBINE não só participou e concedeu entrevistas em diversos programas da RÁDIO NOSSA FM, como também chegou a instalar a emissora, em imóveis de sua propriedade, mesmo sabendo que a referida RÁDIO não possuía as necessárias licenças de funcionamento (fls. 73/74, 223/227 e 239/241).

Ademais, tendo sido constatado que os denunciados restabeleceram atividade de telecomunicação, sem autorização do órgão competente, em 06 de dezembro de 2002, com a aquisição de novos equipamentos de transmissão, conforme consta no auto de apresentação e apreensão de fls. 108/109, é de fácil ilação o dolo dos denunciados em utilizar, indevidamente, freqüência não autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a teor do disposto no artigo 21, inciso XII, alínea 'a', da Constituição Federal, desenvolvendo atividades de telecomunicação, de forma clandestina, conforme tipo penal previsto no artigo 183 da Lei nº 89.472/97, que assim dispõe:

‘Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente concorrer para o crime.’

Avulta, assim, a intenção dolosa dos ora denunciados que, de forma livre e consciente, previamente ajustados e com unidade de desígnios, fizeram operar, por duas vezes, emissora de radiodifusão, denominada RÁDIO NOSSA FM, sem autorização do órgão público competente, conforme atestam as apreensões dos equipamentos de telecomunicação realizadas, em 18 de outubro de 2000 (fls. 03/05) e em 06 de dezembro de 2002 (fl. 109).

À luz de todo o exposto, o Ministério Público Federal DENUNCIA SAMIR ASSAD NASSBINE, atual Prefeito de Terra Roxa/SP, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, como incurso no delito, inculpado no artigo 183, da Lei 9.472/97 (duas vezes), c/c com os artigos 29, *caput*, e 69, ambos do Código Penal, devendo os acusados serem notificados para oferecimento de resposta, consoante o artigo 4º da Lei nº 8.038/90 c/c o artigo 1º da Lei nº 8.658/93, prosseguindo-se, após o recebimento desta, nos demais termos do processo, até final julgamento e condenação.”

Os acusados foram notificados para apresentação de resposta preliminar, a teor do disposto no *caput* do artigo 208 do Regimento Interno do Tribunal e no artigo 4º da Lei nº 8.038/90.

À fl. 279, juntada certidão de óbito de Wainer Milanez.

Resposta preliminar de SAMIR ASSAD NASSBINE às fls. 310/321.

Resposta preliminar de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTONIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 324/331.

Às fls. 390/393, Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Transmissor de Radiofrequência) nº 1115/06-SR/SP, referente ao material arrecadado em 06 de dezembro de 2002.

Em 31 de agosto de 2006, de forma unânime, a *denúncia*

foi integralmente *recebida* pelo Órgão Especial (fls. 464/494), portando, a ementa do julgado, a seguinte redação:

“EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS. INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME.

- Atividades clandestinas de radiodifusão (artigo 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997): funcionamento da emissora Rádio Nossa FM, no Município de Terra Roxa/SP, sem a devida autorização do Poder Público.

- Apreensão, em duas oportunidades, de equipamentos utilizados para operação da rádio. Provas testemunhais e documentos. Elementos suficientes ao reconhecimento de materialidade e autoria dos crimes imputados, em concurso material, implicando na verossimilhança do exercício acusatório.

- Insubsistência da inépcia ou rejeição da inicial, ante a presença dos requisitos constantes dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal. Exposição inequívoca das condutas criminosas. Descrição das circunstâncias dos delitos perpetrados.

- Denúncia integralmente recebida, com a instauração de processo penal contra SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decidiu o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, receber a denúncia, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora, com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, ALDA

BASTO, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANNA MARIA PIMENTEL, BAPTISTA PEREIRA, SUZANA CAMARGO, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, RAMZA TARTUCE, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JUNIOR e FÁBIO PRIETO.”

À fl. 498, determinada a expedição de carta de ordem à Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, para *citação* dos réus e designação dos respectivos interrogatórios.

Termos de interrogatório de SAMIR ASSAD NASSBINE, às fls. 516/519; JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, às fls. 520/522; JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, às fls. 523/525; e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 526/528.

Defesas prévias de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 531/533, e, às fls. 535/544, de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES (documentos às fls. 545/606).

Termos de depoimento das *testemunhas de acusação* Aroldo Silva Rezende, agente da Polícia Federal, à fl. 638; Cláudio Crepaldi Leitão, agente da Polícia Federal, à fl. 639; Bernardo Marinoschi Neto, locutor da rádio à época da primeira apreensão, às fls. 640/643; Sonia Maria do Nascimento Alves, à fl. 644; Luis Carlos Padovan, às fls. 645/647; e Maria de Lourdes Cardoso Pereira Fescina à fl. 655.

Termos de depoimento das *testemunhas de defesa* Elcio Antônio Bresqui, funcionário público municipal, às fls. 755/756; Maria das Dores, funcionária pública municipal, companheira de Wainer Milanez, às fls. 757/758; Carlos Alberto Braga Marques, funcionário público municipal, irmão do co-réu JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, às fls. 759/760; Flávio Cardoso Pereira, vereador em Terra Roxa/SP, irmão de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 761/762; Antônio Carlos Casimiro Junior, funcionário público municipal, às fls. 763/764; Antônio José Cardoso Pereira, primo do co-réu MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 765/766; Luiz Carlos Lopes, à fl. 767; e Uebe Rezeck, Deputado Estadual, às fls. 796/802.

Requerimentos de diligências do Ministério Público Federal às fls. 819/820 (documentos às fls. 821/824).

Requerimentos de diligências de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA às fls. 826/828 (documento à fl. 829).

Em 5 de novembro de 2007, sobreveio a decisão de fls. 831/832:

“Vistos, em apreciação aos requerimentos de diligências apresentados pelas partes, nos termos dos artigos 10, da Lei nº 8.038/90, e 213, do Regimento Interno desta Corte.

Fls. 819/820, requerimentos da Procuradoria Regional da República, objetivando ‘sejam juntados, nos autos, os documentos enviados pela empresa Telefônica e pela COHAB - Ribeirão Preto, dando-se vista dos referidos documentos aos réus, em observância ao princípio do contraditório’; ‘tendo em vista a informação contida nos documentos encaminhados pela empresa Telefonica, no sentido de que os números da linha de telefone (17 - 3395-1295 e 17 - 3395-1515) utilizados pela Rádio Nossa FM pertencem, respectivamente, a Antonio Mario Orlando, desde 14/12/1984 até a presente data, e a Claudiney de Castro, desde 13/07/1994 até a presente data, sejam estes intimados e ouvidos, conforme endereços constantes nos citados documentos, a fim de que seja esclarecida a propriedade dessas linhas telefônicas, bem como o possível envolvimento deles nos fatos apurados nesse processo’; e ‘seja aberta vista do feito em referência, a fim de que se possa analisar o conteúdo das declarações feitas pelas testemunhas de defesa, conforme requerido anteriormente’.

Fls. 826/828, manifestação da defesa de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA e MARCO ANTONIO CARDOSO PEREIRA, solicitando a juntada de mídia digital – ‘fita gravada de um programa televisivo levado ao ar em 29 de abril de 2000, denominado “Programa Turma da Alegria”, exibido pela TV - Clube de Ribeirão

Preto, afiliada à Rede Bandeirantes de Televisão, onde o Sr. Wainer Milanez faz expressa menção à Rádio aqui discutida' (fl. 829) - e 'a gravação do disco DVD em anexo, no sentido de demonstrar a autenticidade do mesmo, bem como trazer à baila as palavras proferidas pelo Sr. Wainer Milanez quanto à Rádio Nossa FM'.

Passo a decidir.

1) Porquanto detentores de informações relevantes ante o colhido ao longo da instrução criminal, podendo auxiliar na busca da verdade material, impondo-se necessária a tomada dos depoimentos, mediante impulso oficial, defiro a oitiva de Antonio Mario Orlando e Claudiney de Castro, determinando, a tanto, a expedição de carta de ordem à Subseção Judiciária de Ribeirão Preto - SP.

2) A transcrição fonográfica do material entregue pelos acusados, nesta fase procedimental, apresenta-se despidiende. Suficiente à formação da prova a base de armazenamento em que introduzida aos autos, nada está a indicar, ao menos por ora, e até que sobrevenha oposição do órgão ministerial, a obrigatoriedade de gravação por perito judicial para averiguar a autenticidade do documento, mormente se o que se pretende demonstrar, consoante alegado, é que 'em determinado momento, aproximadamente aos 33 minutos da gravação, o Sr. Wainer Milanez, que participava da competição defendendo o Município de Terra Roxa, interpelado pelo apresentador, diz ser locutor em Rádio'. Evidente que, se assim tencionar, a defesa, em atendimento ao disposto no artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, poderá providenciar a realização da perícia, antes do encerramento da instrução, ao tempo das provas em andamento, cabendo ao Juízo aferir.

3) Dê-se ciência aos réus dos documentos encartados às fls. 819/824, encaminhando-se cópias.

4) Dê-se vista ao Ministério Público Federal, conforme requerido, a fim de que se manifeste, inclusive, sobre a gravação encartada à fl. 829.

Intimem-se."

Manifestação da Procuradoria Regional da República às fls. 839/840, do seguinte teor:

“1 - Ciente da decisão de fls. 831/832 e dos documentos de fls. 753/767.

2 - No tocante ao pedido de degravação do ‘disco DVD’ de fl. 829, com o objetivo de demonstrar, eventualmente, que Wainer Milanez seria o verdadeiro proprietário da Rádio Nossa FM, entende esse Órgão Ministerial que referida providência revela-se totalmente despicienda.

De fato, conforme mencionam Samir Assad Nassbine, João Luiz Amâncio Vieira e Marco Antônio Cardoso Pereira, consta no citado DVD ‘a gravação de um programa televisivo levado ao ar em 29 de abril de 2000, denominado “Programa Turma da Alegria”, exibido pela TV - Clube de Ribeirão Preto’, em que Wainer Milanez ‘diz ser locutor em Rádio’ (fl. 827).

Ora, primeiramente, a circunstância de Wainer Milanez ter dito que seria ‘locutor em Rádio’ não implica concluir que ele estaria afirmando ser o proprietário da referida emissora de rádio.

Ademais, bem de se notar que Wainer Milanez faleceu em 29 de maio de 2000, conforme atesta a certidão de óbito de fl. 279, de modo que a denúncia descreveu fatos ocorridos em 18 de outubro de 2000 e em 06 de dezembro de 2002, razão pela qual é certo afirmar que Wainer não poderia mais ser considerado proprietário da Emissora de Rádio em questão no momento em que ocorreram os fatos narrados na peça acusatória.

Dessa forma, nos termos do disposto no artigo 184, do Código de Processo Penal, há que ser mantida a denegação do pedido de transcrição fonográfica do material acostado à fl. 829, eis que se mostra totalmente desnecessária a prova pericial requerida, mormente considerando a existência de outros elementos de prova (testemunhal) existentes nos autos, relatando que o senhor Wainer Milanez seria

o proprietário da Rádio em análise.

Outrossim, eventual ausência da realização da perícia solicitada não ensejaria qualquer nulidade, diante da ausência de qualquer prejuízo, em função de Wainer Milanez ter falecido em período anterior à ocorrência dos fatos descritos na peça acusatória, sendo, portanto, irrelevante demonstrar que ele teria sido, supostamente, proprietário em algum momento do passado.”

Termos de depoimento das *testemunhas do juízo* Antônio Mário Orlando, à fl. 866, e Claudiney de Castro, funcionário público municipal, à fl. 867.

Alegações finais do Ministério Público Federal às fls. 873/884. Segundo o órgão ministerial, “a materialidade e a autoria delitivas restaram incontroversas”. Refere que “para a comprovação da materialidade, observam-se o Mandado de Busca e Apreensão (fl. 11), Auto de Apoio Técnico à Polícia Federal (fl. 12), Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 14), Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Rádio Transmissor) (fls. 33/34), Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 117), Termo de Arrecadação (fl. 120), Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Transmissor de Radiofrequência) (fls. 390/393)”, “incontestável, portanto, que no local dos fatos, operava-se atividade de Telecomunicação, mais precisamente nas frequências 104,9 MHz (fl. 34) e 102,9 MHz (fl. 391), denominada ‘RÁDIO NOSSA FM’”, afinal, “mencionada rádio não possuía a outorga da Anatel, poder concedente, para executar o serviço de Radiodifusão, conforme ofício à fl. 106”.

Aponta que “em relação à autoria, outro não é o raciocínio”, pois “visando o cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Justiça Federal de Ribeirão Preto, os Agentes da Polícia Federal Luís Cláudio Santana e Aroldo Silva Rezende (fls. 70 e 71), realizaram a apreensão dos objetos descritos à fl. 14 e confirmaram que a rádio estava em funcionamento naquela ocasião, fatos testemunhados por JOÃO BRAGA MARQUES e Élcio Antonio Bresqui”. Que “no local dos fatos, estava Bernardo Marinoschi Neto, que se

identificou como locutor da ‘Rádio Nossa FM’ e apontou como responsáveis JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, Élcio Antonio Bresqui, JOÃO AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO, todos funcionários da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP e como proprietário SAMIR ASSAD NASSBINE, Prefeito Municipal (fl. 81/82)”. Que “durante as diligências, apurou-se que JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES freqüentava a ‘Rádio Nossa FM’, pois participava da transmissão de programa esportivo, diariamente. MARCO ANTONIO CARDOSO PEREIRA tinha um programa próprio na rádio, aos sábados (fl. 189). JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA trabalhava como locutor de programa sertanejo, na rádio (fl. 132/133)”.

Sustenta que “na instrução probatória, colheu-se um farto conjunto de provas que autorizam a condenação dos denunciados”. Que “restou bem caracterizado o envolvimento de SAMIR ASSAD NASSBINE, inclusive, porque a rádio já funcionou nos fundos de seu consultório médico”, sendo que “participaram da rádio clandestina, da mesma forma, os demais denunciados, todos funcionários da prefeitura”, não se permitindo, de outro modo, como pretendido pela defesa, “responsabilizar Wainer Milanez, falecido em 29/05/2000 (fl. 279), pelo delito descrito nos autos”.

Ainda segundo o Ministério Público Federal, não prospera “a pretensa alegação de que trata-se de rádio comunitária”, na medida em que “havia inserções comerciais durante os programas, declarando alguns valores pagos pelo comércio local, para o anúncio”, cuidando-se, portanto, “de rádio comercial”.

Aduz, outrossim, a presença do elemento subjetivo do injusto, já que “os denunciados utilizavam-se da ‘Rádio Nossa FM’ para promover os assuntos da prefeitura, além de promoção pessoal do Prefeito”, e, “em seu interrogatório, o próprio denunciado SAMIR ASSAD NASSBINE alega que no ano de 2000 eu era Secretário de Saúde da cidade de Barretos, e, na época em que concedia as entrevistas, eu exercia este cargo”. Ademais, “o dolo ficou bem evidenciado, também, porque, apesar da apreensão dos equipamentos de radiodifusão da ‘Rádio Nossa FM’ em 18 de outubro de 2000, e do inquérito policial em curso, a rádio voltou a

funcionar, com um novo transmissor, sob a supervisão de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA”, e “essa notícia foi levada ao conhecimento da Polícia Federal, por Bernardo Marinoschi Neto (fl. 73/74) e, formulada Representação para expedição de Mandado de Busca e Apreensão (fls. 94/95), sendo então apreendido um outro transmissor (fl. 117), no mesmo local”.

Requer a procedência da ação penal, com a condenação de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA como incursos no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

Alegações finais de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA às fls. 899/915. Segundo a defesa, “inexistem, nos autos, elementos indiciários e circunstanciais relacionados com a conduta presumidamente ilícita dos réus capaz de sedimentarem a imputação constante do libelo acusatório”.

Aduz que “em momento algum os réus mantiveram em funcionamento ou instalaram uma emissora de Radio no Município de Terra Roxa, de forma a tipificar o tipo objetivo capitulado no artigo 183 da Lei Federal nº 9.472/97”, referindo, ainda, que “não agiram com dolo no presente caso, condição esta indispensável para a perfeita tipificação da conduta delituosa narrada na denúncia”.

Sustenta que “restou demonstrado que as acusações contra os requeridos partiram de forma isolada de apenas duas ou três testemunhas inquiridas, testemunhas estas que sabidamente querem e buscam de forma incessante prejudicar o Alcaide, pois trata-se de desafetos políticos e inimigos pessoais”. Que, no tocante à oitiva de Bernardo Marinoschi Neto, deve-se tomar em consideração “que referido senhor, quando do depoimento prestado, foi formalmente indiciado”, “logo, nada mais natural que, no intuito de livrar-se das acusações, tentasse de todas as maneiras repassar suas responsabilidades”, ainda que “no afã de incriminar levianamente os acusados, esta testemunha por diversas vezes caiu em contradição”. Que, da mesma forma, Luiz Carlos Padovan, “totalmente vago em suas assertivas”, “faltou deliberadamente com a

verdade em seus depoimentos com o claro intuito de prejudicar o Dr. SAMIR ASSAD NASSBINE”, dado “ser esta testemunha inimiga capital do requerido”, tendo, ainda, sido “por diversas vezes processada pelo demandado SAMIR”. Igualmente contraditório, no dizer da defensoria dos co-réus, o depoimento prestado por Sonia Maria do Nascimento Alves, já que “em determinado momento diz que jamais escutou SAMIR falando na rádio e, na frase seguinte, diz que este falava na rádio em tempo de política”.

Alega, também, “que no momento da apreensão dos equipamentos, nenhuma evidência foi amealhada no sentido de indicar quem efetivamente era proprietário da rádio”. Que a testemunha de acusação Maria de Lourdes Cardoso Pereira Fescina, “vizinha do local onde a rádio funcionava”, “é extremamente esclarecedora, vindo a corroborar todas as alegações dos denunciados, qual seja, que a rádio efetivamente pertencia ao Sr. Wainer Milanês (*sic*) e sempre funcionou sob responsabilidade deste e de seus familiares, inclusive instalada em imóvel de sua propriedade”. Que os demais depoimentos colhidos comprovam “que a rádio jamais pertenceu ao demandado SAMIR ASSAD NASSBINE e demais réus, bem como todos os réus nunca participaram da administração da mesma”. Que “se realmente o demandado SAMIR ASSAD NASSBINE tivesse uma rádio como descrito na denúncia, com certeza o Deputado Estadual Uebe Rezeck teria sido entrevistado, o que efetivamente não aconteceu”. Que até mesmo as testemunhas inquiridas na forma do artigo 209 do Código de Processo Penal confirmam a tese defensiva, afinal, “o depoente Antonio Mario Orlando, desmente a versão apresentada pela testemunha de acusação Luiz Carlos Padovan e Bernardo, posto que o número de telefone apresentado por estes jamais esteve em aludida rádio, desacreditando por completo os mesmos”, enquanto “Claudiney confirma a versão apresentada pelos réus, onde afirma que alugou o telefone ao Sr. Wainer Milanês (*sic*), dando conta de quem realmente era proprietário da rádio”.

Especificamente em relação aos co-réus JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, “também restou cabalmente demonstrado que os mesmos,

apesar de realizarem programas de entretenimento na rádio, o fizeram na condição de voluntários convidados pelo real proprietário, Sr. Wainer Milanês (*sic*), sempre acreditando que tratava-se de uma rádio comunitária em regular e legal funcionamento”. Que “nem as testemunhas de acusação formularam qualquer situação diversa desta, se limitando a dizerem que os mesmos possuíam programa em referida rádio, sem trazer qualquer elemento que caracterizasse a participação na condição de administradores ou proprietários”.

Reporta-se, outrossim, “à documentação encartada no apenso aos autos às fls. 24/25”, a saber, “procurações conferidas a causídico tanto pela Rádio Nossa FM como pela Associação Desportiva Cultural e Comunitária Terra Roxa”, lá constando “como representante das entidades o senhor Devanir Amâncio e não o requerido SAMIR ASSAD NASSBINE”.

Para concluir que não restaram evidenciadas “autoria e culpabilidade dos réus no que tange ao ato delituoso imputado aos mesmos”, pois “por qualquer ângulo que analisemos o presente feito, depreende-se dos autos que a prova carreada se mostra insuficiente para caracterizar a necessária certeza que deve embasar uma condenação”, batendo-se, assim, pela decretação da improcedência da ação penal, absolvendo-se os réus SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA.

Alegações finais de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES às fls. 917/930. Questiona, preliminarmente, a existência de nulidade absoluta a partir do indeferimento de pedido dos acusados de degravação de material de mídia - “disco de DVD contendo a gravação de um programa televisivo levado ao ar em 29 de abril de 2000, denominado ‘Programa Turma da Alegria’, exibido pela TV Clube de Ribeirão Preto, aonde o senhor Wagner (*sic*) Milanez esclarece ser proprietário da Rádio Nossa FM”. Refere “que tal decisão representa inegável cerceamento de defesa, na medida em que impediu o deslinde de questão primordial, em que se funda o próprio mérito da ação, imprescindível para o deslinde da causa; até em razão do princípio da busca da verdade real que impera no direito penal”.

Quanto ao mérito, afirma que “não restou demonstrado de forma irretorquível, como exigem as garantias do processo penal, a culpa do co-denunciado JOÃO FERNANDES no que diz respeito à sua efetiva participação na instalação e no funcionamento da rádio clandestina”. Que “corroborando sua assertiva, providenciou a juntada de sessenta documentos, demonstrando que sua participação nos programas se restringia às atividades e informações de cunho meramente esportivo, a maioria voltada para o público jovem”. Que a prova testemunhal reconheceu “que participava dos programas enquanto técnico desportivo e que não tinha o menor conhecimento acerca das irregularidades que permeavam a Rádio Nossa FM”.

Aduz, ainda, a impossibilidade de responsabilização do co-réu também em razão de não ter havido “o necessário vínculo subjetivo já que este não tinha qualquer conhecimento acerca de eventuais irregularidades da referida Rádio Nossa FM; inclusive pelo fato de não ter participação alguma na administração de tal emissora”, defendendo, além disso, “que a manutenção de Rádio Comunitária não configura crime”.

Requer, ao final, “a declaração de nulidade absoluta decorrente do cerceamento do direito de defesa do acusado”, pugnando, no mérito, “pelo decreto de improcedência da presente ação penal, com a conseqüente absolvição do denunciado JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES”, ou, caso assim não se entenda, “requer sejam consideradas as atenuantes da primariedade, dos ótimos antecedentes e do relevante valor social ou moral, já que suas entrevistas visavam fomentar a prática desportiva nos jovens, afastando-os dos malefícios das drogas; bem como, o fato de se tratar de crime cometido sem violência à pessoa e que comporta a conversão penal”, e, por iguais razões, “secundadas pelo comparecimento a todos os atos do processo, ser possuidor de residência fixa e haver respondido ao processo em liberdade, requer lhe seja concedido o direito de também recorrer em liberdade”.

Despacho à fl. 932, de seguinte teor:

“Vistos.

Cumpra-se o disposto no artigo 215 do Regimento Interno

deste Tribunal, intimando-se as partes para requererem o que considerarem conveniente apresentar na sessão de julgamento.

Porque concluída a instrução criminal, manifeste-se o Ministério Público Federal, outrossim, quanto à situação dos ainda indiciados Bernardo Marinoschi Neto e Élcio Antonio Bresqui.

São Paulo, 17 de março de 2008.”

Manifestação do órgão acusatório às fls. 936/941, nos termos abaixo:

“1 - Tendo em vista todos os elementos probatórios existentes nos autos, esse Órgão Ministerial nada tem a requerer, para fins de apresentação na sessão de julgamento, nos termos do disposto no artigo 215, do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal, pugnando-se pelo prosseguimento do feito.

2 - No tocante ao indiciado BERNARDO MARINOSCHI NETO, embora ele tenha trabalhado na Rádio em questão, não ficou demonstrado nos autos que ele tivesse conhecimento acerca da clandestinidade da emissora de rádio, permanecendo inalterado o entendimento anterior adotado, quando do oferecimento da acusação na presente ação penal.

Isso porque, como BERNARDO não possui qualquer relação estreita com a Prefeitura de Terra Roxa/SP, os elementos probatórios colhidos nos autos conduzem à ilação de que ele acreditava estar trabalhando em uma emissora de rádio, devidamente, autorizada pelos Órgãos competentes, principalmente, em função da participação do atual Prefeito Municipal e de outros servidores públicos municipais.

De fato, sem querer adentrar na discussão acerca da teoria dominante a respeito dos elementos constitutivos do crime, é certo que para a configuração de qualquer delito é imprescindível a existência de fato típico.

Nessa linha, é consabido que o fato típico é composto, segundo a teoria finalista da ação, pela conduta dolosa ou culposa, resultado (salvo nos crimes de mera conduta), nexo causal (salvo nos crimes de mera conduta e nos formais) e tipicidade, vale dizer, sem esses elementos, não há que se falar em crime.

Na hipótese vertente, não se vislumbra a prática de *conduta dolosa* de BERNARDO MARINOSCHI NETO em praticar o núcleo do tipo penal do artigo 183, da Lei nº 9.472/97, eis que se exige a *vontade livre e consciente* em ‘desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações’.

Isso significa que o sujeito ativo deve ter a livre e consciente vontade de desenvolver atividades de telecomunicações, sabendo-a ser clandestina.

No caso, mister perceber que não restou comprovado que BERNARDO MARINOSCHI NETO soubesse da clandestinidade da emissora de Rádio, já que trabalhou como locutor, recebendo, inclusive salário no valor médio de R\$ 300,00 (trezentos reais). O próprio indiciado afirmou ainda que concluiu ‘o curso de locução no Senac de Barretos e a rádio arcou com parte das despesas do curso’ (fl. 642), de modo que referidos fatos não foram impugnados nos autos.

Não se vislumbrou, por isso, a intenção de BERNARDO MARINOSCHI NETO em desenvolver atividade de telecomunicação de forma clandestina a verificar o dolo necessário à configuração do delito em discussão.

3 - Igualmente, em relação ao indiciado ELCIO ANTÔNIO BRESQUI, qualificado às fls. 29, não restou comprovada, na fase instrutória, sua participação na instalação ou no funcionamento da emissora da Rádio em apreço, tendo sido verificada tão-somente a notícia de que ele ‘frequentava muito pouco a sede da rádio já mencionada’, de modo que, ‘às vezes era (...) quem levava comunicado até a sede da rádio’, consoante depoimento, prestado pelo locutor Bernardo Marinoschi Neto, fato este confirmado por Marco

Antônio Cardoso Pereira (fls. 181).

Assim, diante das provas colhidas na fase instrutória, não havendo elementos mínimos convincentes que possibilitem a promoção de ação penal, quanto à prática do delito tipificado no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, por parte de BERNARDO MARINOSCHI NETO e de ELCIO ANTÔNIO BRESQUI, esse Órgão Ministerial requer seja determinado o arquivamento do inquérito em relação aos mencionados indiciados, prosseguindo-se o processo em relação aos denunciados, a fim de que estes sejam condenados pela prática do crime previsto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, conforme requerido nas alegações finais de fls. 873/884, determinando ainda a perda em favor da agência Anatel dos bens empregados na atividade de telecomunicação clandestina, nos termos do inciso II do artigo 184, da Lei nº 9.472/97.”

A defesa dos acusados SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, às fls. 956/957, restringiu-se à pretensão de “realizar sustentação oral pelo prazo regimental, nada mais tendo a apresentar”.

À fl. 964, o *decisum* que proferi:

“Vistos.

Nos exatos termos da manifestação da Procuradoria Regional da República de fls. 939/941 – ‘diante das provas colhidas na fase instrutória, não havendo elementos mínimos convincentes que possibilitem a promoção de ação penal, quanto à prática do delito tipificado no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, por parte de Bernardo Marinoschi Neto e de Elcio Antônio Bresqui, esse órgão ministerial requer seja determinado o arquivamento do inquérito em relação aos mencionados indiciados, prosseguindo-se o processo em relação aos denunciados’ -, determino, com fundamento nos artigos 3º, inciso I, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990,

e 206, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, o arquivamento do feito em relação a BERNARDO MARINOSCHI NETO e ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI. Encaminhem-se os autos ao setor competente para retificação da autuação, fazendo-se excluir o nome dos indicia- dos supra.

Fl. 949: dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de maio de 2008.”

Às fls. 967/968, solicitou o Ministério Público Federal fos- sem “mantidas em depósito as mercadorias mencionadas no do- cumento de fl. 949, nas dependências da Delegacia da Polícia Federal em Ribeirão Preto, até o desfecho da presente ação penal”.

Decisão à fl. 975, *in verbis*:

“Vistos.

Fl. 949, consulta encaminhada pela autoridade policial ‘acer- ca da destinação a ser dada ao transmissor cores preta e bege, sem marca aparente, apreendido nos autos em epí- grafe, o que se encontra acautelado nesta DPF/POR/SP’: na esteira da proposição ministerial de fls. 967/968, man- tenha-se o equipamento mencionado depositado nas depen- dências da Delegacia da Polícia Federal em Ribeirão Preto, até decisão final na ação penal.

Solicitem-se folhas de antecedentes e certidões criminais atualizadas dos acusados.

Oficiem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2008.”

À fl. 975, foi proferida decisão requisitando folhas de an- tecedentes e certidões criminais atualizadas dos acusados.

À fl. 990, certidão de distribuição de outros feitos crimi- nais em nome de SAMIR ASSAD NASSBINE, expedida pela

Secretaria Judiciária desta Corte, tendo o *parquet* federal participado “que, em razão da conclusão das investigações, quanto à possível prática de delito de estelionato contra entidade pública por parte de SAMIR ASSAD NASSBINE, autos nº 2004.61.02.006926-7, em 06 de maio de 2008, o Ministério Público Federal, pela Procuradoria Regional da República signatária, ofereceu denúncia em face de SAMIR ASSAD NASSBINE e demais acusados, como incursos nas penas do artigo 171, § 3º, combinado com o artigo 14, II, e artigo 355, *caput*, combinados com artigos 29 e 69, todos do Código Penal”, bem como “que, quanto ao Inquérito Policial nº 2008.03.00.019599-3 - que apurou a Reclamação Trabalhista movida por SAMIR em face da Irmandade de Misericórdia e Hospital Terra Roxa, pleiteando diversas providências e verbas trabalhistas que lhe seriam devidas por força da rescisão do contrato de trabalho -, a denúncia em face deste e dos demais acusados já foi oferecida por este Órgão Ministerial, consignando-se o prazo para a defesa prévia. Destarte, em 14 de julho de 2008, o Ministério Público Federal manifestou-se quanto à Defesa Preliminar apresentada pelos Denunciados, ocasião em que requereu o aditamento da peça acusatória, imputando-lhes o delito previsto no artigo 171, parágrafo 3º, combinado com o artigo 14, II e artigo 355, *caput*, combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal, abrindo-se aos acusados a possibilidade de novo oferecimento de resposta no prazo de 15 (quinze) dias, a teor do contido no artigo 4º, da Lei nº 8.038/90”.

À fl. 1.034, folha de antecedentes enviada pelo Núcleo de Identificação do Setor Técnico-Científico da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, com registro em nome de SAMIR ASSAD NASSBINE.

Às fls. 1.038/1.042, registros de antecedentes criminais encaminhados pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, positivos para MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e SAMIR ASSAD NASSBINE.

À fl. 1.049, despachei:

“Vistos.

Dê-se ciência às defensorias dos acusados da documentação

encartada às fls. 990/993, 1023/1.026, 1.030, 1.033/1.036 e 1.038/1.042, encaminhando-se cópias. Prazo para eventual manifestação: 5 (cinco) dias.

Fls. 1.046/1.047, requer, o Ministério Público Federal, ‘sejam solicitadas as certidões relativas aos processos em que SAMIR ASSAD NASSBINE foi condenado, com anotação relativa ao trânsito em julgado dos feitos, bem como a processos que tramitam em desfavor do acusado’: defiro o pedido, oficiando-se.

São Paulo, 26 de agosto de 2008.”

Às fls. 1.063/1.070, certidões de objeto e pé encaminhadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo referentes aos feitos criminais em nome de SAMIR ASSAD NASSBINE, sobressaindo a Ação Penal nº 993.04.022202-8, distribuída junto à 15ª Câmara de Direito Criminal, com denúncia recebida em 25 de abril do corrente ano “por infração ao disposto no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei 201/67, vinte e uma vezes, c. c. o artigo 71 do Estatuto Repressivo”.

Às fls. 1.091/1.094, “Certidão de Crimes Eleitorais” enviada pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, com destaque para o “Processo nº 534/97, Classe 4ª, de competência originária do TRE/SP. Denúncia recebida em 30/06/98. Classificação do crime no artigo 299 do Código Eleitoral, na forma continuada prevista no artigo 71 do Código Penal. Em 11/04/2000 foi determinada a remessa dos autos à 203ª ZE - Viradouro, em razão da revogação da Súmula nº 394, do Supremo Tribunal Federal. Foi proferida sentença que condenou o réu à pena de um ano e oito meses de reclusão. Houve interposição de recurso. Em 15/03/2001 foi proferido o Acórdão nº 139.258, que declarou a extinção da pretensão punitiva do Estado face a ocorrência da prescrição retroativa. Em 30/05/2001 foi determinado o arquivamento dos autos”.

Em 23 de setembro do corrente ano, à fl. 1.096, o derradeiro despacho:

“Vistos.

Dê-se ciência às partes da documentação encartada às fls.

1.063/1.070, 1.070/1.086 e 1.091/1.094. Prazo para eventual manifestação: 5 (cinco) dias.

Comunicações necessárias.

Após, tornem os autos para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

São Paulo, 23 de setembro de 2008.”

O Ministério Público Federal, às fls. 1.108/1.110, “tendo em vista as certidões de fls. 1064/1070, 1075/1086 e 1092/1094, requer sejam consideradas as informações acima mencionadas para efeitos de maus antecedentes em eventual sentença condenatória em desfavor do réu SAMIR ASSAD NASSBINE”, restando certificado, em 21 de outubro próximo passado, “que decorreu o prazo legal para manifestação dos réus, em relação ao despacho de fls. 1.096” (fl. 1.130).

É o relatório da ação penal.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA -
Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Relatora THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Ação penal pública desenvolvida contra SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, com espeque no artigo 183, da Lei nº 9.472/97 - “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime” -, acusando-os de que “de forma livre e consciente, previamente ajustados e com unidade de desígnios, fizeram operar, por duas vezes, emissora de radiodifusão, denominada RÁDIO NOSSA FM, sem autorização do órgão público competente”.

À vista da condição de Prefeito do Município de Terra

Roxa/SP do acusado SAMIR ASSAD NASSBINE, é deste Tribunal a competência para o processamento e julgamento do processo-crime, nos exatos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, referendado pela Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal.

Posto que muito tenha sido discutido acerca do correto enquadramento penal aplicável à espécie, a jurisprudência evoluiu no sentido de não se compreender mais, nas hipóteses em que verificada a clandestinidade, a capitulação no tipo penal constante da legislação anterior - artigo 70 da Lei nº 4.117/62, que estipula pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois), aumentada da metade se houver dano a terceiro -, cuja validade restou sem efeito no aspecto criminal, mesmo em se tratando de rádio comunitária, sem prévia autorização pelo poder público à instalação de equipamento e utilização dos serviços de radiodifusão, em nada interferindo, outrossim, a Lei 9.612/98, que prevê sanção somente de caráter administrativo.

Correta, portanto, a definição jurídica dada aos fatos, transcorridos já na vigência da novel legislação, e sem que se possa falar no alcance pela prescrição, que conforme a tabela constante do artigo 109 do Código Penal, com base no máximo da pena cominada abstratamente aos crimes em referência, percorre 8 (oito) anos para a modalidade prevista no artigo 183 da Lei nº 9.472.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 11 de dezembro de 2001 (DJ de 8.3.2002), quando do julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 81.473-8/SP, teve a oportunidade de se manifestar acerca da questão, ganhando, a ementa do acórdão, a seguinte redação:

“Recurso ordinário em ‘habeas corpus’. Radiodifusão comunitária. Imputação do crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97. Inexistência de revogação desse dispositivo pela Lei 9.612/98 e de violação do Pacto de São José da Costa Rica. Denúncia que não é inepta. A existência, ou não, de dolo deverá ser apurada na fase instrutória da ação penal. Recurso ordinário a que se nega provimento”.

Com propriedade, anotou o Excelentíssimo Ministro Moreira Alves (Relator):

“No tocante à pretendida revogação da Lei 9.472/97 pela Lei 9.612/98, razão de se sustentar igualmente que houve aplicação analógica contra os impetrantes, também essa alegação é improcedente, e isso porque a regra é a de que a lei especial posterior não revoga a geral anterior, salvo - como salientam ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO (‘A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro’, vol. I, nº 36, p. 84, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943) – ‘quando a ela se referir, ou ao seu assunto, e exclusivamente no ponto em que a altera ou a exclui explicitamente ou implicitamente’. Ora, no caso, *o artigo 183 da Lei nº 9.472/97 não foi revogado pela Lei nº 9.612/98, primeiro, porque o artigo 2º desta última determinou que o Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei nº 4117, de 27 de agosto de 1962, e demais disposições legais, e a Lei nº 9.472/97, que derogou a Lei nº 4117/62, se inclui na parte final dessa determinação; segundo, porque, como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, essas leis ‘convivem no sistema jurídico nacional de forma absolutamente harmônica, posto tratarem de assuntos diversos, sendo a primeira voltada para fins de sanções penais (art. 183), ao passo que a segunda (Lei 9.612/98) estabelece condutas de ordem meramente administrativas (dentre elas, aliás, a necessidade de autorização do poder público para o funcionamento de rádios comunitárias)’*”

No Superior Tribunal de Justiça, encontram-se os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS - DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO

DE ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - SUBSUNÇÃO DO FATO NARRADO NA DENÚNCIA AO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997 - AUSÊNCIA DE DOLLO - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA ESTREITA VIA DO WRIT - RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA - NÃO-ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS - CLANDESTINIDADE - ORDEM DENEGADA.

I. *O exercício de atividade clandestina de radiodifusão configura, em tese, o crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/1997. Precedentes.*

II. A estreita via do *habeas corpus* veda o exame da alegada ausência de dolo dos pacientes ao praticar o delito que lhes foi atribuído na denúncia.

III. Para a configuração do serviço de radiodifusão comunitária é preciso a competente autorização do Poder Executivo, por expressa previsão legal e constitucional.

IV. Ordem denegada”.

(HC 45.681/DF, 5ª Turma, rel. Desembargadora Convocada Jane Silva, v. u., j. 25.9.2007, DJ 15.10.2007)

“CRIMINAL. RHC. FUNCIONAMENTO DE RÁDIO COMUNITÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA EFETIVA. FALTA DE ARROLAMENTO DE TESTEMUNHAS DA DEFESA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Incabível a hipótese de nulidade do decreto condenatório, pela ausência de arrolamento de testemunhas na ocasião da apresentação da defesa prévia, se não demonstrado qualquer prejuízo à defesa.

II. Hipótese em que o defensor atuou com diligência, entregando todas as peças defensivas.

III. *Afasta-se a alegação de atipicidade da conduta, se o ato de operar, sem licença do órgão competente, serviço*

de radiodifusão comunitária, continua enquadrado nas sanções do art. 183 da Lei 9.472/97.

IV. Recurso desprovido”.

(RHC 20.038/CE, 5ª Turma, rel. Ministro Gilson Dipp, v. u., j. 10.5.2007, DJ 18.6.2007)

“CRIMINAL. RESP. RÁDIO COMUNITÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PELA REVOGAÇÃO DA LEI 9.472/97. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - *Como a Lei 9.612/98 não derogou a Lei 9.472/97, a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrado nas sanções do art. 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei.*

II - *As Leis 9.612/98 e 9.472/97 são perfeitamente compatíveis entre si, na medida em que cominam sanções de naturezas diversas.*

III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator”.

(REsp 509.501/RS, 5ª Turma, rel. Ministro Gilson Dipp, v. u., j. 25.5.2004, DJ 2.8.2004)

“HABEAS CORPUS. USO CLANDESTINO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/67. COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Aquele que instala ou utiliza de serviços de telecomunicações sem prévia autorização do órgão regulador está sujeito às penas cominadas no art. 183 da Lei 9.472/97.*

2. Ordem denegada”.

(HC 77.887/SP, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, v. u., j. 8.11.2007, DJ 7.2.2008)

Neste último precedente, faço transcrever o voto proferido

pelo eminente Relator, dada a dimensão da fundamentação, que se estende perfeitamente à hipótese sob exame:

“Inicialmente, cumpre consignar que a Lei 9.472/97, em virtude do disposto no seu art. 215, entre outros, revogou ‘a Lei nº 4.117, de 25 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão’ (grifo adicionado). Dessa forma, é possível a aplicação da matéria penal contida no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), reconhecidamente recepcionado pela Constituição Federal, desde que a nova legislação não disponha noutro sentido.

Nesse passo, diferente do consignado no acórdão recorrido e no parecer ministerial, entendo que o deslinde da questão posta nestes autos independe da análise sobre a revogação, ou não, do art. 70 da Lei 4.117/62 pelo art. 183 da Lei 9.472/97, uma vez que disciplinam tipos penais diversos, estando, pois, ambos em vigor.

Dispõe o art. 70 da Lei 4.117/62:

‘Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos’.

Preconiza o art. 183 da Lei 9.472/97:

‘Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)’.

Do cotejo desses dispositivos legais, observa-se que *a circunstância relativa à clandestinidade do exercício de atividades de telecomunicação diferencia a tipicidade da conduta.*

O art. 70 da Lei 4.117/62, de caráter geral, busca responsabilizar criminalmente aquele que, mesmo sendo

pessoa previamente autorizada pelo órgão regulador para tanto, ou seja, não clandestino, instala ou utiliza equipamento de telecomunicações em desconformidade com as normas legais que disciplinam a matéria.

A hipótese contida no art. 183 da Lei 9.472/97, por sua vez, direciona-se ao usuário clandestino, não previamente autorizado pelo poder público à instalação de equipamento e à utilização dos serviços de radiodifusão. Resta evidente que a lei nova procurou ser mais severa com aquele que busca obstaculizar o exercício do poder de polícia pelo órgão competente sobre a regularidade das atividades exercidas no ramo de telecomunicações.

Na hipótese vertente, colhe-se da denúncia (fls. 8/9):

O denunciado FERNANDO foi surpreendido realizando transporte irregular de passageiros, ou seja, prestando serviços de 'lotação', em 04 de abril de 2000, por volta das 10h10min, na altura do nº 5975 da Av. Prof. Francisco Morato, Vila Sônia, São Paulo (SP).

Em 21 de outubro de 2000, na altura do nº 437 da Av. Francisco Morato, Butantã, São Paulo (SP), o acusado FERNANDO foi novamente surpreendido realizando transporte irregular de passageiros.

Tal atividade era exercida com a utilização do veículo ASIA TOPIC, placa BTT 9170.

Nesse veículo, estava instalado, em 04 de abril de 2000, rádio transmissor móvel (descrito no termo de fls. 05/06 e pelo parecer de fls. 10/102 como sendo transceptor da marca 'MAGASTAR', modelo MG98MK2).

No dia 21 de outubro de 2000, estava instalado no veículo outro rádio transmissor móvel (descrito no laudo de fls. 136/137 com o sendo transceptor da marca 'MEGASTAR', modelo MG 990).

Esses aparelhos de telecomunicações eram utilizados clandestinamente por FERNANDO no exercício da atividade de 'lotação', com o propósito de se comunicar com

colaboradores da prática de transporte clandestino de passageiros e assim evitar ser flagrado pela fiscalização. Em outras palavras, FERNANDO desenvolvia, com tais aparelhos, atividades clandestinas de telecomunicações. Consta-se, portanto, que o denunciado desenvolvia clandestinamente atividades de telecomunicação, estando, pois, incurso nas penas do art. 183 da Lei 9.472/97, c. c., art. 69 do Código Penal.

O fato narrado pela acusação, de que o réu, sem autorização da ANATEL, utilizava-se clandestinamente equipamento de radiodifusão para a prática de atividade ilícita (transporte irregular de passageiros), subsume-se ao preceito penal insculpido no art. 183 da Lei 9.472/97.

Sobre a matéria em apreço, confirmam-se:

‘Agravos de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial (competência). Decisão monocrática do relator (Regimento, arts. 34, VII, e 254, I). Desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações (caso).

1. Entre as atribuições do relator, dispõe o Regimento, está a de “decidir agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitir recurso especial”.

2. O funcionamento de rádio comunitária não prescinde de prévia autorização do poder concedente, mesmo em se tratando de emissora de baixa frequência (Lei nº 9.472/97, art. 183). Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no Ag 744762/MG, Rel. Min. NILSON NAVES, Sexta Turma, DJ 2/10/06)

‘PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. BAIXA FREQUÊNCIA. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PARA O FUNCIONAMENTO. REVOGAÇÃO DA LEI 9.472/97. VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os serviços de radiodifusão constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não

poderia a Rádio, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, funcionar sem a devida autorização do poder público.

2. São perfeitamente compatíveis as Leis 9.612/98 e 9.472/97.

Enquanto a primeira define punições de natureza administrativa, a segunda prevê sanções penais.

3. *Habeas Corpus* conhecido, pedido indeferido.’ (HC 14356/SP, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, Quinta Turma, DJ 19/3/01)

Considerando que a pena máxima cominada para o delito em apreço é superior a (dois) anos, compete à Vara Criminal Federal o processamento e o julgamento da respectiva ação penal. Regular, portanto, quanto ao rito, a decisão que recebeu a denúncia”.

As decisões abaixo, oriundas de turmas criminais nossas, comungam de orientação ainda mais exigente quanto à prevalência do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, ao levar em consideração apenas o princípio *tempus regit actum*:

“RECURSO DE APELAÇÃO - PENAL - CONSTITUCIONAL - CONFLITO APARENTE DE NORMAS - ARTIGO 70 DA LEI 4.117/62 E ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97 - REVOGAÇÃO - ‘TEMPUS REGIT ACTUM’ - CONDUCTA TÍPICA SUBSUMIDA AO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97 - INCONSTITUCIONALIDADE - CONFLITO ENTRE DIREITOS AMPARADOS IGUALMENTE PELA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA - LEIS 9.472/97 E 9.612/98 - RÁDIO COMUNITÁRIA - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PODER CONCEDENTE - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS AMPLAMENTE COMPROVADAS - DOLO RECONHECIDO - ARTIGO 44 DO CPB - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO - SENTENÇA INTEGRALMENTE REFORMADA.

1. No presente caso, a conduta desenvolvida pelo agente é típica e se subsume ao tipo penal previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, haja vista que o delito foi praticado quando já se encontrava em vigor a Lei 9.472/97. Aplicação do princípio geral do *tempus regit actum*.
2. A Lei 9.472/97 é mais gravosa, se comparada ao regime jurídico penal previsto na Lei 4.117/62, pois, como se vê do simples cotejo entre as leis, houve sensível aumento da repressão estatal na Lei 9.472/97.
3. *A Lei 4.117/62 não se encontra mais em vigor no que pertine ao crime de atividade ilegal de radiodifusão, conforme se depreende do inciso I do artigo 215 da Lei 9.472/97. Apesar dos artigos 70 da Lei 4.117/62 e 183 da Lei 9.472/97 possuírem redação legislativa distinta, tratam da repressão estatal relativa a uma mesma conduta penalmente relevante, qual seja, a prática da atividade ilegal de telecomunicações, aí se encontrando, indiscutivelmente, a radiodifusão.*
4. *Após o advento da Lei 9.472/97, a atividade ilegal de radiodifusão deve ser submetida ao artigo 183 deste diploma legislativo, e não mais ao artigo 70 da Lei 4.117/62, restando a este último dispositivo aplicabilidade apenas no que se refere aos fatos cometidos anteriormente à vigência da Lei 9.427/97.*
5. Não é de ser adotada a linha de pensamento que advoga a tese de que o Pacto de São José da Costa Rica e as Leis 9.472/97 e 9.612/98, assim como a nova ordem constitucional, possuem o condão de tornar lícita a conduta desenvolvida pelo apelado, afastando a necessidade de autorização estatal para o desempenho da atividade de radiodifusão.
6. O pacto de São José da Costa Rica, inserido no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/92, tem a natureza de lei ordinária, motivo pelo qual deve se harmonizar ao texto constitucional, para ter validade.
7. Mesmo se considerarmos que o Pacto de São José da

Costa Rica ingresse em nosso ordenamento jurídico com estatura de norma constitucional, trata-se de conflito aparente entre direitos igualmente tutelados pela Carta Federal. Direito à liberdade de expressão do indivíduo e Direito à exploração dos serviços de radiodifusão pela União. Não há antinomias dentro da vontade una do Poder Constituinte Originário, de forma que se deve procurar a interpretação que busque o ponto de equilíbrio entre os direitos supostamente conflitantes, não permitindo que se maximize o alcance de determinada norma constitucional em detrimento de outra norma de mesma estatura, que venha a ter, por esta razão, seu alcance reduzido ou mesmo suprimido.

8. No que se refere às Leis 9.472/97 e 9.612/98, tais diplomas legais em nenhum momento afastaram do controle do Estado a atividade de radiodifusão, que permanece só podendo ser desenvolvida mediante o preenchimento de determinados requisitos técnicos e sob a imperiosa condição de prévia autorização de funcionamento, a ser expedida pelo órgão competente. É evidente que cabe exclusivamente ao Estado regular e disciplinar a instalação e funcionamento de quaisquer rádios, sejam elas comunitárias ou não, pois a ele cabe zelar pela utilização racional do espaço eletromagnético nacional, a fim de evitar a ocorrência das conhecidas interferências de transmissão, que tanto põem em risco o normal desempenho de diversas atividades essenciais à sociedade, como o controle de aeronaves e as comunicações travadas pelos órgãos de segurança pública, especialmente as viaturas policiais.

9. A expressão serviço de radiodifusão deve ser interpretada como uma espécie do gênero telecomunicações, a teor do que dispõe as Leis 4.117/62 e 9.472/97. Assim, é descabida a interpretação de que, com a edição da Emenda Constitucional nº 08/95, o termo telecomunicações deve ser entendido como algo distinto da radiodifusão, abrangendo somente os serviços de telefonia.

10. A alteração da norma constitucional, por força da

Emenda Constitucional nº 08/95, tende a possibilitar a exploração dos serviços de telefonia por particulares, sem contudo alterar a natureza mesma desses serviços, de maneira que os serviços de radiodifusão, na esteira da hermenêutica anterior, continuam compreendidos pelos serviços de telecomunicações. Precedente.

11. A materialidade do delito restou demonstrada pelo Auto de Apreensão de fl. 11, pelo Termo de Lacração de Estação de Radiodifusão Comunitária Clandestina de fls. 12/13, ambos assinados pelo próprio acusado, pelo Laudo de Exame em Material de fls. 50/51, bem como, pelo Parecer Técnico de fls. 16/17.

12. A autoria delitiva imputada ao apelado também restou cabalmente comprovada, como se pode inferir de suas declarações prestadas perante a Autoridade Policial e em Juízo, ocasião em que este admitiu a prática da conduta que lhe foi imputada pelo *Parquet*, alegando, entretanto, que a rádio por ele operada tratava-se, na verdade, de rádio comunitária e de cunho assistencial e religioso, e se mantinha com donativos de voluntários.

13. Sanção penal aplicada no mínimo legal, tendo em vista que as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal favorecem o réu.

14. Substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, nos termos da lei.

15. Recurso ministerial provido. Sentença reformada, com a condenação do réu.”

(Apelação Criminal 2004.03.99.006821-6/SP, 5ª Turma, rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 26.5.2008, DJ 17.6.2008)

“CRIMINAL - RÁDIO COMUNITÁRIA - IMPRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES - CONSUMAÇÃO

1. A consumação do delito contra as telecomunicações se dá com a participação do agente em atividade que envolva radiodifusão, sem a competente autorização do Poder

Executivo, independente da faixa de potência utilizada pela rádio, sendo irrelevante a apresentação ou não de laudo pericial.

2. *Houve a derrogação da lei 4.117/62, que tipificava tais condutas, sendo que a novatio legis apenas de forma mais rigorosa o exercício clandestino de atividade de telecomunicação.*

3. A pena mínima, contida no preceito secundário do tipo penal constante do art. 183 da Lei nº 9.472 é de 2 (dois) anos de detenção, impossibilitando a aplicação do instituto despenalizador do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

4. Provido o recurso.”

(Apelação Criminal 1999.61.81.006489-0/SP, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 1.4.2008, DJ 25.4.2008)

No mesmo sentido, julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. PREFEITO. ART. 70. LEI 4.117/62. REVOGAÇÃO PELO ART. 183 DA LEI 9.472/97. PRESCRIÇÃO PELA PENA *IN ABSTRATO* AFASTADA. RADIODIFUSÃO. AUSÊNCIA DE OUTORGA DE CONCESSÃO. ART. 223 DA CF/88. PENA DE MULTA. R\$ 10.000,00. NÃO APLICAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DELITO FORMAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. PENA *IN CONCRETO*. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Os atos praticados, inclusive o recebimento da denúncia, sob a égide da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que previa a competência do juízo de primeiro grau, para processar e julgar o acusado, são válidos.

2. *Com a publicação da Lei nº 9.472, de 15 de agosto de 2002, que, em seu artigo 183, prevê como crime ‘desenvolver clandestinamente radiodifusão’, restou revogado o artigo 70 da Lei nº 4.117/62, que tipificava*

idêntica conduta. Por conseguinte, fica afastada preliminar de prescrição, pela pena in abstracto, uma vez que, sendo a pena imposta no novo artigo maior que a prevista no anterior, não houve decurso de tempo entre os fatos e o recebimento da denúncia, a ensejar a prescrição.

3. A vedação contida no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, de operar radiodifusão sem autorização legal, visa a proteger toda a operacionalidade do sistema de comunicações, razão pela qual, ainda que se trate apenas de retransmissora de sinal de televisão, o princípio da insignificância deve ser afastado. Demais, trata-se de delito formal, prescindindo, assim, de resultado naturalístico.

4. A pena de multa fixada no art. 183 da Lei 9472 (R\$ 10.000,00 - dez mil reais) afronta o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que impossibilita ao magistrado avaliar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e aquilatar a situação econômica do sentenciado, impedindo-o de aplicar corretamente a lei penal.

5. Esta sanção, tal qual prevista, impõe que se dispense tratamento igual a desiguais, o que é inadmissível em direito penal, pois se sabe que cada um responde pelo delito na medida de sua culpabilidade (art. 29, do CP).

6. Prescrição pela pena *in concreto* não reconhecida pela Relatora, em face da possibilidade de modificação do julgado em instância superior.

7. Decretação da extinção da punibilidade, em face da prescrição, de acordo com entendimento majoritário da Seção.” (TRF 1ª Região, Ação Penal 2005.01.00.021984-8/MA, 2ª Seção, rel. Juíza Federal Convocada Jaiza Maria Pinto Fraxe, j. 19.9.2007, DJ 9.11.2007)

Ao exame do feito propriamente dito, antes consignando, no tocante à preliminar argüida em alegações escritas pela defesa de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, que a nulidade

imaginada, decorrente do indeferimento de diligência solicitada, não tem razão de ser, e o aventado cerceamento de defesa não se sustenta.

Quer por se apresentar despicienda a transcrição fonográfica do material entregue pelos co-réus - conforme explicitado à ocasião, “suficiente à formação da prova a base de armazenamento em que introduzida aos autos, nada está a indicar, ao menos por ora, e até que sobrevenha oposição do órgão ministerial, a obrigatoriedade de gravação por perito judicial para averiguar a autenticidade do documento, mormente se o que se pretende demonstrar, consoante alegado, é que ‘em determinado momento, aproximadamente aos 33 minutos da gravação, o Sr. Wainer Milanez, que participava da competição defendendo o Município de Terra Roxa, interpelado pelo apresentador, *diz ser locutor em Rádio*’”, informação que se confirma, de fato, com a audição do áudio, permitindo-se aferir com absoluta clareza que Wainer se identifica como “locutor numa rádio” e “assessor de relações públicas da prefeitura municipal”, em hipótese alguma se apresentando como proprietário da emissora “Rádio Nossa FM”.

Quer porque verdadeiramente inócua a pretensão defensiva, afinal, consoante assentado pelo Ministério Público Federal, “Wainer Milanez faleceu em 29 de maio de 2000, conforme atesta a certidão de óbito de fl. 279, de modo que a denúncia descreveu fatos ocorridos em 18 de outubro de 2000 e em 06 de dezembro de 2002, razão pela qual é certo afirmar que Wainer não poderia mais ser considerado proprietário da Emissora de Rádio em questão no momento em que ocorreram os fatos narrados na peça acusatória”, tratando-se, na verdade, de medida meramente protelatória, verdadeiramente irrelevante para o deslinde da causa.

De toda sorte, cumpriria à defesa, caso entendesse realmente imprescindível à busca da verdade real a diligência em comento, providenciar a realização da perícia, antes do encerramento da instrução, não se admitindo, por agora, queixar-se que o não atendimento do pleito cerceou-lhe a atividade probatória, prejudicando sua atuação, se perfeitamente acessível sua produção.

Conquanto no processo penal, via de regra, o ônus de provar

seja da acusação, a quem compete apresentar a imputação em juízo por meio da denúncia, há que se fazer recordar que, a teor do disposto no artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Esse é o regramento que impera: o interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova a ser endereçada ao órgão julgador, visando fazê-lo acreditar em sua argumentação, mormente quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou culpabilidade. A finalidade da prova é o convencimento do juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Disso, verdadeiramente, não se desincumbiram os réus, embora possível, não merecendo guarida, pois, a insurgência.

Já adentrando ao mérito da acusação, cumpre registrar que a prova material dos crimes aqui apurados compõe-se de diversos elementos de convicção, colhidos durante a fase instrutória, quais sejam, elementos decorrentes de apreensão, perícias realizadas, interrogatórios dos réus, depoimentos das testemunhas, documentos juntados. Todas provas diretas, por excelência.

Não bastam, contudo, à efetiva apuração dos delitos a que respondem os acusados, sendo de rigor o aproveitamento também das provas indiretas, afinal, a busca da verdade real (ou verdade judicial, como tida modernamente) envolve, necessariamente, o aproveitamento de todos os indícios que abarcam as práticas delituosas, que, concludentes, não deixem margem de dúvida de que os fatos não se passaram de outra forma, mesmo porque, se incerteza houver, restará apenas a absolvição, consoante o clássico *in dubio pro reo*.

A decisão definitiva, acima de tudo, deve traduzir a certeza moral do órgão julgador, retirada do estudo de todo o conjunto probatório. E a lei processual penal abriga a prova indiciária. Segundo o artigo 239 do CPP, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. É, pois, o indício, sempre um elemento circunstancial, que se une a outros, como forma de autorizar o convencimento ou não, podendo aparecer no processo penal de forma típica ou atípica.

Tendo em vista o princípio da livre apreciação das provas, explicitado no texto da lei (CPP, artigo 157), é incontestável o valor probatório dos indícios, possuindo o mesmo valor das provas diretas, já que não existe em nosso sistema persecutório hierarquia de provas, ou seja, não há necessariamente maior ou menor prestígio de uma em relação a outra, cumprindo ao magistrado imprimir-lhes o valor que melhor entender. Desse modo, conforme Mirabete, “indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado”. E Guilherme de Souza Nucci: “(...) os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados - a grande maioria - que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real”. Mais, José Frederico Marques: “O valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. Como a livre convicção não se confunde com o arbítrio, a força probante dos indícios deriva da prudente apreciação do juiz, que constrói a prova indiciária, e para isso deve o magistrado basear-se no *ex eo quod plerumque fit*, estando ainda obrigado a expor, de maneira exaustiva e convincente, através da motivação, ‘tutto l’iter del processo logico-formativo del suo razionale convincimento’”.

A jurisprudência dá respaldo à prova indiciária para a condenação penal:

“EMENTA: I. Sentença condenatória: justa causa conforme fundamentação idônea, baseada não apenas na confissão depois retratada do paciente, mas também na prova indiciária colhida em juízo, julgada bastante para elidir a verossimilhança de sua versão dos fatos: juízo de mérito a cuja revisão não se presta o *habeas corpus*.

II. Defesa técnica: não havendo contradição entre as

versões dos co-réus, não há nulidade na nomeação *ad hoc* de um só defensor para a audiência de testemunhas.”

(STF, *Habeas Corpus* 75.809-1, origem em São Paulo, 1ª Turma, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 17.03.98, votação unânime, DJ 17.04.98)

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI DE TÓXICOS (ART. 12, PAR. 2., INCISO II, C/C O ART. 18, INCISO I). ART. 386, INCISO VI, DO CPP. DISSÍDIO PRETORIANO.

I - A contrariedade ao art. 386, inciso VI, do CPP, a par de não surgir como tal no V. julgado recorrido, exigiria, para a sua acolhida, o vedado reexame do material cognitivo (Súmulas Nº 07 do STJ, 282 e 356 do STF).

II - Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que e exigida para a condenação.

III - A divergência jurisprudencial deve ser realizada no plano da *quaestio iuris* e, ainda assim, obedecer o disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Recurso não conhecido.”

(STJ, Recurso Especial 130.570, origem em São Paulo, 5ª Turma, relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 02.09.97, votação unânime, DJ 06.10.97)

Segue-se, pois, à análise das provas produzidas, diretas e indiretas, estas consistentes nos indícios reunidos, que, se não caracterizam elementos de convicção exclusivos, se integrarão com as demais, compondo robusto conjunto probatório, em harmonia perfeita, autorizando a formação do juízo de mérito acerca da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, verificando-se, enfim, se os fatos imputados configuram o delito do artigo 183, da Lei nº 9.472/97, no exame do mérito propriamente dito, a partir da denúncia oferecida e recebida por este Órgão Especial, suficientes a tanto os indícios existentes da prática delitiva, impondo-se a persecução penal, em contraditório, para apuração dos crimes em referência.

O desenrolar da instrução criminal, ao viabilizar o conhecimento de fatos diversos, chancelando, bem assim, os já sabidos, veio confirmar, à toda evidência, que o exercício acusatório não era desprovido de fundamento, crescendo-se, pois, elementos outros a sinalizar que SAMIR ASSAD NASSBINE, atual Prefeito do Município de Terra Roxa - SP, juntamente com servidores públicos municipais, “desenvolveram atividades de telecomunicação, durante o período em que a emissora esteve em funcionamento, sem a devida licença”.

Nunca é demais salientar estar-se diante de típico delito formal, que independe de resultado naturalístico, restando suficiente à consumação o perigo de dano abstratamente considerado, pouco importando seja efetivo ou potencial o prejuízo decorrente da conduta - na verdade, o dano ocorre de maneira difusa, atingindo o uso sistematizado e racional do espaço eletromagnético nacional -, à caracterização do crime, pois, exige-se, de forma expressa e inequívoca, que se desenvolva atividade de telecomunicação de forma clandestina, às ocultas, sem o aval do Estado, ou, mais precisamente, “sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite”, como conceituado no parágrafo único do artigo 184 da lei em questão, em afinada sintonia com os dispositivos constitucionais relacionados ao assunto, o artigo 21, inciso XII, “a” - “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” -, e o *caput* do artigo 223 - “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal” - da Constituição Federal.

Sumariando, em 3 de julho de 2000 a Agência Nacional de Telecomunicações fez dirigir à Polícia Federal representação “em face da estação de radiodifusão sonora clandestina autodenominada NOSSA FM”, “objeto de diversas denúncias formais encaminhadas a esta Agência, uma vez que provoca interferências prejudiciais nos aparelhos receptores/transmissores, legal e tecnicamente

instalados” (fls. 04/14 do apenso de reg. nº 2000.61.02.009835-3).

A corroborar a ausência de autorização para funcionamento da emissora, confirmando a tipicidade da conduta, o teor do Ofício nº 10246/2002/ER01OT/ANATEL-SP, encartado à fl. 106, encaminhado em 26 de setembro de 2002, de que “a RÁDIO NOSSA FM - 104,9 MHz, instalada na Rua José Demarch, 252 - Jd. São Paulo, em Terra Roxa/SP, não possui qualquer outorga deste Poder Concedente para executar o serviço de Radiodifusão, sendo assim, estamos providenciando a inclusão da mesma em rota de fiscalização, visando a constatação da eventual operação clandestina, para em seguida, serem tomadas as providências cabíveis, previstas na legislação pertinente em vigor”.

Mesmo que se tenha registrado, nos depoimentos prestados por Maria das Dores (fls. 231/232) e Bernardo Marinoschi Neto (fls. 233/235), que Wainer Milanez, quando responsável pela gerência da rádio, teria “formulado requerimento de legalização da rádio ao Ministério das Comunicações em seu nome”, não fosse o bastante a ausência de elemento probatório a respeito, tal fato não descaracteriza a infração penal em tela, persistindo a clandestinidade reclamada no preceito incriminador enquanto não autorizado pelo órgão responsável o desenvolvimento das atividades de radiodifusão, ou seja, o simples pedido de permissão à ANATEL sem o assentimento prévio, não teria o condão de tornar atípicos os fatos descritos na denúncia, confirmando-se, a *contrario sensu*, o conhecimento de que o funcionamento sem permissão não era permitido.

Neste sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA. BUSCA E APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS DE RÁDIO COMUNITÁRIA CLANDESTINA. ART. 183 DA LEI 9.472/97. CABIMENTO. ALEGAÇÃO DE DEMORA DA ADMINISTRAÇÃO NA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DA RÁDIO COMUNITÁRIA E DE ILEGALIDADE NO PODER DE POLÍCIA PRATICADO PELA ANATEL. IMPROCEDÊNCIA.

1. Em sede de Mandado de Segurança, só é possível reconhecer direito líquido e certo, ou seja, quando a negativa de autoria é evidente ou quando o fato narrado não constituir crime, ao menos em tese, ou mesmo em situações que não é necessária a instrução criminal para que se perceba tais fatos.
2. Não é o caso dos autos, onde a impetrante admite estar funcionando sem a devida autorização do Ministério das Comunicações.
3. A alegada demora da Administração Pública na análise do processo administrativo, não pode dar causa para o funcionamento da rádio comunitária, colocando em risco o patrimônio e vida de terceiros, porquanto possível, como é cediço, a interferência dos equipamentos em outros serviços de telecomunicações, tais como os instalados em aeronaves, embarcações, bem como nos controles de tráfego aéreo e marítimo, conforme o caso.
4. A alegação de supostas ilegalidades do chamado poder de polícia praticadas pela ANATEL, no caso, revelam-se descabidas, pois da leitura dos autos, visualiza-se que as diligências foram realizadas pela Polícia Federal, portando mandado de busca e apreensão expedido por juiz competente.” (TRF 4ª Região, Mandado de Segurança 2006.04.00.019618-8/RS, 7ª Turma, rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, j. 1.8.2006, DJ 9.8.2006)

Nem se argumente, como suscitado pela defensoria de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, “que a manutenção de Rádio Comunitária não configura crime”.

Primeiro, porque a instrução, sob tal aspecto, não avançou suficientemente, muito embora no depoimento de Bernardo Marinoschi Neto colhido em juízo tenham sido descritas inserções de patrocinadores durante os programas, a revelar o caráter comercial da emissora - “o meu programa na rádio Nossa FM era um dos mais ouvidos e as inserções comerciais de supermercados que eram dois, Supermercado Nossa Senhora Aparecida e

Supermercado Pavan, custavam R\$ 50,00 por mês; a casa de materiais para construção Progresso pagava R\$ 70,00, por mês, e Habastos pagava R\$ 100,00 por mês” -, além da constatação de que “a rádio tinha dinheiro e isto eu sabia porque os meus programas tinham patrocínio e os da Gisele também, alguém injetava dinheiro na rádio, porque havia CDs novos, equipamentos novos, coisas assim”, “nós dois inclusive concluímos o curso de locução no Senac de Barretos e a rádio arcou com parte das despesas do curso”, bem como que “a rádio não fazia trabalho comunitário, muito pouco, era mais voltada à área comercial, uma vez ou outra um ou outro pastor utilizava a rádio, que não tinha nenhum caráter religioso; a única coisa de cunho religioso que havia era o meu programa, durante a semana toda, quando havia o momento de oração, ao meio dia, antes de terminar o programa; às 18h havia a oração da ave-maria, que a gente deixava gravada ou era feita ao vivo pelo padre, por telefone a partir da casa paroquial” (fls. 640/643).

No mais, ainda que se estivesse a cuidar, de fato, de rádio comunitária, de forma alguma eximiria a responsabilidade no âmbito criminal, não se permitindo que a emissora opere livremente, sendo indispensável a prévia autorização do Poder Público, a teor do disposto no artigo 6º da Lei nº 9.612/98, segundo o qual “Compete ao Poder Concedente outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observados os procedimentos estabelecidos nesta Lei e normas reguladoras das condições de exploração do Serviço”, de sorte que o desenvolvimento de atividades de radiodifusão sem o devido controle, mesmo quando decorrente de operação em baixa potência e cobertura restrita, mantém o caráter de clandestinidade e configura o ilícito penal.

A propósito, a jurisprudência, *in verbis*:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. ART. 70 DA LEI 4.117/62.

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são, por definição, serviços a serem explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, concessão ou autorização, razão pela qual rádio comunitária em questão, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não pode funcionar sem a devida autorização do Poder Público. (Precedentes). Recurso especial provido.”

(STJ, Recurso Especial 845.751/CE, 5ª Turma, rel. Ministro Felix Fischer, j. 26.6.2007, DJ 10.9.2007)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATIVIDADES DE RÁDIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA FUNCIONAMENTO. LEI Nº 9.472/97, ART. 183. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES PREVISTAS NO ART. 68, INCISO III, ALÍNEAS ‘A’ E ‘D’. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Da análise dos autos, verifica-se que a materialidade e a autoria do delito tipificado no art. 183, da Lei nº 9.472/97 ficaram comprovados.

2. O funcionamento do serviço de radiodifusão comunitária, mesmo com potência inferior a 25 watts e com altura do sistema irradiante não superior a 30 metros, depende de autorização da autoridade competente, sob pena de subsunção da conduta ao delito previsto no art. 183, da Lei nº 9.472/97.

3. Não há de se falar da ocorrência de erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição) quando se constata ser de conhecimento geral que para a instalação e funcionamento de um serviço de radiodifusão, depende de autorização do órgão público competente, por ser de competência da União explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, ‘a’ da Constituição Federal).

4. A incidência das atenuantes genéricas previstas no art. 65, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘d’ do Código Penal não pode ocorrer quando conduzirem à diminuição da pena imposta

pela sentença recorrida para aquém do mínimo legal, conforme entendimento consolidado no verbete da Súmula 231 do eg. Superior Tribunal de Justiça (‘A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal’).

5. Apelações improvidas.”

(TRF 1ª Região, Apelação Criminal 2004.38.02.004566-0/MG, 4ª Turma, rel. Des. Fed. I’talo Fioravanti Sabo Mendes, j. 3.6.2008, DJ 27.6.2008)

“PENAL - TELECOMUNICAÇÕES - RÁDIO COMUNITÁRIA CLANDESTINA - APLICAÇÃO DO ART. 183 DA LEI 9.472/97 - POSSIBILIDADE - ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CARACTERIZADO.

1. O funcionamento de estação de rádio sem prévia autorização da autoridade pública competente, constitui conduta típica prevista no artigo 183, da Lei 9.472/97.

2. A exigência da autorização se aplica inclusive às rádios comunitárias (assim definidas aquelas com potência inferior a 25 Watts e com altura do sistema irradiante não superior a 30 metros), o que não é o caso destes autos. Trata-se da necessidade de se garantir o controle e a fiscalização pelo órgão competente, haja vista a possibilidade de interferência nas radiocomunicações em geral - com especial risco para o transporte aéreo - e a eventual utilização do serviço para fins delituosos, que devem ser prevenidos pelo poder público.

3. Estação de rádio que operava clandestinamente - mesmo durante curto período - sem a devida licença. Representante legal incurso nas penas do art. 183 da Lei 9.472/97.

4. Apelação conhecida e parcialmente provida para, mantendo a condenação, reduzir as penas ao mínimo legal.”

(TRF 2ª Região, Apelação Criminal 2000.50.01.001417-9/ES, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Sérgio Feltrin Correa, j. 7.12.2005, DJ 11.1.2006)

“PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - RÁDIO COMUNITÁRIA - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 594 DO CPP - TIPICIDADE DA CONDUTA - INEXISTÊNCIA DE *ABOLITIO CRIMINIS* - ART. 6º DA LEI Nº 9.612/98 - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PARA RÁDIO COMUNITÁRIA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PRELIMINAR SUSCITADA PELO MPF CONHECIDA COMO MATÉRIA DE MÉRITO - RETIFICAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO FATO - FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Réu condenado pela prática do crime de utilização ilegal de telecomunicações, na qualidade de representante legal da ‘Rádio Produto Paulista FM’, instalada no Município de Dobrada/SP e que funcionava na frequência de 102,5 MHZ sem a autorização do órgão público competente.

2. Quanto à liberdade do réu, o Juiz *a quo* se pronunciou na sentença no sentido de que ele não poderia apelar em liberdade, uma vez que possui maus antecedentes e é reincidente, além de apontar personalidade e conduta social voltadas à prática de delitos. Contudo, o réu foi intimado da sentença condenatória após a interposição de recurso de apelação por seu advogado e o recebimento deste pelo magistrado de primeira instância, em ambos os efeitos - suspensivo e devolutivo. Não há notícia nos autos de que tenha sido expedido mandado de prisão em razão da sentença condenatória. Extrai-se, portanto, que a suspensão do *decisum* tornou, de forma contraditória, inócua a determinação de recolhimento ao cárcere contida na sentença. Ademais, o recurso foi recebido independentemente de medida constitutiva à liberdade do réu, razão pela qual não há que se indagar, nesse momento, da aplicabilidade do artigo 594 do Código de Processo Penal.

3. Tipicidade da conduta. Denúncia que imputa fatos ilícitos ocorridos em 06 de abril de 1998, portanto, sob a vigência da Lei nº 9.472/97. Da comparação do art. 70 da

Lei nº 4.117/62 com o art. 183 da Lei nº 9.472/97 verifica-se que houve mera repetição: a norma jurídica, na descrição da conduta, é a mesma, sendo irrelevante o número da lei, que não integra a sua estrutura normativa. Na primeira lei, o tipo penal sancionava a ‘instalação ou utilização de telecomunicações’. Agora, apenas o exercício de ‘atividades de telecomunicação’. Portanto, a conduta ilícita permanece a mesma, houve alteração apenas do diploma normativo que a prevê, caso de sucessividade de leis no tempo. Inocorrência de *abolitio criminis*.

4. É a radiodifusão uma espécie de telecomunicação (art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97).

5. Não elide a responsabilidade penal a alegação de tratar-se de rádio comunitária de interesse comunitário e que opera em baixa potência, posto que a autorização para seu funcionamento compete à União, a quem cabe a delegação dos serviços de radiodifusão. A exigência de autorização nunca foi afastada pela Constituição Federal, sendo inócua a invocação do quanto disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica e hoje é expressa no art. 6º da Lei nº 9.612/98.

6. A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 14, auto de depósito de fl. 15 e pelo laudo de exame em material de fls. 27/28, conclusivo no sentido de que os equipamentos encontravam-se em condições de uso, prestando-se a radiodifusão em FM, desde que acoplado a um sistema irradiante (antena) adequado, operando na frequência de 107,5 MHz. O laudo afirma que a instalação da emissora, sem os devidos cuidados de isolamento, pode causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados.

7. A autoria foi comprovada à saciedade. Tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo, o réu atrelou a existência da rádio a uma associação da qual era presidente e atribuiu a ele próprio a criação da emissora de comunicação, sendo

que os demais associados não tinham poder de decisão. Além disso, mostrou-se à frente da administração da emissora, na medida em que foi ele quem tentou regularizá-la, sem lograr êxito. As testemunhas ouvidas afirmam que o réu era o responsável pela rádio.

8. Verifica-se que a condenação do réu deve ser mantida, entretanto, com fulcro no artigo 183 da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, porquanto, o auto de exibição e apreensão data de 06 de abril de 1998, data em que se constatou a prática delituosa, quando a nova legislação que passou a tratar das telecomunicações já se encontrava em vigor. A Lei 9.472/97, em seu artigo 183, majorou a pena mínima estampada no preceito secundário do artigo 70 da Lei 4.117/62 e estabeleceu pena de multa. Entretanto, à míngua de recurso do órgão acusador e para que não haja *reformatio in pejus*, a reprimenda fixada pelo juízo *a quo* deve permanecer incólume.

9. A pena imposta foi de detenção, a ser cumprida no regime semi-aberto.

10. Apelação improvida.”

(TRF 3ª Região, Apelação Criminal 2003.03.99.026620-4/SP, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 22.5.2007, DJ 19.6.2007)

A materialidade dos delitos encontra-se estampada, à toda evidência, na prova pericial produzida com a apreensão dos equipamentos utilizados.

O Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Rádio Transmissor) nº 00608/01-SR/SP, referente ao mandado de busca e apreensão cumprido em 18 de outubro de 2000, em que arrecadados transmissor “Marca Mondel, Mod. MTFM-1001250”, uma “Mesa de Som, Marca Machie, Mod. CR1604-VLZ”, um “Microfone, Marca TSI, Mod. TSM-2000”, dois “Microfones, Marca Lesson, Mod. SM-58”, três “Reprodutores de CDs, Marca Sony, Mod. CDP-M28”, um “Reprodutor de MD, Marca Sony, Mod. MDS-JE320”, uma “Câmara de ECO, Marca Alesis, Mod.

Midiverb4”, um “Receiver, Marca Gradiente, Mod. CD-2600”, “trezentos e sessenta e sete (367) CDs, variados”, um “Gerador Stéreo, Marca Montel, Mod. MTFM-100” e oito “MDs variados”, atestou que “o conjunto dos aparelhos examinados, quando acoplados a um sistema irradiante (antena), pode constituir um estúdio de radiodifusão em frequência modulada”, sendo que “o aparelho transmissor apresenta uma potência de aproximadamente vinte e cinco Watts e opera em 104,9 MHz” (fls. 33/34).

Em decorrência da segunda apreensão realizada junto à emissora, em 06 de dezembro de 2002, constando, do auto de apresentação, além do transmissor, “cinco CDs diversos”, um “Microfone da Marca TSM 2000 TSI com cabos”, uma “Mesa de Som Marca Liveson, Nº de Série-CMX-0811753, MOD. CMX08” e um “Compact Disc Player GRADIENTE, Mod. CDP-2000, sem nº de série aparente”, restou consignado no Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico (Transmissor de Radiofrequência) nº 1115/06-SR/SP que o material examinado, “um transmissor de radiofrequência, sem marca ou modelo aparentes, montado em caixa metálica de cor preta, com painel frontal de cor bege, em estado de conservação regular, sem número de série aparente, contendo a inscrição ‘TER-RA ROXA 102,9 MHz’”, “encontra-se em funcionamento, prestando-se à radiodifusão em FM, operando com portadora na frequência de 102,9 MHz”, e “a potência emitida pelo transmissor é de aproximadamente 30 Watts”, respondendo, ainda, os peritos, que “a instalação de emissora pode causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados” (fls. 390/393).

Os depoimentos prestados à autoridade policial pelos agentes federais Luiz Cláudio Santana (fl. 70) e Aroldo Silva Rezende (fl. 71), participantes, juntamente com fiscais da ANATEL, da diligência que resultou na primeira apreensão ocorrida, confirmam que “a emissora de radiodifusão clandestina autodenominada RÁDIO NOSSA FM, estava em atividade”, depois referendados judicialmente - “a rádio estava funcionando quando a equipe chegou ao local e ali havia um locutor; na ocasião, não foi exibida a licença para funcionamento da rádio” (fl. 638).

Igualmente, as declarações tomadas em 11 de junho de 2002 de Bernardo Marinoschi Neto, “locutor da rádio”, “presente na sede da Rádio Nossa FM, 104,9 MHz, no momento em que os Policiais Federais compareceram àquela sede para cumprimento do Mandado Judicial de Busca e Apreensão”, relatando à ocasião que “a Rádio Nossa FM continua em atividade e funcionamento na Rua José Demarch, 252 - Jd. São Paulo - Terra Roxa/SP, com outros equipamentos, sob a responsabilidade das mesmas pessoas”, o que originou a autorização para reiteração da busca; e o teor de sua oitiva em juízo - “eu fazia a locução na rádio Nossa Fm, que funcionava na Rua José Demarchi, s/nº, em Terra Roxa/SP; depois da primeira apreensão eu voltei para Bebedouro e ia frequentemente a Viradouro; eu conheço todos os acusados e inclusive nessa primeira ocasião disseram que a rádio era minha e os acusados nada mencionaram; posteriormente, em Viradouro, eu consegui sintonizar a rádio Nossa FM e informei este fato à Polícia Federal, quando eu fui indiciado e mencionei que ela estava ainda em funcionamento, o que demonstra que eu não era o seu dono; em razão dessa informação é que houve o cumprimento de um segundo mandado, em 2002, na data mencionada na denúncia” (fls. 640/643).

Os próprios acusados, primeiro em sede inquisitorial e depois nos interrogatórios tomados no curso da ação penal, em 18 de janeiro de 2007, reconheceram que a emissora de rádio operava regularmente.

SAMIR ASSAD NASSBINE, ouvido em 12 de fevereiro de 2004, informou que “pelo que se recorda a RADIO NOSSA FM esteve em funcionamento na cidade” (fl. 188), tendo confirmado em juízo que “efetivamente havia na cidade de Terra Roxa uma espécie de rádio comunitária conhecida como Rádio Nossa FM”, “eu sabia que a rádio funcionava havia bastante tempo na cidade de Terra Roxa”, “sei que ela parou de funcionar depois das diligências da Polícia Federal” (fls. 516/519).

JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, interrogado na polícia em 15 de maio de 2003, disse que “a RÁDIO NOSSA FM, Frequência 102.9 MHz, em Terra Roxa/SP, esteve em funcionamento

por aproximados 10 (dez) anos” (fls. 132/133), admitindo, em juízo, que a estação emissora “funcionou na cidade de Terra Roxa, pois era fato público e notório na cidade”, “no ano de 2002, sei que a rádio voltou a funcionar no mesmo local em que funcionou até o ano de 2000”, “sei que depois de 2002 a rádio parou de funcionar” (fls. 520/522).

JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, em 13 de fevereiro de 2001, na qualidade de testemunha compromissada na forma da lei, afirmou que “a rádio estava em funcionamento” (fl. 36), depoimento ratificado por ocasião de seu interrogatório policial em 10 de junho de 2003 (fl. 142).

Por fim, MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA declarou à polícia que “sabia do funcionamento da RÁDIO NOSSA FM em Terra Roxa/SP” (fl. 189), e em seu interrogatório judicial reconheceu que “99% da população de Terra Roxa conhecia e ouvia a Rádio” (fls. 526/528).

Certa a sobrevivência na clandestinidade, até que a Polícia Federal, em duas oportunidades, desse cabo das ordens de apreensão dos equipamentos, cumpre demonstrar a responsabilidade pela manutenção da emissora em funcionamento.

Nesse aspecto, não se consegue vislumbrar hipótese outra que não a prática dos delitos em repetição pelos co-réus abarcados na inicial acusatória, permitindo-se concluir, do cotejo dos elementos todos reunidos, conforme asseverado pelo Ministério Público Federal, que “restou comprovado o envolvimento de SAMIR ASSAD NASSBINE, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA e MARCO ANTONIO CARDOSO PEREIRA, no crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97”, segundo já se imaginava, inclusive, quando do recebimento da denúncia, tendo, naquela ocasião, filhado os seguintes fundamentos, no voto que proferi (fls. 482/492):

“Há razoáveis *indícios de autoria*, no que tange aos indicados nominados pelo órgão acusatório como autores do delito, bastantes, por ora, para que se possa receber a denúncia ofertada e inaugurar processo criminal.

(...)

Os depoimentos tomados de todos os envolvidos no caso, como apontado pela Procuradoria Regional da República, permitem deduzir que a RADIO NOSSA FM subsistia com o fim de atender interesses políticos junto à Prefeitura Municipal de Terra Roxa - SP. Que JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA e JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, todos servidores públicos municipais de Terra Roxa - SP, ‘desenvolveram atividades de telecomunicação, durante o período em que a emissora esteve em funcionamento, sem a devida licença’. Que SAMIR ASSAD NASSBINE, que exerceu mandato de Prefeito de Terra Roxa - SP nos períodos de 1993 a 1996 e 2001 a 2004, reconduzido ao cargo para a gestão atual (fl. 224), ‘não só participou e concedeu entrevistas em diversos programas da RÁDIO NOSSA FM, como também chegou a instalar a emissora, em imóveis de sua propriedade, mesmo sabendo que a referida Rádio não possuía as necessárias licenças de funcionamento’.

Em seu interrogatório de fls. 81/82, acima mencionado, Bernardo Marinoschi Neto, locutor da emissora à época da primeira apreensão, asseverou que os responsáveis por sua instalação e funcionamento ‘eram as pessoas de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, Élcio Antônio Bresqui, JOÃO AMÂNCIO VIEIRA e MARCO ANTÔNIO CARDOSO’, todos ‘funcionários da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP’, e que ‘o proprietário dos equipamentos da referida rádio era a pessoa de SAMIR ASSAD NASSBINE’. Disse mais, que MARCO ANTÔNIO CARDOSO ‘era o responsável pela área comercial, atuava junto às empresas e estabelecimentos comerciais daquele município no sentido de angariar comerciais para serem divulgados na referida rádio’. Que ‘quem efetuava o pagamento do salário mensal do interrogado era a pessoa de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES’, sendo que o mesmo dizia-lhe que a rádio ‘possuía toda a documentação

para funcionar’. Que à época em que trabalhou como locutor, SAMIR ASSAD NASSBINE ‘era secretário municipal de saúde do município de BARRETOS/SP, estava sempre dando entrevista na Rádio Nossa FM, com o intuito de ficar em evidência no município de Terra Roxa/SP’. Tendo confidenciado, ainda, que ‘a Rádio Nossa FM continua em atividade e funcionamento na Rua José Demarch, 252 - Jd. São Paulo - Terra Roxa/SP, com outros equipamentos, sob a responsabilidade das mesmas pessoas, ou seja, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e JOÃO AMÂNCIO VIEIRA’, e que ‘atualmente, os responsáveis pela rádio a colocam no ar às sextas-feiras permanecendo até domingo à noite’, o que fez retornar a Polícia Federal ao local mencionado em 06 de dezembro de 2002, munida de novo mandado de busca expedido pelo juízo competente, após favorável parecer ministerial, oportunidade em que restaram apreendidos novamente equipamentos propícios ao desenvolvimento de radiodifusão, salientando, a autoridade policial responsável pela missão, porque constara, na ordem expedida, por equívoco, ‘Rádio Crystal FM 104,5’, que ‘na ocasião da diligência, o responsável pela rádio, Sr. JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, informou-nos que diferentemente do que consta no Mandado, a emissora que operava naquele endereço tratava-se da RÁDIO NOSSA FM - frequência 102,9 MHz’, colocando-se em evidente realce e ganhando credibilidade o depoimento prestado.

JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA (fls. 132/133) confirmou que ‘trabalhou na supra rádio por aproximado 06 (seis) meses, desempenhando a função de locutor de programa sertanejo’, revelando, ainda, que ‘durante o período em que trabalhou na referida rádio, não atentou para verificar se a RÁDIO NOSSA FM, Frequência 102,9 MHz tinha autorização/permissão do Poder Concedente para funcionar’, demonstrando, inclusive, conhecimento em relação ao alcance da rádio, que ‘tinha uma atuação voltada basicamente para a comunidade, ou seja, uma programação sem fins comerciais’.

Promovida acareação entre Bernardo Marinoschi Neto, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e Élcio Antônio Bresqui, ratificou-se o envolvimento da Prefeitura de Terra Roxa - SP e seus funcionários na operação da rádio clandestina, reforçando, no dizer do Ministério Público Federal, a ‘participação de SAMIR ASSAD NASSBINE, atual Chefe do Executivo Municipal de Terra Roxa - SP, nos fatos ora investigados’ (fls. 160/161).

A propósito, do auto de acareação, às fls. 139/141:

‘O *PRIMEIRO ACAREADO*: confirma na íntegra suas declarações prestadas no Auto de Qualificação e Interrogatório de fls. 73/74; QUE, conhece as pessoas de ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, os quais estão presentes nesta sala; QUE, antes da apreensão dos equipamentos da emissora RÁDIO NOSSA FM ocorrida em 18.10.2000, os aqui presentes e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI freqüentavam a sede da emissora clandestina, na Rua José Demarch, 252, em Terra Roxa/SP. QUE, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES era mais freqüente na sede da rádio já citada, pois sempre participava, a convite dos locutores, no programa desportivo transmitido diariamente às 18 h e 30 min; QUE, às 18 h e 30 min, o *primeiro acareado* não ficava na sede da emissora “RÁDIO NOSSA” , mas sabe que JOÃO FERNANDES participava do programa esportivo porque ficava em casa ouvindo a rádio; QUE, ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI freqüentava muito pouco a sede da rádio já mencionada, sendo que uma funcionária da Prefeitura de Terra Roxa/SP ligava para o *primeiro acareado* informando que havia um comunicado de interesse da Prefeitura para ser divulgado pela “RÁDIO NOSSA FM”; que às vezes era a pessoa de ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI quem levava o comunicado até a sede da rádio e às vezes o *primeiro acareado* ia até a sede da Prefeitura de Terra Roxa/SP e recebia o comunicado a ser transmitido do próprio ÉLCIO ANTÔNIO

BRESQUI, que era e ainda é funcionário daquela Prefeitura; QUE, WAINER MILANEZ trabalhou na Rádio “NOSSA FM”, sendo que o mesmo faleceu no ano de 2000 em data anterior a apreensão dos equipamentos da Rádio “NOSSA FM”; *SEGUNDO ACAREADO*: conhece o *primeiro acareado* desde que o mesmo trabalhava na Rádio NOSSA FM; QUE, freqüentava a sede da Rádio NOSSA FM a convite do *primeiro acareado* para transmissão do programa esportivo e outros eventos de utilidade pública ligados a área esportiva, visando dar integração esportiva aos jovens delinquentes e menores abandonados; QUE, não era proprietário de equipamento ou instrumento, nem tinha nenhuma participação na instalação e funcionamento da Rádio NOSSA FM; QUE, é funcionário da Prefeitura Municipal; QUE, não tem conhecimento de que SAMIR ASSAD NASSBINE, atual Prefeito de Terra Roxa/SP, dava entrevistas e participava de outros programas transmitidos pela Rádio NOSSA FM; QUE, conhece JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA há mais de nove (09) anos, sendo que trabalham juntos na Prefeitura Municipal, no desenvolvimento de programas envolvendo atividades esportivas com fins sociais; QUE, quando era entrevistado no programa esportivo da Rádio NOSSA FM não tinha conhecimento de que a mesma não tinha autorização do Poder Público para funcionar; QUE, conhece o *terceiro acareado* (ÉLCIO ANTÔNIO BRESQUI) aqui presente, sendo que desconhece se o mesmo tinha qualquer participação na Rádio NOSSA FM; QUE, juntamente com o *terceiro acareado*, após tomarem conhecimento de que a Polícia Federal estava na sede da Rádio NOSSA FM para apreender os equipamentos decidiram ir até a sede da rádio para ver o que estava acontecendo; QUE, no dia 18.10.2000, havia aproximadamente quarenta pessoas em frente a sede da Rádio NOSSA FM, todos como curiosos. E o *TERCEIRO ACAREADO*: QUE, é funcionário da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP há mais de dez (10) anos; QUE, é Fiscal Geral

Administrativo da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP; QUE, já solicitou ao *primeiro acareado* (BERNARDO MARINOSCHI NETO), por diversas vezes que transmitisse comunicados de interesse da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP através da Rádio NOSSA FM; QUE, às vezes levava o comunicado até a sede da Rádio NOSSA FM e às vezes BERNARDO MARINOSCHI recebia o comunicado de suas mãos na sede da Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP; QUE, os comunicados eram de interesse da população local, como campanha de vacinação de pessoas, de animais e dentre outras; QUE, das poucas vezes que foi até a sede da Rádio NOSSA FM lá nunca se encontrou com o *segundo acareado* aqui presente; QUE, conhece JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES há mais de vinte (20) anos; QUE, conhece o *primeiro acareado* (BERNARDO MARINOSCHI NETO) há vários anos da cidade de Terra Roxa/SP; QUE, não teve nenhuma participação na instalação e funcionamento da RÁDIO NOSSA FM; QUE, no dia 18.10.2000, esteve presente na sede da Rádio NOSSA FM apenas por curiosidade, sendo que ao tomar conhecimento que a Polícia Federal estava na sede da Rádio NOSSA FM apreendendo os equipamentos foi até lá para ver o que estava acontecendo; QUE, no dia 18.10.2000, havia aproximadamente quarenta pessoas em frente a sede da Rádio NOSSA FM, todos como curiosos; QUE, conhece JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA há mais de vinte anos, sendo que trabalham juntos na Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP; QUE, tinha conhecimento de que JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA trabalhava Rádio NOSSA FM em período anterior a apreensão dos equipamentos daquela emissora ocorrido no dia 18.10.2000; QUE, não tinha conhecimento de que a Rádio NOSSA FM fora reinstalada com outros equipamentos e continua em funcionamento no mesmo endereço da Rua José Demarch, 252, em Terra Roxa/SP.'

MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, à fl. 189,

declarou que ‘sabia do funcionamento da RÁDIO NOSSA FM em Terra Roxa/SP’. Que ‘tinha um programa na RÁDIO NOSSA FM todos os sábados no ano de 1999 por 04 meses aproximadamente’, não sabendo, contudo, indicar o período. Que ‘a Secretaria de Saúde do Município de Terra Roxa/SP solicitava à direção da RÁDIO NOSSA FM a divulgação de programas de vacinação nas épocas de vacinação’. Afirmou conhecer ‘as pessoas de Bernardo Marinoschi Neto, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e Élcio Antônio Bresqui, tirante este, os outros tinham programa na RÁDIO NOSSA FM’.

E o derradeiro depoimento prestado em 06 de abril de 2005 por Bernardo Marinoschi Neto (fls. 233/235), cuja riqueza de detalhes vem fortalecer a acusação formulada nestes autos, *in verbis*:

‘... inquirido pela autoridade, RESPONDEU QUE em 03.05.1997 foi à Terra Roxa/SP, na emissora RADIO NOSSA FM, que nesta época funcionava nos fundos da SAMED CLÍNICA, localizada numa esquina da Rua Floriano Peixoto, cujo número não se recorda, de propriedade de SAMIR ASSAD NASSBINE, para procurar emprego como locutor, sendo atendido como Wainer Milanez, que se identificou como responsável pela gerência da emissora; QUE conseguiu emprego e trabalhou durante 3 meses nos fundos da SAMED CLÍNICA, quando então a emissora mudou-se para a Rua José de Marchi, nº 252, Jardim São Paulo; QUE este último imóvel era uma casa da COHAB de propriedade, de fato, de SAMIR, que a teria comprado do mutuário original, cujo nome não sabe informar; QUE permaneceu trabalhando na emissora até seu fechamento, até 18/10/2000; QUE nesse período tomou conhecimento que o verdadeiro proprietário da emissora era SAMIR; QUE Wainer era assessor de SAMIR e teria tido a idéia de montar uma rádio que era usada para fins políticos quando em período de campanha eleitoral; QUE Wainer, assim, tratava-se

de um “laranja”, tendo inclusive formulado requerimento de legalização da rádio ao Ministério das Comunicações em seu nome; QUE durante todo o período que trabalhou na emissora SAMIR esteve lá diversas vezes dando entrevistas, principalmente na área de saúde, como no combate à dengue e nas campanhas de ajuda ao hospital de Terra Roxa/SP, pois aproximadamente de 1996 a 2000 SAMIR era secretário municipal da saúde de Barretos/SP; QUE a rádio se mantinha com “apoios” culturais das empresas do município e da região; QUE para as vendas da publicidade era necessário emitir recibos, os quais eram feitos em nome da ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA CULTURAL E COMUNITÁRIA TERRA ROXA, cujo presidente era Devanir Amâncio; QUE Devanir não tinha qualquer participação na rádio, sequer tendo lá comparecido alguma vez, acreditando que tenha cedido seu nome para participação na associação como presidente a pedido de SAMIR pois acreditava que a emissora era legalizada; QUE Wainer cuidou da administração da rádio para SAMIR até sua morte em 29/05/2000; QUE a administração passou então a JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES; QUE JOÃO estava presente no dia da primeira apreensão, porém afirmou em seu depoimento que apenas passava pelo local, fato este inverídico pois o inquirido que o comunicou da fiscalização, por telefone, na Prefeitura Municipal, uma vez que na época era secretário municipal; QUE após a apreensão o declarante não tomou mais conhecimento de nenhum fato em relação à rádio, a não ser que se encontrava em funcionamento; QUE esclarece que a rádio se chamava NOSSA em razão dos dois “esses” da palavra, que seriam as iniciais de SAMIR e de sua esposa Sonia; QUE esclarece ainda que nos últimos 3 meses antes do primeiro fechamento, por estar em campanha eleitoral e SAMIR ser candidato a prefeito de Terra Roxa o telefone da rádio foi mudado para (17) 395-1515, sendo que o 15 é o número do PMDB, partido de SAMIR’.

A prova testemunhal colhida na fase inquisitorial é firme no sentido de que a RÁDIO NOSSA FM era de propriedade de SAMIR ASSAD NASSBINE, corroborando as assertivas trazidas por Bernardo Marinoschi Neto.

Maria de Lourdes Cardoso Pereira Fescina, funcionária pública municipal concursada, enfermeira no Pronto Socorro de Terra Roxa - SP, relatou 'QUE é vizinha do imóvel onde funcionava a RÁDIO NOSSA FM; QUE não sabe quem era o proprietário do imóvel; QUE acredita que o proprietário do imóvel era Wainer Milanez; QUE lidas as declarações de Bernardo Marinoschi Neto, informa que não sabe quem seria o efetivo proprietário da rádio, porém pode afirmar que SAMIR freqüentava a rádio dando entrevistas; QUE não tem conhecimento que a rádio teria funcionado na SAMED CLÍNICA; QUE o telefone da rádio, por um período, foi de fato 395-1515; QUE muitas pessoas da cidade, comentam que a RÁDIO NOSSA FM era de propriedade de SAMIR, porém a depoente, como já afirmado, não tem conhecimento desse fato' (fl. 247).

Sonia Maria de Nascimento Alves, residente à Rua Marechal Floriano, nº 796, na cidade de Terra Roxa - SP - vizinha, portanto, à 'SAMED CLÍNICA', de SAMIR ASSAD NASSBINE, localizada no mesmo logradouro, no nº 322 (fl. 251, verso) -, afirmou 'QUE tem conhecimento que a RÁDIO NOSSA FM funcionou, durante meses, nos fundos da SAMED CLÍNICA, tendo então se mudado para uma casa de Cohab, na Rua José de Marchi 252, cujo proprietário do imóvel não sabe informar quem seria; QUE não sabe quem seria o efetivo proprietário da rádio, porém pode afirmar que SAMIR freqüentava a rádio dando entrevistas freqüentemente; QUE muitas pessoas da cidade, comentam que a RÁDIO NOSSA FM era de propriedade de SAMIR, porém a depoente não tem como afirmar com certeza, ainda mais porque não tem nenhuma prova documental' (fl. 248).

E finalmente, Luiz Carlos Padovan, ratificando as declarações prestadas por Bernardo Marinoschi Neto e testemunhando

‘QUE apresenta para serem juntados aos autos exemplares do jornal denominado “Nosso Jornal”, esclarecendo que este jornal é uma publicação da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária de Terra Roxa, que pertence de fato a SAMIR ASSAD NASSBINE; QUE os membros da diretoria da referida associação são funcionários municipais e/ou fornecedores da Prefeitura, sendo Devanir Amâncio o maior fornecedor da Prefeitura Municipal, pois fornece combustível e produtos alimentícios; QUE alguns membros da diretoria da associação também fazem parte da diretoria do Hospital de Terra Roxa, nomeados por SAMIR; QUE a rádio Nossa FM é de propriedade de SAMIR, tendo por um período funcionado nos fundos da SAMED CLÍNICA, tendo posteriormente funcionado em uma casa de Cohab; QUE pelo que sabe esta casa teria sido retomada pela Cohab, em razão de dívida, tendo SAMIR dela se utilizado para instalar a emissora de rádio RÁDIO NOSSA FM’ (fl. 249). Os documentos supramencionados, encartados às fls. 251/254 (anverso e verso), mais precisamente, exemplares referentes aos meses de abril e maio de 2000 do ‘NOSSO JORNAL’, ‘Publicação Mensal da “Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa” – ADCCTR’, denotam a pertença tanto do periódico quanto da RÁDIO NOSSA FM - vinculando-a, também, à citada associação - ao Prefeito de Terra Roxa - SP, bem como a efetiva participação dos demais acusados nas atividades da emissora clandestina.

Em ambos os exemplares, sempre misturando as atividades da emissora clandestina à associação formada, encontram-se fotos dos denunciados, com matérias correspondentes às suas ‘realizações’, principalmente do alcaide, à época diretor clínico do Hospital Terra Roxa, não sendo demais salientar que, de fato, os dois ‘esses’ do ‘NoSSo Jornal’ e da ‘Rádio NoSSa’ vêm sempre em destaque na diagramação dos textos, acompanhando o mesmo estilo na escrita. O jornal de abril traz em relevo na primeira página (fl. 251):

‘Dr. SAMIR, o grande idealizador da ADCCTR - RÁDIO NOSSA’. Ressalta, ainda: ‘Diretor de Esportes Prof. JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e o presidente da ADCCTR, Devanir Amâncio, entregam os alimentos arrecadados em campanha da RÁDIO NOSSA’. Na página seguinte (fl. 251, verso), fotos reportando-se novamente a JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES como ‘diretor de esportes ADCC-Rádio Nossa’, e JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, ‘locutor da Rádio Nossa’. À página 4 (fl. 252, verso), publicidade da RÁDIO NOSSA - 104,9, que ‘Deseja a todos seus ouvintes e a família terra roxense uma Feliz Páscoa e a todos os doadores de sangue da Campanha “Salve uma Vida, Doe Sangue”, o nosso muito obrigado e que a paz de Deus esteja em todos os lares de nossa comunidade’; e logo abaixo, ‘O presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa, SAMIR ASSAD NASSBINE, bem como toda a diretoria, deseja a toda família terra roxense uma Feliz Páscoa, repleta de amor, amizade e muita saúde’.

Já no exemplar de maio, sobressai a declaração da Associação Desportiva Cultural e Comunitária de Terra Roxa como entidade de utilidade pública, ‘de grande valia para a nossa cidade, entendendo que por prestar relevantes serviços de utilidade pública como as campanhas promovidas pela Rádio Nossa e a criação do Nosso Jornal mais um veículo de comunicação da nossa comunidade’ (fl. 253). Destaque, ainda, para ‘o CAMPEONATO DE FUTSAL no ECTR uma promoção da ADCC-TR - Radio Nossa’, com ‘transmissão ao vivo pela Rádio Nossa 104,9’, à fl. 254, anverso, e, em seu verso, entrega, por parte do ‘diretor de eventos da ADCC-TR - Rádio Nossa, JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA e o diretor de esportes da ADVV-TR - Rádio Nossa, JOÃO FERNANES BRAGA MARQUES’ de ‘tanquinho’ em ‘Promoção do Dia das Mães’.

Demonstrados à exaustão, portanto, elementos indicativos

do cometimento do delito tipificado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, veementes os indícios de autoria e materialidade, bastantes, neste momento, ao início da fase judicial da persecução penal, tudo estando a indicar que, movido por interesses políticos, SAMIR ASSAD NASSBINE fez instalar, inicialmente, até em sua própria clínica médica, a RÁDIO NOSSA FM 104,9 MHz, a fim divulgar, tal como no 'NOS-SO JORNAL', suas realizações e empreendimentos como 'homem público' do Município de Terra Roxa - SP, utilizando-se, para o desenvolvimento das atividades clandestinas de radiodifusão, dos funcionários da Prefeitura JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA e JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, que, inclusive, fizeram questão de registrar - diferentemente de Bernardo Marinoschi Neto, que 'recebia o salário mensal de R\$ 220,00, mais a condução, para trabalhar como locutor' - que não recebiam qualquer tipo de remuneração para realização dos programas, faziam 'de favor', possivelmente, também movidos por interesses junto à Administração local, guardando importância o fato de, após a primeira apreensão junto à emissora e instauração de inquérito policial para averiguar o ocorrido, terem persistido na conduta ilícita, com a aquisição de novos equipamentos de transmissão, levada a efeito em outro canal (FM 102, 9 MHz), vindo afastar, em um primeiro momento, eventual alegação de desconhecimento de que a rádio funcionamento sem a devida permissão, avultando, pois, como asseverado pelo órgão acusatório, 'a intenção dolosa dos ora denunciados que, de forma livre e consciente, previamente ajustados e com unidade de desígnios, fizeram operar, por duas vezes, emissora de radiodifusão, denominada RÁDIO NOSSA FM, sem autorização do órgão público competente' (fl. 05).

As teses defensivas, lançadas nos depoimentos prestados pelos acusados e nas respostas preliminares trazidos aos autos, não se prestam a retirar a justa causa para a ação penal.

A alegação central, comum a todos os denunciados, de que o responsável pela rádio seria Wainer Milanez, é revestida de credibilidade, já que, conforme declarado por Maria das Dores, com quem Wainer, ‘filiado ao PMDB’, conviveu maritalmente ‘por aproximadamente 15 anos’, ‘por volta de 1996 Wainer pediu demissão do fórum para trabalhar como funcionário público municipal, como assessor do prefeito à época, Sr. SAMIR ASSAD NASSBINE’, e ‘até sua morte, trabalhou como assessor do prefeito de Terra Roxa, primeiro de SAMIR, depois Nilso Marostica, em seguida Marcelino Abbes Filho, todos do PMDB’ (fls. 231/232), em nada enfraquecendo, contudo, a tese acusatória, já que, muito provavelmente, Wainer Milanez seria o ‘braço direito’ de SAMIR ASSAD - em seu depoimento de fls. 233/235, Bernardo Marinoschi Neto chegou a denominá-lo de ‘laranja’ -, o que não exclui a responsabilidade do atual prefeito de Terra Roxa - SP e dos demais acusados, mesmo porque Wainer Milanez veio a óbito em 29 de maio de 2000 (fl. 279), tendo permanecido a RÁDIO NOSSA em funcionamento, consoante exposto acima, até que fossem apreendidos seus equipamentos, valendo ressaltar que Wainer, Secretário-Geral da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa, não tinha responsabilidade apenas em relação à rádio, mas também pelo ‘NOSSO JORNAL’, resenhando, inclusive, o editorial do exemplar publicado em abril de 2000, e fazendo referência a SAMIR como ‘nosso grande amigo’ que ‘se propôs a elaborar um jornal informativo’ (fl. 251, verso); já na publicação do mês seguinte, ficou, o editorial, a cargo de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES.

E, embora tivesse o depoimento prestado por Maria das Dores - curiosamente, ‘filiada ao PL’, partido que compunha a coligação da chapa de SAMIR (fl. 224) - como objetivo livrar a culpa do atual prefeito, chegando a ponto de afirmar que ‘quando havia algum evento na cidade Élson Antonio Bresqui e JOÃO BRAGA MARQUES, ambos

funcionários da Prefeitura, levavam para Wainer o comunicado para que fosse anunciado à população’, porém, ‘a declarante gostaria que constasse que os funcionários levavam esse comunicado sem o conhecimento do prefeito’..., confirmou que ‘nas datas comemorativas, como dia das mães, dia dos pais, natal, SAMIR dava entrevistas na rádio’, e que, enquanto Secretário de Saúde de Barretos - SP, no período de 1997 a 2000, SAMIR ASSAD ‘freqüentava a rádio dando entrevista como cidadão terraroxense’; contou, ainda, que ‘depois que Wainer morreu a declarante não tem certeza de quem continuou as atividades da rádio, acreditando que tenha sido JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA’”.

Nos interrogatórios em juízo, teimaram os acusados em negar envolvimento com a emissora clandestina, rechaçando expressamente a prática delitiva, recorrendo às inimizades e adversidades políticas para justificar as acusações e defendendo veementemente que o funcionamento da rádio, em plena atividade quando das apreensões realizadas em 18 de outubro de 2000 e 6 de dezembro de 2002, era de inteira responsabilidade de Wainer Milanez, cujo passamento se dera em 29 de maio de 2000 ...

“Não são verdadeiras as acusações constantes da denúncia. Elas têm motivação política e partiram principalmente de meu adversário nas últimas eleições chamado Luiz Padovan, que é o presidente do Partido dos Trabalhadores local. É a terceira vez que sou prefeito da cidade. Fui eleito pela segunda vez no ano de 2000 e, naquela oportunidade o mesmo grupo político do Luiz Padovan também perdeu as eleições e foi descoberta pela polícia civil uma trama para me matar. Houve abertura de inquérito policial e o caso teve repercussão nacional. No ano de 2004, fui reeleito prefeito e meu adversário derrotado se chama Roberto Maróstica, que é o pai da pessoa que foi acusada de tramar a minha morte no ano de 2000. O Luiz Padovan foi candidato à Vice-Prefeito. Efetivamente havia na cidade de

Terra Roxa uma espécie de rádio comunitária conhecida como Rádio Nossa FM. Não é verdade que eu mantinha essa rádio ou com ela contribuía de qualquer forma. Eu nunca fui até a sede dessa rádio e nem sabia onde se localizava. Em algumas oportunidades eu apenas atendia a alguns convites para dar entrevistas sobre assuntos de interesse local, como várias outras pessoas. No ano de 2000, eu era Secretário de Saúde da cidade de Barretos e, na época em que concedia as entrevistas, eu exercia este cargo. Na condição de Prefeito, eu nunca dei entrevistas para rádio. As entrevistas eram gravadas através de microfones e depois levadas ao ar. Sei que o Luiz Padovam amealhou vários documentos que estão nos autos no sentido de me acusar. Não há nenhum documento de que eu tenha qualquer relação com a rádio citada. Não é verdade que a rádio tenha funcionado em algum imóvel de minha propriedade, onde que qualquer equipamento tenha sido apreendido na minha casa. Sei que atualmente o Luiz Padovam mantém uma rádio comunitária em Terra Roxa, em nome de sua esposa. Ele foi notificado a regularizar a rádio, mediante pedido de alvará à Prefeitura. Eu pude verificar que ele tinha uma licença provisória de funcionamento dada pela ANATEL. Na época, ele não tinha o alvará de funcionamento municipal e nós fechamos a rádio. Depois ele entrou com uma ação e conseguiu uma liminar. Posteriormente, ele obteve o alvará de funcionamento municipal. Eu fiquei sabendo que a tal rádio, Nossa Fm, seria de propriedade de uma pessoa chamada de Vainer Milenês, que faleceu no ano de 2000. Eu sabia que a rádio funcionava havia bastante tempo na cidade de terra Roxa. Nem eu nem as pessoas que lá moram poderiam imaginar que ela não tivesse autorização. Sei que ela parou de funcionar depois das diligências da Polícia Federal. Posso afirmar também que conhece a pessoa chamada de Bernardo Marinoschi Neto. Ele também é meu desafeto e também é o responsável pelas acusações inverídicas que constam na denúncia. Este cidadão era

o responsável por uma entidade municipal de auxílio às pessoas carentes chamada Entidade de Auxílio aos Portadores de Câncer Carentes. Esta entidade tinha um alvará que a declarava de utilidade pública, que havia sido concedido pelo prefeito anterior. O Bernardo costumava pedir constantemente a renovação e era concedida e até mesmo por mim no início de meu mandato, uma ou duas vezes. Posteriormente, eu recebi denúncias e reclamações da comunidade local e da região de que o Sr. Bernardo estaria arrecadando mantimentos e numerário para a entidade e revertendo em proveito próprio. Foi proposta uma medida legislativa que passou pela Câmara Municipal e foi aprovada uma lei que revogou aquela que concedia a declaração de utilidade pública para a entidade do Bernardo. Acho que ele ficou revoltado com a medida, que foi tomada tanto por mim quanto pelo legislativo local e as denúncias que fez têm objetivo de vingança contra mim. Acho que eles não estão articulados nas acusações. Pelo menos eu penso que um teria motivação política, enquanto o outro motivação financeira. *Dada a palavra ao MPF, foram solicitados os esclarecimentos que seguem:* Era fato público na cidade de que a rádio pertenceria ao Vainer Milanês. A própria esposa confirmou em várias oportunidades para várias pessoas. *Dada a palavra ao ilustre defensor do acusado, foram solicitados os esclarecimentos que seguem:* O Sr. Padovan já fez várias acusações infundadas contra mim em razão de divergências políticas. Felizmente todas elas foram esclarecidas e elas nunca foram comprovadas, porque não correspondem à verdade. Também não é verdade a acusação que ele faz de que a rádio teria funcionado na minha clínica.”

(interrogatório de SAMIR ASSAD NASSBINE, fls. 516/519)

“Não são verdadeiras as acusações. A Rádio Nossa FM funcionou na cidade de Terra Roxa, pois era fato público e

notório na cidade. No ano de 2000 ela foi fechada. Neste ano eu fui contratado pelo proprietário da rádio, chamado Vainer Milenês, para fazer a locução de alguns programas. No ano de 2002, sei que a rádio voltou a funcionar no mesmo local em que funcionou até o ano de 2000. Sei que algumas pessoas foram até o local no ano de 2000, porque recebi uma ligação do sr. Geraldo Raimundo, no dia, sobre essas pessoas estarem fechando a rádio. Eu estava trabalhando na prefeitura neste dia e não sei dizer porque o Geraldo me ligou. Ele estava limpando a rádio e acho que ele me ligou, porque somos amigos e eu fui até lá para ser testemunha. Sei que a rádio no momento em que foi fechada, estava transmitindo apenas músicas tocadas no CD. Não sei quem é o responsável pela rádio no ano de 2002. Sei que depois de 2002 a rádio parou de funcionar. Me parece que o local onde ela funcionava, era do filho do Vainer, mas o prédio estava no nome de uma pessoa de nome Paulo Torquato. Eu conheço os demais acusados. Sei que eles não têm relação com a rádio, com exceção do Marco Antônio. Sei que ele fazia a locução de um programa na rádio aos sábados. Não tenho certeza se ele sabe quem era o responsável no ano de 2002.

Quando eu disse que era o Vainer me contratou, quis dizer que ele me convidou para fazer as locuções e eu aceitei, pois o serviço era voluntário e não havia remuneração.” (interrogatório de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, fls. 520/522)

“Não são verdadeiras as acusações que constam na denúncia. Não é verdade que eu tenha alguma responsabilidade pela instalação e funcionamento na chamada Rádio Nossa FM. É apenas verdade que eu ia até a sede da emissora com o intuito de divulgar atividades esportivas em razão do trabalho idealizado com jovens de até 14 anos. Eu concedia entrevistas a pedido e também por iniciativa própria com a finalidade de divulgar as atividades esportivas. Fiz isso

até o ano de 2002. Nunca fiquei sabendo quem eram os responsáveis ou proprietários da rádio. Nas vezes em que lá compareci no ano de 2000 fui atendido pelos Senhores Vainer Milanês e Bernardo. No ano de 2002 eu ia até a rádio, no período da manhã, quando estava no ar o programa do João Luiz. Eu não sei quem era o responsável pela rádio neste ano. Nas vezes em que lá compareci eu não vi a presença do Sr. Marco Antônio. Conheço os demais acusados. Posso dizer que os acusados Samir e Marco Antônio não tinham relação com a rádio. Acredito que as acusações tenham motivação política e tenham origem do Sr. Luiz Padovan, que é inimigo político do atual prefeito. Atualmente, eu não posso mais divulgar as atividades esportivas porque a rádio que existe na cidade pertence ao Luiz Padovan e eles apenas criticam o meu trabalho.

Sei que o Sr. Bernardo e a Dona Sônia não fazem parte do grupo político que apóia o atual prefeito. Na minha condição de funcionário municipal que apóia o prefeito, tenho a impressão de estar sofrendo perseguição política em razão disso, porque o trabalho que desenvolvo no esporte é reconhecido pelo conselho tutelar, pela Igreja e por toda a comunidade, apesar das críticas que me são feitas pelo grupo político do Sr. Padovan.”

(interrogatório de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, fls. 523/525)

“Não são verdadeiras as acusações da denúncia. Eu apenas participei como voluntário durante 4 meses, no ano de 1999, apenas aos sábados, fazendo um programa no qual eram tocadas músicas e também divulgados eventos sociais e ações de utilidade pública. Na época eu fui chamado pelo Sr. Vainer Milanês. A rádio ficava em uma casa, em uma vila. Trabalhava na rádio com remuneração o Sr. Bernardo, que tinha vindo para Terra Roxa, na condição de locutor profissional. Acho que o Sr. João Luiz confundiu as datas, quando afirmou em seu depoimento que eu trabalhei

na rádio no ano de 2002. Eu só trabalhei em 1999. Não sei quem era o proprietário da rádio. Acho que 99% da população de Terra Roxa conhecia e ouvia a rádio. No ano de 2002, me recordo que João Luiz fazia locução de um programa sertanejo e que a rádio funcionava no mesmo lugar. Não é verdade que eu tenha qualquer responsabilidade pela instalação e funcionamento da emissora. Acho que as acusações que partiram do Sr. Bernardo e do Sr. Padovan, têm motivação política, pois fazem parte do grupo que faz oposição ao atual prefeito.”

(interrogatório de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, fls. 526/528)

Bem orquestradas, as testemunhas arroladas pelos co-réus repisaram a estória contada, sempre confiando a Wainer Milanez a exclusividade das atividades da rádio.

Em depoimentos que carecem de qualquer credibilidade, embora cientes de detalhes como a localização e a programação transmitida, referindo-se, ainda, à tentativa de legalização, chegou-se a dizer que não sabiam o nome da emissora - certamente, objetivando dissociá-la das iniciais de SAMIR e sua esposa Sonia que grafavam também o “Nosso Jornal” -, nem tinham conhecimento de seu funcionamento após a morte de Wainer.

Se sua própria companheira reconheceu que “não adotou nenhuma medida com relação à rádio quando Wainer faleceu” (fl. 757), então, só se a rádio pudesse ter continuado em operação por si só, com suas próprias pernas, ou a alma do falecido conseguisse a proeza de mantê-la no ar, até que as autoridades competentes viessem fechá-la pela primeira vez, e depois reativá-la, inclusive com a obtenção de novos equipamentos, sem que mais ninguém, em meio às “manifestações em solenidades especiais” e “pronunciamentos em datas festivas” do prefeito SAMIR ASSAD NASSBINE, tivesse participação alguma nisso tudo.

Conquanto não tenha prestado compromisso, “tendo em vista que declarou ser amigo íntimo dos quatro réus”, Élcio Antonio Bresqui chegou a afirmar em juízo que “não tem conhecimento de

que as atividades da rádio tenham continuado depois do falecimento de Wainer”, ainda que, inacreditavelmente, conste sua assinatura do termo de arrecadação de fl. 11, verso, quando da primeira busca efetivada, lá se encontrando presente “apenas por curiosidade”, “ao tomar conhecimento que a Polícia Federal estava na sede da Rádio NOSSA FM apreendendo os equipamentos foi até lá para ver o que estava acontecendo” (fl. 140).

Mesmo o Deputado Estadual Uebe Rezeck, amigo e integrante do mesmo partido político de SAMIR, veio confidenciar apenas a conduta pessoal do co-réu - “O Samir, eu tenho um hospital em Barretos, eu também sou médico, e nós tivemos contato dentro da área médica. E o Samir é uma pessoa que opera muito, não só em Terra Roxa, em Jaguarandi, em Barretos, em Rio Preto. Então, ele é um profissional cirurgião com muito trânsito na região todinha. E ele se dedica, digamos assim, de 14 a 15 horas por dia à profissão dele. Mesmo quando ele está na Prefeitura, ele acaba de despachar na Prefeitura e vai para o consultório trabalhar como médico. Então, ele tem realmente uma atividade muito grande como profissional médico, é conhecido e respeitado na região todinha, é um cirurgião extremamente competente e é uma pessoa dedicada à família, realmente. Tem uma família grande, a filha agora é médica, também. Então, na verdade, ele é muito dedicado à família e à profissão dele. Não tenho nada, nunca tomei conhecimento de qualquer fato que o desabonasse”.

No mais, de nada sabia. Ainda que participasse da vida pública do município - “Eu devo dizer à senhora que eu fiz campanhas três vezes para Deputado Estadual e as três vezes eu passei por Terra Roxa. E como eu fui o deputado mais votado em Terra Roxa, eu compareço lá nas festas da cidade, tem o aniversário da cidade, a Festa do Peão, efemérides ...”, desconhecia a existência de qualquer ligação do co-réu com rádio ou jornal em Terra Roxa - “nunca, em momento algum, eu fui entrevistado por uma rádio ou tive numa rádio. Eu desconhecia, realmente, se existe alguma rádio em Terra Roxa e muito menos que o Samir pudesse ter alguma rádio, porque senão num determinado momento eu teria sido entrevistado. Então, nunca realmente fiz qualquer pronunciamento

quando passei por Terra Roxa, ou entrevistado por alguma rádio em Terra Roxa”, embora, ao final, questionado pelo Ministério Público Federal, tenha hesitado - “Eu nunca tomei conhecimento da existência de qualquer rádio na cidade de Terra Roxa. Agora, como eu posso dizer se tinha ou não tinha? Se tivesse eu acredito que poderia alguém ter me entrevistado, mesmo adversário, era muito provável que alguém chegasse para poder ter uma entrevista, fazer uma pergunta. E todas as vezes que eu fui à Terra Roxa, nunca eu fui entrevistado por ninguém que se apresentasse por radialista da cidade. Mas em todas as solenidades sempre estava lá ‘Rádio Bebedouro’ e se tivesse rádio de Terra Roxa, provavelmente a Rádio Bebedouro não estaria transmitindo e participando. Agora, não posso dizer nunca teve ou teve. Eu realmente nunca tomei conhecimento da existência”.

Vê-se que a tese defensiva não guarda o mínimo de razoabilidade, em momento algum desmentindo os elementos incriminatórios colhidos ao longo da perseguição.

Bernardo Marinoschi Neto, arrolado pela acusação, não contraditado pela defesa, trabalhou como locutor da rádio, e, segundo diz, concorreu para a Câmara Municipal a pedido de SAMIR ASSAD NASSBINE - “eu fui candidato a vereador em terra Roxa, mas não fiz campanha, porque não concordava em utilizar a rádio para fins políticos; o meu número acho que era 14.620 ou 12.620; era o mesmo partido de um deputado de Ribeirão Preto que é deficiente visual; eu saí candidato a pedido do Samir” -, sendo insuspeito, portanto.

Relata ter sido empregado por Wainer, assessor do co-réu SAMIR, que lhe disse que ambos eram proprietários da emissora. Foi contratado na própria clínica medica pertencente a SAMIR ASSAD, em cujo terreno, “nos fundos”, funcionava a rádio. Recebia o pagamento de seus salários de todos os acusados, inclusive do Dr. SAMIR, nesse caso sem emissão de recibo, no interior da clínica.

Na cidade, todos diziam que a rádio, e também os equipamentos utilizados, pertenciam a SAMIR. A direção cabia a Wainer, e, após sua morte, foi assumida por JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, mantendo-se em funcionamento.

SAMIR fazia inserções na programação a seu próprio alvedrio, e sua ordem de comando era atendida, incontinênti, por quem estivesse na transmissão, fazendo-o “entrar no ar” no mesmo momento.

Do depoimento prestado às fls. 640/643, colhe-se o seguinte:

“Eu fazia a locução na rádio Nossa Fm, que funcionava na Rua José Demarchi, s/nº, em Terra Roxa/SP; depois da primeira apreensão eu voltei para Bebedouro e ia frequentemente a Viradouro; eu conheço todos os acusados e inclusive nessa primeira ocasião disseram que a rádio era minha e os acusados nada mencionaram; posteriormente, em Viradouro, eu consegui sintonizar a rádio Nossa FM e informei este fato à Polícia Federal, quando eu fui indiciado e mencionei que ela estava ainda em funcionamento, o que demonstra que eu não era o seu dono; em razão dessa informação é que houve o cumprimento de um segundo mandado, em 2002, na data mencionada na denúncia; *quando eu fui contratado, todos diziam que a rádio era legalizada; na época a rádio funcionava nos fundos de um consultório do Dr. Samir; que era médico; ele foi eleito prefeito de Terra Roxa, tendo sido reeleito; eu fui contratado no seu consultório por um senhor de nome Wainer, que alegou que a rádio era dele e do Dr. Samir, depois criaram uma associação integrada também pelos demais acusados; me parece que a associação se chamava: Associação Cultural de Terra Roxa, ou coisa assim; eu não me lembro o nome correto; eu cheguei a ser indiciado na Polícia Federal; eu reconheço a minha assinatura no Auto que está às fls. 81/82; posteriormente, a rádio Nossa FM passou a funcionar na Rua José Demarchi, conforme consta na denúncia, já depois da fundação da associação que eu referi; a rádio funcionava diariamente; até então eu acreditava que a rádio funcionava legalmente; eu trabalhei nessa rádio um ano e três meses ou um pouco mais, eu não trabalho mais em rádio, desde aquela*

época; o acusado João Fernandes Braga Marques trabalha na prefeitura municipal de Terra Roxa, como professor de Educação Física, mexendo com esportes; o João Luís Amâncio Vieira era coordenador de um projeto da prefeitura municipal de Terra Roxa, cujo nome eu não me recordo; o Marco Antônio Cardoso Pereira era motorista da prefeitura municipal; não sei ainda trabalham na prefeitura; o João Fernandes participava de um quadro de esportes, na rádio Nossa FM, diariamente; o João Luís Amâncio tinha um programa de música sertaneja, todos os dias pela manhã; o Marco Antônio Cardoso Pereira tinha um programa aos sábados de música pop; a rádio recebia patrocínios de supermercados, casas de materiais de construção, quem cuidava dos recebimentos era o João Fernandes Braga e uma outra pessoa de nome César Albuquerque, que não consta da denúncia; o meu programa diário apresentava músicas sertanejas, generalidades, fofocas, das oito às doze horas; nos meus programas eu fazia campanha para arrecadação de detergentes para o asilo, carrinhos para bebês, leite, cestas básicas, destinadas a ouvintes que solicitavam pelo telefone; eu não me lembro da altura da antena da rádio e nem lembro a sua potência; eu só sei que a programação era ouvida em Viradouro, cidade que fica a mais ou menos 10 Km de Terra Roxa, na época eu trabalhava em outra rádio em Viradouro e os meus ouvintes ouviam tanto uma quanto outra rádio, a rádio de Viradouro era a Pioneira FM. *Pelo MPF*: o meu programa na rádio Nossa FM era um dos mais ouvidos e as inserções comerciais de supermercados que eram dois, Supermercado Nossa Senhora Aparecida e Supermercado Pavan, custavam R\$ 50,00 por mês, a casa de materiais de construção Progresso pagava R\$ 70,00 por mês e Habastos pagava R\$ 100,00 por mês; não sei se além dessas inserções comerciais a rádio recebia valores de outras fontes; eu não tinha salário fixo e recebia em torno de R\$ 300,00 por mês na época; *eu cheguei a receber de todos os acusados, quando eu recebia*

na clínica do Dr. Samir eu assinava recibo e por isso não sei se era doação ou pagamento com recursos da rádio; quando recebia dos demais, eu assinava um recibo, eu cheguei a receber até do Dr. César Albuquerque, que não consta na denúncia; nunca me deram cópia desses recibos; eu comecei a trabalhar na rádio Nossa FM em maio de 1997, a rádio funcionou nos fundos da clínica do Dr. Samir uns dez dias, na minha época, porque logo depois construíram os estúdios na Rua José Demarchi, mas a rádio já funcionava há mais tempo, antes da minha contratação; a rádio já funcionava há aproximadamente uns três meses, a clínica se chamava Samed Clínica; o Devanir Amâncio tinha pouca participação na Associação Desportiva Cultural e Comunitária Terra Roxa, ele apenas cedeu o nome para organizar essa associação e tentar legalizar a rádio; na rádio Nossa FM ele não tinha participação nenhuma, a não ser o pagamento das inserções do seu supermercado Nossa Senhora Aparecida; o Devanir era amigo do prefeito Samir, a rádio fazia alguns informativos da prefeitura, anunciando evento e algumas campanhas como contra a dengue e outros assuntos de saúde; eu não sei quem fez o convite ao Devanir para que fosse organizada a associação; após a morte do Wainer, em maio de 2000, depois de se afastar da rádio por problemas de saúde, o João Amâncio Vieira, de apelido 'Corisco', é que ficou à frente dos negócios da rádio; quando eu fui trabalhar na rádio o Dr. Samir não era prefeito, mas o Wainer já era o seu assessor, um secretário, que cuidava de suas coisas; não sei se a rádio Nossa FM está em funcionamento atualmente, porque tenho pouco contato com a cidade de Terra Roxa; pelos comentários do próprio Wainer, o nome 'Nossa FM' foi uma homenagem ao Samir e Sonia, sua esposa; na verdade, eu trabalhei na rádio Nossa FM desde 1997 e não como mencionei no início; a primeira apreensão pela polícia federal ocorreu logo

depois da campanha política de 2000; *o prefeito Samir participava dos programas da rádio, inclusive a partir do seu consultório, pelo telefone, prestando informações na área de saúde, campanhas de vacinação, coisas assim; ele queria permanecer em evidência, ser sempre lembrado*; eu ouvi comentário de que o imóvel da Rua José Demarchi, onde funcionava a rádio, estava em nome de um dos filhos do Wainer, mas na verdade pertencia ao Samir, que tinha um contrato de gaveta, mas eu nunca vi esse documento; *todo mundo falava que os equipamentos da rádio pertenciam ao Samir*; a clínica do Samir funciona ainda, mas em outro local; eu acho que o Dr. Samir é clínico geral, mas também faz cirurgias; na época em que eu trabalhava na rádio eu me recordo de que trabalhavam na clínica do Dr. Samir, a Vera, secretária há uns vinte anos, muito antiga, o César Albuquerque, que cuidava da ambulância do Samir; antes das eleições de 2000, o telefone da rádio era: 3395-1295, se não me engano; depois mudou para 3395-1515; o partido do Samir é o PMDB, cujo nº é 15; *eu confirmo o teor do depoimento que eu prestei à Polícia Federal e que me foi exibido por cópia, nesta audiência, onde consta minha assinatura*; os únicos que recebiam da rádio Nossa FM eram eu e uma moça de nome Gisele, talvez seja Gisele Fernandes ou Hernandez; hoje ela trabalha na prefeitura municipal de Terra Roxa, como recepcionista ou atendente num posto de saúde; ao menos foi esta a informação que ela me deu na última vez que a encontrei; eu não tenho qualquer restrição em relação ao Dr. Samir, hoje eu não me considero mais seu amigo, porque deixaram até que eu fosse indiciado, dizendo que a rádio era minha e não me avisaram nada; isso não faz qualquer diferença no meu relacionamento com ele; eu não sou inimigo político do Samir; não tenho qualquer militância política, não sou filiado a qualquer partido político atualmente; já fui filiado ao PDT, que era coligado ao PMDB do Dr. Samir, na época. *Pela defesa*: a rádio não

fazia trabalho comunitário, muito pouco, era mais voltada à área comercial, uma vez ou outra um ou outro pastor utilizava a rádio, que não tinha nenhum caráter religioso; a única coisa de cunho religioso que havia era o meu programa, durante a semana toda, quando havia o momento de oração, ao meio dia, antes de terminar o programa; às 18h havia a oração da ave-maria, que a gente deixava gravada ou era feita ao vivo pelo padre, por telefone a partir da casa paroquial; *o Dr. Samir ligava na rádio, quando queria dar alguma informação e dizia: ‘eu quero entrar no ar agora’, a gente imediatamente o colocava no ar*, eu, a Gisele, ou quem estivesse na rádio naquele momento; *uma ou duas vezes o Dr. Samir esteve na rádio, no estúdio, para prestar esclarecimentos, a convite, mas tudo era combinado previamente e a gente anunciava no ar, com antecedência, isto acontecia em épocas mais específicas, dia das mães, Natal; além de mim e da Gisele, o João Amâncio também tinha um programa e colocava o Dr. Samir no ar.* Defesa de João Fernandes: eu disse que a rádio nunca tinha dinheiro referindo-me à alegação dos denunciados, acredito para não remunerar a gente corretamente, porque faziam o pagamento picado, semanalmente, e difícil de receber, na verdade a rádio tinha dinheiro e isto eu sabia porque os meus programas tinham patrocínio e os da Gisele também, alguém injetava dinheiro na rádio, porque havia CDs novos, equipamentos novos, coisas assim; não tenho nenhuma mágoa contra qualquer um dos denunciados, para mim, são indiferentes; quando eu fui localizado pela polícia federal, a partir do meu CPF, eu fui indiciado e dei a notícia de que a rádio continuava no ar, prestei o meu depoimento e o delegado logo percebeu que eu não tinha nada a ver com ela; os candidatos em terra Roxa, por ser uma cidade pequena, não são muito amáveis uns com os outros, constantemente, pelo menos era assim; conheço Luis Carlos Padovan e na época ele era adversário político do Dr. Samir; como em política eles sempre se beijam e se

abraçam, não sei se hoje são adversários, na época do Luis Padovan tinha uma rádio em Terra Roxa, mas essa rádio era muito inconstante, entrava e saía do ar; *o Samir tinha os melhores profissionais ao seu lado e os equipamentos eram melhores*, a rádio do Luiz Padovan se chamava Terra Roxa FM; não sei se essa rádio era legalizada, mas os equipamentos não foram apreendidos, pelos menos na época; o João Fernandes falava sobre times de elite, no seu programa esportivo, ele às vezes mencionava a criançada, quando tinha algum jogo, mas só comentário, os comentários esportivos não tinham caráter local, mas nacional; ele comentava as notícias de esporte; eu fui candidato a vereador em terra Roxa, mas não fiz campanha, porque não concordava em utilizar a rádio para fins políticos; o meu número acho que era 14.620 ou 12.620; era o mesmo partido de um deputado de Ribeirão Preto que é deficiente visual; eu saí candidato a pedido do Samir, porque o meu programa era muito ouvido; eu tive 11 votos e não subi nenhuma vez no palanque com o Samir; eu sempre fui conhecido como ‘neto da rádio’, na propaganda partidária eu aparecia como ‘neto da rádio’, ‘neto boa pessoa’ e apenas ‘neto’.”

Na mesma esteira, os esclarecimentos prestados por Luis Carlos Padovan, ouvido sob compromisso (fls. 645/647):

“eu fiquei sabendo dos fatos denunciados, por intermédio de outras pessoas, já que na época eu trabalhava em Bebedouro; Terra Roxa é uma cidade pequena e a gente fica sabendo das coisas; a rádio se chamava Nossa FM, 102,9, era a frequência; não sei dizer porque o nome da rádio era ‘Nossa’; eu conheço todos os acusados; o João Fernandes, o João Luis e o Marco Antonio eram e são ainda funcionários da prefeitura de Terra Roxa; todos tinham programas na rádio, exceto o Marco Antônio; que eu saiba, *o Samir Assad era o dono da rádio, esses eram os boatos na*

cidade, mas não sei se ele era dono legalmente; algumas vezes eu cheguei a ouvir a rádio Nossa FM; o João Fernandes falava a respeito de esportes; o João Luís Amâncio tinha um programa de música sertaneja, ambos diariamente; quem tinha mais tempo na programação da rádio era o Neto, Bernardo Marinoschi Neto; eu ouvi boatos de que a rádio havia sido fechada pela polícia federal, voltou a funcionar e foi novamente fechada; na verdade em 2000 o Samir não era prefeito de Terra Roxa; ele assumiu a prefeitura em 2001 e foi reeleito em 2004; nós temos uma rádio comunitária em Terra Roxa, a concessão está em nome da Associação Beneficente de Difusão Cultural e Comunitária Betel de Terra Roxa; a concessão dessa rádio deve ser de 2001 ou 2000, não me lembro bem, porque não tenho os documentos aqui; o nome comercial dessa rádio é: Terra Roxa FM; a rádio Nossa FM tinha uma programação normal de rádio, programas esportivos, sertanejos, de variedades; durante o dia eu não ouvia a Rádio Nossa FM, porque, como eu disse, eu trabalhava fora; a rádio Nossa FM era ouvida nas cidades próximas, como Viradouro; eu cheguei a ouvir o acusado Samir em programas da rádio Nossa FM, eu acho que ele falava aos sábados; eu gostaria de entregar a cópia de expediente endereçado à Câmara pelo prefeito Samir, pedindo a concessão de um terreno para a ADCTR, associação por intermédio da qual estava sendo tentada a regularização da rádio Nossa FM, para que fique nos autos. Pelo MPF: eu reconheço a minha assinatura no depoimento que está às fls. 249, cujo conteúdo eu confirmo; no começo, a rádio Nossa FM funcionou nos fundos do consultório do Samir, que é médico; a clínica se chamava Samed; posteriormente, a rádio foi para a Rua José Demarchi; o imóvel era da Cohab; eu não sei quem era o proprietário; havia propaganda comercial de empresas, durante a programação da Rádio Nossa FM; não sei por quanto tempo a rádio funcionou; na época das eleições de 2000, trocaram o

telefone da rádio e o número eu me lembro que era o número do candidato Samir; não estou certo se era 1500 ou 1515; o número do PMDB, que é o partido de Samir, é 15; eu conheci o Wainer Milanez, que tinha um programa no sábado, de músicas populares; na época eu era vereador e sei que o Wainer assessorava o prefeito, mas não sei qual era especificamente a sua função; eu conheço Devanir Amâncio e pelo que sei ele só participava da associação que foi organizada para tentar regularizar a rádio Nossa FM; o Devanir é fornecedor da prefeitura e amigo do Samir; a rádio tinha uma programação diária. Defesa de João Fernandes: em Terra Roxa, na época da eleição, os ânimos ficam acirrados, como eu fui candidato a vice-prefeito, cheguei a falar com o coronel Ari, de Barretos, pedindo o aumento do efetivo de policiais, porque temia que acontecesse uma desgraça; alguns militantes da candidatura do prefeito Samir chegou a jogar na minha casa uma bomba de fabricação caseira, que caiu no quintal do meu vizinho; foi instaurado um processo, mas não sei em que pé anda, após a campanha eleitoral anterior, pegaram um rapaz em Bebedouro que estava contratando um pessoal para matar o prefeito Samir, que havia sido eleito; provavelmente devia haver inserções sobre campanhas de vacinação, programas sociais, na programação da rádio Nossa FM, mas como eu disse eu não cheguei a ouvir isto, porque trabalhava fora de Terra Roxa; antes da rádio Nossa FM não havia divulgação dos trabalhos da Câmara e nem dos trabalhos da Prefeitura, alguma notícia, às vezes, saía no jornal de Viradouro, cidade vizinha; na época o prefeito Samir tinha um boletim chamado Nosso Jornal, não me lembro bem, nesse boletim havia dois esses, de Sonia e Samir, Sonia é a esposa do Samir; o João Fernandes trabalha na secretaria de esportes do município; ele cuida da parte de esportes em Terra Roxa; organiza equipes de crianças para participar de eventos esportivos, inclusive fora da cidade, não sei

se ele cuida também da terceira idade, porque tem um outro pessoal envolvido nessa área”

Encartados, à ocasião, documentos apresentados pela testemunha dando conta do encaminhamento pelo prefeito SAMIR ASSAD, em 15 março de 2007, de “Projeto de Lei que autoriza a Prefeitura Municipal Ceder Imóveis e Dependências no Regime de Concessão de Uso Gratuito à ADCCTR - Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa, para que o mesmo seja apreciado e aprovado pelos nobres vereadores dessa Casa de Lei” (fls. 649/652).

Ainda, as informações relatadas por Sonia Maria do Nascimento Alves (fl. 644):

“Eu não tenho conhecimento dos fatos descritos na denúncia; eu conheço todos os acusados mas não posso afirmar se tinham algum envolvimento com rádio; *o povo comentava que a rádio mencionada na denúncia era do Dr. Samir*, mas eu não tenho prova de nada disso; de vez em quando eu ouvia a rádio Nossa FM, mas só de vez em quando, porque tenho que cuidar da minha irmã que é doente; eu reconheço a minha assinatura no documento que está às fls. 248; eu falei na polícia federal, mas (*sic*) ou menos o que eu estou falando aqui; eu não tenho outra coisa para falar. *Pelo MPF: eu conheci a clínica Samed, a rádio funcionava nos fundos dessa clínica*, mas eu nunca estive lá; dizem que depois a rádio foi funcionar num outro lugar; numa casa de um tal de Wainer, que já morreu; eu nunca escutei o Samir falando na rádio; quando era tempo de política, o Samir falava na rádio, mas em outras ocasiões não. *Pela defesa*: na época da política eu escutava a rádio, de vez em quando; não sei dizer se esse Wainer era dono da rádio, ele inclusive já morreu.”

Claudiney de Castro, inquirido na condição de testemunha do juízo, “dono da linha 17 3395-1515 desde quando adquiriu da

Telesp, há muitos anos”, ainda que não tenha sido muito claro, admitiu que “quando reformou sua residência, em ano que não se recorda, alugou a linha para Wainer Milanês, durante um período que não se lembra. Também não sabe dizer quanto cobrou de aluguel por esta linha. Não fez contrato por escrito, foi uma transação só verbal. Também não se lembra quando pegou a linha de volta para usar”; na condição de motorista da Prefeitura Municipal de Terra Roxa desde 1995 - primeira gestão de SAMIR ASSAD NASSBINE -, Claudiney não deve ter oferecido resistência alguma em ceder seu telefone para que se colocasse em evidência o número - 1515 - da candidatura de SAMIR, exatamente conforme narrado por Bernardo Marinoschi Neto e Luis Carlos Padovan, não podendo representar mera coincidência o ocorrido, servindo, ao revés, como mais um vestígio de que a Rádio Nossa FM desempenhava papel relevante nas questões políticas, notadamente do alcaide.

Seria muita ingenuidade imaginar que, em se tratando de emissora de rádio sem autorização da autoridade competente para regular funcionamento, cuja sobrevivência se dava na clandestinidade, trouxesse-se um processo coalhado de provas, mais ainda por envolver prefeito municipal, detentor de três mandatos à frente da administração de Terra Roxa, reconhecidamente influente em sua terra, em nada surpreendendo, nesse sentido, a tomada de depoimentos favoráveis a sua pessoa e aos demais co-réus.

Prova, nesses casos, evidentemente, é prova indiciária por excelência. Que não se tenha, portanto, a singeleza de se cogitar da apreensão de contrato formal, assinado, com registro em cartório, firma reconhecida e tudo o mais, acerca da propriedade da rádio em nome de SAMIR ASSAD, ou, ainda, que os demais acusados viessem a juízo confessar espontaneamente os crimes, pois, mesmo que suas consciências assim exigissem, certamente faltar-lhes-ia ousadia em desafiar a autoridade local.

Além do mais, prova para condenação não é prova maciça ou incontestável, nem exige grau absoluto de certeza. Órgão julgador algum chegará a resultado que não tenha passado pelo crivo subjetivo do magistrado, segundo seu livre convencimento

motivado, porque a ele sempre são dirigidos os elementos de prova, vedando expressamente, a lei vigente, tanto o sistema da *prova legal* quanto o da *íntima convicção*, admitidos todos os meios, desde que lícitos, levando o juiz, como dizia José Frederico Marques, “a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão”. Reclama, então, a solução condenatória, prova *suficiente*, que, “não se confundindo, para o efeito condenatório, com isenção total de eiva dubitativa, consiste, pois, na firme possibilidade de afirmação da realidade do fato imputado e de definição de sua autoria, no contexto das comprimidas fronteiras humanas da capacidade de apreensão dos elementos probatórios e de reconstituição do episódio delituoso. Prova *suficiente* não é nem pode ser penhor de certeza plena, de que somente os deuses são senhores. Daí que se afigura irreal e meramente retórico o emprego de expressões como ‘prova categórica’, ‘prova cabal’, ‘prova inconcussa’ e outras do gênero. Invertendo-se os termos do problema: prova *insuficiente* é aquela e só aquela a tal ponto inquinada de dúvida invencível que radicalmente impossibilita ter-se o fato por verificado e ter-se o acusado por seu autor. Não se revelando insuperável, ou, dito de outro modo, revelando-se passível de ser reduzida a proporções não significativas, graças ao uso adequado dos métodos analíticos ordinariamente aplicados, não será de considerar *razoável* a dúvida. E, na ausência de dúvida *razoável*, a inevitável carga dubitativa não será óbice a que se repute *suficiente* a prova. Em síntese: prova *suficiente* é a que, reduzindo ao mínimo desejável a margem de erro, conduz à formulação de juízo de certeza *possível*. Significa dizer: juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão. Com a ressalva de que esta ordem de idéias se situa no plano da generalidade teórica, sem ter em vista qualquer exemplo concreto, cabe advertir que não saia o juiz, para dissimular paralisante dificuldade na imposição de reprimenda, a farejar a todo o transe a poeira da dúvida fatalmente encontrável nas dobras das palavras e nas rugas das evidências. Isso se não quiser perjurar em face do compromisso, solenemente prestado no ato de posse, de observar e fazer cumprir as leis do país”.

Muito difícil, portanto, que se apresente no processo penal prova cabal acerca da acusação, mormente nesses casos em que o agente deve, evidentemente, manter suas mãos limpas, sem realizar o serviço sujo.

Ainda assim, surpreendentemente, os documentos acostados aos autos, principalmente aqueles amealhados preliminarmente ao desenvolvimento da ação penal, são firmes em evidenciar a culpa dos autores.

Consoante já percorrido na fase de recebimento da denúncia, os exemplares de abril e maio distribuídos no ano de 2000 do “NOSSO JORNAL”, “Publicação Mensal da ‘Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa’ - ADCCTR”, revelam que tanto o periódico quanto a Rádio Nossa FM, ambos vinculados à associação mencionada, pertenciam de fato a SAMIR ASSAD NASSBINE.

As atividades da rádio clandestina e da associação, em ambos os impressos, acabam se misturando, ganhando notoriedade as “realizações” dos denunciados, principalmente de SAMIR ASSAD, à época à frente do Hospital Terra Roxa e Secretário da Saúde de Barretos. Fotografias dos acusados e o realce dos dois “esses” do “NoSSo Jornal” e da “Rádio NoSSa” na diagramação dos textos ditam o tom das reportagens.

No exemplar de abril, destaque, na primeira folha, para a matéria intitulada “Ontem um sonho, hoje realidade!!!”:

“Com seu brilhantismo costumeiro, espírito de liderança e sempre voltado ao bem comum, *o grande amigo Samir Assad Nassbine idealiza, em março de 1999, uma associação que visaria, entre outras coisas, o auxílio permanente a todos que dela necessitassem.*

Então ...

Nasce a Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa (ADCCTR).

No dia 26 de março de 1999, por iniciativa de Samir, reuniram-se algumas pessoas e decidiram criar a ADCCTR, com o intuito único e exclusivo de auxiliar a

população por meio de campanhas filantrópicas.

Assim, foi encampada a primeira campanha, quando do natal de 1999.

Através da Rádio Nossa, foram distribuídos 1295 prêmios à população que participou daquela programação especial, levada ao ar no dia 24 de dezembro.

Em seguida, no dia 31 de dezembro, fez-se nova campanha, desta vez visando a arrecadação de alimentos que foram distribuídos para o Hospital.

Alguns dias passados e a ADCCTR novamente veio a campo com mais uma campanha, desta vez arrecadando leite. Como as anteriores, sucesso absoluto.

Centenas de litros de leite doados ao Hospital.

Agora, no último dia 12 de março, em campo outra vez, a Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa deu um verdadeiro 'show' com a campanha de doação de sangue.

Esta campanha, *encampada pelo idealizada pelo companheiro Samir* teve o apoio imediato de toda população terra-roxense.

Foram 44 litros doados ao Hospital do Câncer que sempre atendeu nossos pacientes, isto sem contar o enorme número de pessoas que atenderam ao nosso chamado, mas que não puderam fazer sua doação porque os equipamentos para coleta foram insuficientes.

Segundo o Dr. Gilberto, Diretor do Hemocentro da Fundação Pio XII, esta foi sem dúvida alguma a campanha que mais arrecadou sangue para aquela entidade. Explicou ele também que o material foi insuficiente porque, nas demais campanhas efetuadas pelo Hospital São Judas, sempre sobrava o equipamento.

O nosso grande amigo Dr. Gilberto não conhecia até então o alto espírito altruísta que norteia os cidadãos de Terra Roxa.

Esta campanha, que nada custa para a população, será levada novamente a efeito no próximo mês de junho, quando

todos nós estaremos lá novamente cumprindo um dever, ou seja, o dever de salvar uma vida.

Como todos sabem, o sangue salva vidas e é este o intuito primordial de nossa Associação, qual seja, o de auxiliar, sempre que possível o nosso próximo.

Mas, ainda no decorrer deste ano de 2000 a nossa meta é fazer mais campanhas.

Logo o inverno chega e teremos que pensar em nossos velhinhos do Recanto Santo Antonio. Teremos que pensar também nos portadores de deficiência da APAE. Continuaremos a pensar no nosso hospital, que tanto tem sofrido com a falta de recursos, já que a saúde, no Brasil, vai piorando dia a dia.

Tudo isto não são planos que ‘vamos ver se vai dar certo’. São realidades que Associação vai cumprir. Sempre em benefício daqueles que de nós se socorrerem”.

Ainda na capa, foto estampada de SAMIR ASSAD NASSBINE, “o grande idealizador da ADCCTR - RÁDIO NOSSA”, além de outra, informando: “Diretor de Esportes Prof. JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES e o presidente da ADCCTR, Devanir Amâncio, entregam os alimentos arrecadados em campanha da RÁDIO NOSSA” (fl. 251).

E a constituição da Diretoria da ADCCTR: “Presidente - Devanir Amâncio; Vice-Presidente - José Gonçalves dos Santos; *Secretário Geral* - Wainer Milanez; Primeiro Secretário - Élcio Antonio Bresqui; Segundo Secretário - Nelson Pereira; Primeiro Tesoureiro - José Alfredo Botião Pedro; Segundo Tesoureiro - Roberto Machado; *Diretor de Esportes* - João Fernandes Braga Marques; Segundo Diretor de Esportes - Flávio Cardoso Pereira; *Conselho Deliberativo* - Luiz Gonzaga José dos Santos, Arminto Marques, Samir Assad Nassbine e Plínio Alves de Lima; Conselho Fiscal - Plácido Gotardo, Carlos Roberto Alves, Joelson dos Santos, Jairo Isaias dos Santos e José Mário da Silva”.

Na página seguinte (fl. 251, verso), mais fotos reportam-se a JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES como “diretor de

esportes ADCC-Rádio Nossa”, e JOÃO LUIZ AMANCIO VIEIRA, “locutor da Rádio Nossa”, destacando-se, ainda, “equipe de coleta de sangue do Hospital São Judas e pessoal de Terra Roxa na campanha de doação de sangue da ADCC - Rádio Nossa”. E o editorial, assinado por Wainer Milanez, novamente enaltecendo o trabalho de SAMIR à frente da associação mantenedora do periódico e da rádio:

“Todos nós, quer sejamos da ADCCTR, quer sejamos leitores, quer sejamos colaboradores, temos a visão de que o ‘Nosso Jornal’ é uma daquelas publicações que saem, sem alarde, sem propagando, mas que chegam para ficar. Esta é a nossa vontade.

Para tanto, além de toda coletividade que poderá de qualquer forma colaborar para que o ‘Nosso’ continue, temos em nosso quadro pessoas de quilate irreparável e irrepreensível.

Para a criação de um periódico não basta apenas vontade de fazê-lo, tem que haver - principalmente - o conteúdo, a fim de que um jornal não seja ‘vazio de conteúdo’.

Muitas das vezes tem-se a impressão de que recadinhos, orações, receitas, não passam de argumentos para se encher uma folha, poder-se-ia dizer que é absoluta falta de assunto.

Mas não, quem pensa assim se engana completa e redondamente.

Dentro de um periódico, principalmente quando mensal, como o caso do ‘Nosso Jornal’, se faz de necessidade ímpar este ‘tipo de assunto’.

Quando nosso grande amigo Samir se propôs a elaborar um jornal informativo, disse que a informação deveria ser prestada para toda comunidade e neste pensamento foi seguindo por todos.

Desta forma elaboramos então o ‘Nosso Jornal’.

Sinteticamente procuraremos agradar a todos aqueles que lerem este jornal.

Temos a obrigação de informar. E esta obrigação será a nossa meta.

Assim, embora a coluna intitulada ‘Editorial’ não seja propícia, peço aqui que nos sejam passadas sugestões de melhorias, para o nosso próximo número, agora em maio.

Que todos tenham uma boa leitura.”

Anúncio publicitário da “RÁDIO NOSSA 104,9 Canal 285”, à página 4 - acompanhando, os dois “esses”, o mesmo estilo na escrita do “NOSSO JORNAL” -, “Deseja a todos seus ouvintes e a família terra roxense uma Feliz Páscoa e a todos os doadores de sangue da Campanha ‘Salve uma Vida, Doe Sangue’, o nosso muito obrigado e que a paz de Deus esteja em todos os lares de nossa comunidade”; e logo abaixo, “O presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa, SAMIR ASSAD NASSBINE, bem como toda a diretoria, deseja a toda família terra roxense uma Feliz Páscoa, repleta de amor, amizade e muita saúde” (fl. 252, verso).

No exemplar de maio, na página principal (fl. 253), a imagem de SAMIR, “diretor clínico do Hospital Terra Roxa e presidente do Conselho Deliberativo da ADCC-TR, assinando convênio com o Hospital São Judas para doação de sangue” aparece ao lado do texto “Obrigado Terra Roxa”:

“A diretoria da ADCC-TR agradece a toda a nossa comunidade pela acolhida do primeiro número do NoSSo Jornal e estamos editando o segundo número para nossa população. Mais um compromisso cumprido com a nossa querida Terra Roxa, e mais uma vez *esperamos contar com a presença de toda a população na promoção da ADCC-TR e Radio NoSSa* com a participação da prefeitura Municipal e Secretaria Municipal da Saúde, na segunda campanha de Doação de sangue, ‘Salve uma Vida, doe Sangue’. Com o convênio firmado entre o Diretor do Hospital de Terra Roxa Dr. Samir e o Diretor do Hemocentro do Hospital São Judas de Barretos Dr. Gilberto, esperamos mais

uma vez repetir o exemplo dado pela nossa população de solidariedade humana salvando uma vida doando sangue a quem precisar. No dia 04 de junho estamos esperando por vocês no hospital de Terra Roxa a partir das 8h para darmos mais uma vez a grande demonstração de cidadania dada pelos cidadãos Terraroxense na primeira campanha”.

Também na capa, a notícia de que “Associação Desportiva Cultural e Comunitária de Terra Roxa é declarada entidade de utilidade pública”:

“A cada dia que passa se torna mais evidente a necessidade que tínhamos de ter uma associação em nossa comunidade, *taí (sic)* mais uma vez a prova de que quando se faz um trabalho honesto e transparente em prol da comunidade, esta mais rápido do que se pensa agradece. No último dia 26/04/00 foi sancionada a Lei Municipal de Utilidade Pública nº 881 pelo Prefeito Municipal Marcelino Abbes Filho, por indicação do vereador Jorge Abbes, *reconhecendo assim a Associação Desportiva Cultural e Comunitária de Terra Roxa de grande valia para a nossa querida cidade, entendendo que por prestar relevantes serviços de utilidade pública como as campanhas promovidas pela Rádio Nossa (Campanha do Sangue, Arrecadação de Alimentos para o Hospital, Recanto Santo Antônio, Campanha do Agasalho e Natal da Criança Terra-roxense) e a criação do Nosso Jornal mais um veículo de comunicação da nossa comunidade trazendo cultura, lazer e informação aos nossos cidadãos, tornando assim a ADCC-TR, hoje uma entidade de Utilidade Pública em todos os seus departamentos. A ADCC-TR em nome de toda a sua diretoria bem como a comunidade Terra-roxense agradece o nosso Prefeito e também aos vereadores que votaram a favor de uma causa comunitária mostrada assim a necessidade que se tem de Terra Roxa ter direito ao futuro e de seus cidadãos jamais deixarem de viver em sua comunidade um Novo Tempo.*”

E o texto da Lei 881, em papel timbrado da Prefeitura, assinando, como secretário, Wainer Milanez.

Na segunda página do jornal, sobressai a campanha “Salve uma Vida, Doe Sangue” - “Realização: ADCC-TR Rádio Nossa”, destacando-se, na legenda da foto impressa, “Locutor da Rádio NoSSa, Dercílio e a mulher terra roxense demonstrando o seu amor pelo próximo, doando sangue” (fl. 253, verso).

Ainda, a chamada para “o CAMPEONATO DE FUTSAL no ECTR uma promoção da ADCC-TR - Radio Nossa”, com “transmissão ao vivo pela Rádio Nossa 104,9”, na página seguinte (fl. 245).

Na última folha, “Arrecadação de alimentos da Discoteca do Atleta promovida pela ADCC-TR-Rádio NoSSa no Esporte Clube Terra Roxa dia 6 de maio”; “Diretor de eventos da ADCC-TR-Rádio NoSSa João Luiz Amâncio Vieira e o diretor de esportes da ADCC-TR-Rádio NoSSa, João Fernandes Braga Marques, ladeando a ganhadora do tanquinho a sra. Andressa R. Cervi na Promoção do Dia das Mães”; e o aviso: “Não percam, vem aí Miss Terra Roxa”, “Realização ADCC-TR”, “Promoção Radio Nossa” (fl. 254, verso).

Em ambas as publicações, denota-se a existência de diversos patrocinadores, entre eles, a “Casa Progresso Materiais p/ construção”, segundo Luis Carlos Padovan, “uma das fornecedoras da Prefeitura Municipal”, e o “Supermercado N. Sra. Aparecida”, de propriedade de Devanir Amâncio, “o maior fornecedor da Prefeitura Municipal, pois fornece combustível e produtos alimentícios”, os mesmos que custeavam a Rádio Nossa FM, conforme declarado em juízo por Bernardo Marinoschi Neto (fl. 641).

Induvidosa, pois, a manutenção de estação retransmissora de sinal de rádio, sem permissão do órgão competente, a serviço da associação criada por SAMIR ASSAD NASSBINE para fomentar e divulgar os assuntos e atividades referentes à administração municipal de Terra Roxa/SP, daí exsurgindo o dolo da conduta, dada a grande inserção da Rádio Nossa FM junto à população - “99% da população de Terra Roxa conhecia e ouvia a Rádio”, segundo MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA (fl. 527) - e à

possibilidade de promoção pessoal não apenas de SAMIR, como também dos demais funcionários da prefeitura incluídos na denúncia, movidos por interesses diversos, afinal, não recebiam remuneração alguma para realização dos programas - JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES chegou a lamentar em seu interrogatório que “atualmente, eu não posso mais divulgar as atividades esportivas porque a rádio que existe na cidade pertence ao Luiz Padovan e eles apenas criticam o meu trabalho” (fl. 524).

Evidenciado, igualmente, o elemento subjetivo do injusto, como destacado pelo Ministério Público Federal, “porque, apesar da apreensão dos equipamentos de radiodifusão da ‘Rádio Nossa FM’ em 18 de outubro de 2000, e do inquérito policial em curso, a rádio voltou a funcionar, com um novo transmissor, sob a supervisão de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA”.

SAMIR ASSAD NASSBINE valia-se da rádio para promover entrevistas e, tal como por meio do “Nosso Jornal”, divulgar campanhas e trabalhos desenvolvidos pela Associação Desportiva Cultural e Comunitária de Terra Roxa, anunciando eventos e informando a população sobre os feitos realizados, de sorte a alavancar sua popularidade na cidade - coincidentemente, saiu-se vitorioso nas duas últimas eleições municipais -, além da própria carreira como médico, ele próprio reconhecendo que dava entrevistas na emissora na condição de Secretário de Saúde de Barretos/SP, em 2000, aparecendo nos jornais, ainda, como diretor clínico do Hospital de Terra Roxa/SP.

Servidores públicos municipais, JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, “Diretor de eventos da ADCC-TR - Rádio NoSSa”, possuía programa de música sertaneja; nos termos dos depoimentos de Bernardo Marinoschi Neto (fl. 641) e Maria das Dores (fl. 231), foi quem ficou à frente dos negócios da rádio após o falecimento de Wainer Milanez; disse JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES que “no ano de 2002 eu ia até a rádio, no período da manhã, quando estava no ar o programa do João Luiz” (fl. 524); nas informações prestadas pela autoridade policial após o cumprimento do segundo mandado de busca e apreensão, consta “que na ocasião da diligência, o *responsável pela rádio*, Sr. JOÃO LUIZ

AMÂNCIO VIEIRA, informou-nos que diferentemente do que consta no Mandado, a emissora que operava naquele endereço tratava-se da RÁDIO NOSSA FM - frequência 102,9 Mhz”.

JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, secretário de esportes em Terra Roxa/SP desde 2001, “Diretor de esportes da ADCC-TR - Rádio NoSSa” e responsável pelo editorial do “NoSSo Jornal” após o falecimento de Wainer Milanez, participava de um quadro diário sobre esportes - conforme revelado por ele próprio em juízo, “eu ia até a sede da emissora com o intuito de divulgar atividades esportivas em razão do trabalho idealizado com jovens de até 14 anos. Eu concedia entrevistas a pedido e também por iniciativa própria com a finalidade de divulgar as atividades esportivas. Fiz isso até o ano de 2002” (fl. 524), muito embora, segundo Bernardo Marinoschi, “o João Fernandes falava sobre times de elite, no seu programa esportivo, ele às vezes mencionava a criança, quando tinha algum jogo, mas só comentário, os comentários esportivos não tinham caráter local, mas nacional; ele comentava as notícias de esporte”, além de cuidar do recebimento das verbas de patrocínio da emissora (fls. 640/643).

Mais do que o sentimento de ficarem em evidência, facilmente constatado nas matérias incluídas nos jornais acima mencionados, não se descarta como móvel da conduta tanto o interesse em agradar SAMIR, pela condição natural de subordinados ao alcaide, quanto o empenho na propagação das realizações da gestão do co-réu, que por si só garantiriam - como de fato se verificou - a permanência dos acusados, posto que contratados mediante concurso, em cargos de relevo na administração municipal, além da posição de destaque junto à população local, valendo ressaltar, bem assim, a condição de chefe do gabinete na prefeitura de Carlos Alberto Braga Marques, irmão de JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES.

As transmissões da Rádio Nossa FM jamais deixaram de chegar aos ouvintes em Terra Roxa/SP, mesmo após a morte de Wainer Milanez, e o fato da emissora ter sido fechada no final de 2000 e posteriormente reaberta, novamente sem a devida autorização, traz à tona, sem dúvida alguma, que os co-réus detinham

pleno conhecimento da ilegalidade do ato praticado, em nada servindo à exclusão da inequívoca responsabilidade dos mesmos a singela imputação a pessoa falecida meses antes, nem sequer o desconhecimento do funcionamento de modo ilegítimo, também não se apresentando suficiente, a refutar as conclusões tiradas da perseguição levada a efeito, as alegações concernentes à propriedade do imóvel em que instalada a rádio, ou, até mesmo, as rusgas decorrentes das atividades políticas, não se sabendo, ao certo, ao menos do que consta dos autos, o contexto em que permeadas referidas relações de inimizade, se efetivamente guardaram influência nos fatos descritos na denúncia, não elidindo, de todo modo, a concretização dos delitos ora apurados.

Os elementos todos aqui confrontados, destacando-se os documentos acima mencionados e o depoimento, com riqueza de detalhes, de Bernardo Marinoschi Neto, prova direta e isenta, inclusive por integrar, a testemunha, partido político coligado ao do co-réu SAMIR - “já fui filiado ao PDT, que era coligado ao PMDB do Dr. Samir” -, estão a demonstrar, com certeza, que SAMIR ASSAD NASSBINE, figura pública de relevo em Terra Roxa/SP, Prefeito por três ocasiões, com a concorrência de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, funcionários da administração municipal, colocaram em funcionamento, sem a competente concessão do poder público competente, em duas oportunidades, a Rádio Nossa FM, inicialmente, como 104,9 MHz, em que a emissora chegou a operar até mesmo nos fundos do consultório médico de SAMIR, depois, quando da segunda apreensão de seus equipamentos, já na frequência 102,9 MHz, sempre com o intuito de manter em realce as atividades desenvolvidas, utilizando-se da clandestinidade para atingir interesses políticos e também particulares, configurado, em ambas as oportunidades, o delito previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, tudo isso, sem que o artifício defensivo, limitado à incriminação do falecido Wainer Milanez, encontrasse respaldo algum, não, a ponto de infirmar a tese acusatória.

Enfim, comprovadas autoria e materialidade delitivas, a meu ver, há obrigatoriedade na responsabilização penal desses denunciados,

não se olvidando que o tipo penal em comento reserva punição a quem direta ou indiretamente concorrer para o crime, vislumbrando-se, segundo o exame que pude fazer, elementos suficientes para se imputar o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, evidenciado a partir das apreensões realizadas em 18 de outubro de 2000 e 6 de dezembro de 2002, com a emissora de rádio em pleno funcionamento, nos dois episódios, culpados, os réus, pelos atos que o Ministério Público Federal inquina de criminosos.

Em relação a MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, nesse ínterim, ainda que tivesse, em determinado momento, tomado parte nas atividades da rádio, como reconhecido em seu próprio interrogatório - “participei como voluntário durante 4 meses, no ano de 1999, apenas aos sábados, fazendo um programa no qual eram tocadas músicas e também divulgados eventos sociais e ações de utilidade pública” - e corroborado nos depoimentos prestados pelo irmão Flávio Cardoso Pereira - “Marco Antônio é servidor municipal e enquanto a rádio existia, possuía um programa de músicas na mencionada rádio” (fl. 761) - e pelo primo Antonio José Cardoso Pereira - “Marco Antônio Cardoso Pereira tinha um programa de música” (fl. 765) -, tudo acaba ficando no campo da possibilidade quanto ao cometimento concreto do delito, não sendo o bastante, ao decreto de condenação, o que se conseguiu reunir neste autos em relação ao co-réu.

Cotejadas todas as provas, não se extrai elementos suficientes à comprovação de que MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, motorista da Prefeitura, concorrera, de fato, para o crime, que tivesse qualquer ligação com a estrutura utilizada nas transmissões e no cotidiano da emissora, ou, ao menos, que guardasse ciência da clandestinidade das atividades da Rádio Nossa FM.

Após o fechamento da emissora pela primeira vez em 2000, nada mais se referiu sobre sua participação. As testemunhas de acusação quase nada disseram, apenas Bernardo Marinoschi reafirmou que “tinha um programa aos sábados, de música pop” (fls. 640/641), sem, contudo, declinar detalhes, diferentemente dos demais acusados. Provas de que buscasse patrocínio para a rádio, junto às empresas e estabelecimentos comerciais de Terra Roxa/SP,

acabaram não emergindo, e a expectativa que se tinha em torno de sua participação acabou não se confirmando.

Conquanto seu irmão Flávio Cardoso Pereira, vereador em Terra Roxa/SP na gestão atual, compusesse a Diretoria da “Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - ADCCTR” na qualidade de “Segundo Diretor de Esportes”, o envolvimento de MARCO ANTÔNIO com os trabalhos da associação não restou demonstrado, não tendo seu nome figurado entre os diretores (fl. 251), nem sequer aparecido nas publicações de abril e maio de 2000 do “NoSSo Jornal”, ao contrário de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, “Diretor de eventos da ADCC-TR - Rádio NoSSa”, e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, “Diretor de esportes da ADCC-TR - Rádio NoSSa”, sempre em evidência nos periódicos e vinculados às realizações de SAMIR ASSAD NASSBINE, “presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa”.

Porque não evidenciada, como os demais, relação de proximidade com SAMIR ASSAD NASSBINE, tendo reconhecido o alcaide, no depoimento que prestou à Polícia Federal em 12 de fevereiro de 2004, que JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES “são amigos do declarante”, enquanto MARCO ANTÔNIO seria apenas “conhecido do declarante”, não se pode descartar que, após colaborar na grade da rádio em 1999, a pedido de Wainer Milanez, com programa de músicas aos sábados, tivesse tomado ciência da situação irregular da emissora e se distanciado dos compromissos inicialmente assumidos, possivelmente, a contragosto dos outros co-réus, daí se compreendendo a declaração de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA em seu interrogatório - “Eu conheço os demais acusados. Sei que eles não têm relação com a rádio, com exceção do Marco Antônio” (fl. 521) -, que, evidentemente, deve ser tomada com absoluta reserva.

Se existiam indícios suficientes para o recebimento da denúncia, onde o princípio orientador é o do *in dubio pro societate*, vislumbrando-se, à ocasião, justa causa para a deflagração de processo penal, a fim de se apurar concretamente a existência do

crime que se imputa ao acusado, não se permitindo, naquele momento, limitar o direito do órgão acusatório de provar a assertiva então posta - havia descrição mínima, posto que suficiente, das elementares do delito apontado, e as circunstâncias que concretizariam a prática do injusto, sem que qualquer incerteza ficasse, cumpririam à fase de coleta de provas aclarar -, sem elementos conclusivos acerca da existência de vontade livre e consciente de desenvolver atividades clandestinas de radiodifusão pelo co-réu, agora não se tem bastante para a condenação, a depender de prova assente de materialidade e autoria delitivas, resolvendo-se a dúvida em favor de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, alternativa outra restando que não sua absolvição, a teor do disposto no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, já com a redação dada pela Lei 11.690/2008.

Passo à individualização da pena em relação aos demais, conforme os critérios delimitados nos artigos 59 e 68 do Código Penal, a serem observados na obtenção do *quantum* inicial da retribuição punitiva, dentre os limites mínimo e máximo, abstratamente cominados nos tipos penais incriminadores, sendo defeso ao órgão julgador deixar de levar em conta, para a fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais existentes no dispositivo legal em comento, somente admitindo-se a aplicação no patamar mais baixo se todas forem favoráveis - do contrário, há que se situar acima da previsão mínima estipulada pelo legislador -, não se desbordando, outrossim, do imperioso reconhecimento do cúmulo material, forte no comando inserto no artigo 69 do Código Penal, manifesta a ocorrência de pluralidade de ações típicas, nos termos do artigo 183 da Lei 9.472/97, a partir das condutas perpetradas pelos acusados.

Quadra ressaltar, nesse aspecto, que, em se tratando de delitos autônomos entre si, a aplicação cumulativa das penas acaba sendo a regra.

Após a interrupção do funcionamento da Rádio Nossa FM 104,9 MHz em 18 de outubro de 2000, com o cumprimento de mandados de busca e apreensão pela Polícia Federal, nova aparelhagem foi adquirida e a emissora tornou a retransmitir de maneira

clandestina, desta vez em 102,9 MHz, conforme veio a se saber a partir do interrogatório policial de Bernardo Marinoschi Neto em 11 de junho de 2002 - “a Rádio Nossa FM continua em atividade e funcionamento na Rua José Demarch, 252 - Jd. São Paulo - Terra Roxa/SP, com outros equipamentos, sob a responsabilidade das mesmas pessoas” (fls. 81/82), daí partindo ordem judicial seguinte, paralisando-se as atividades da rádio, desta vez, em 6 de dezembro de 2002.

A despeito da conexão existente, a hipótese não guarda correlação com a *fictio juris* do crime continuado, para cuja configuração impõe-se necessária homogeneidade de circunstâncias de cada delito, de modo que os subseqüentes possam ser considerados como desdobramento dos antecedentes, por aproveitamento das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação fática.

Não é o caso dos autos, em que a reabertura da rádio, com a obtenção de novos equipamentos - inclusive porque a legislação é expressa quanto à “perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar” (artigo 184, inciso II, da Lei 9.472/97) -, passando a transmitir em frequência modulada diversa da anterior, ainda que sediada no mesmo local, objeto de persecução subseqüente, denota sucessão de injustos no tempo, a caracterizar mera reiteração criminosa, que, de per si, não configura automaticamente a continuidade delitiva, cujos requisitos legais aqui não se encontram preenchidos.

A louvável intenção de suavizar as regras explicitadas no Código Penal acerca do acúmulo material, dispensando tratamento mais brando ante a presença de determinados elementos que em muitas situações levam à aceitação como única de condutas criminosas distintas, não se apresenta livre de críticas, cedendo passo à manifesta constatação da existência de ações independentes, que levaram à execução do serviço de radiodifusão ao arrepio da lei, clandestinamente, em duas ocasiões diversas, em ambas violando o espectro eletromagnético, ferindo o interesse público e colocando em risco a segurança de todos, por conta das

interferências acarretadas, mormente em aparelhos utilizados em serviços de emergência e navegação aérea.

Na coletânea organizada por Alberto Silva Franco, a jurisprudência colacionada não deixa dúvida acerca da impropriedade da utilização indistinta da figura do crime continuado:

“Tratando-se de simples *perseveratio in crimine*, indiscutível reconhecimento de concurso material de delitos” (TACRIM-SP - AC - Rel. Gonçalves Sobrinho - JUTACRIM 33/230).

“A distinção entre ‘crime continuado’ e ‘crimes repetidos’ está em que o primeiro se caracteriza pelo oportunismo com que o agente se aproveita de situações consecutivas e espacialmente circunscritas, traços que constituem como que a lógica propulsora das ações, que se seguem a primeira; e os segundos se caracterizam pela perseverança com que o agente transgredir e torna a transgredir o preceito, apresentem-se ou não oportunidades próximas no tempo ou no espaço, porque o seu *leitmotiv* não é o oportunismo, mas a determinação de fazer do crime sua regra de procedimento, seu modo de ser; se aqui ou ali, se dia após dia ou se a intervalos, não importa; importa é que se faz e torna a fazer, porque ‘vive disso’” (TACRIM-SP - RA - Rel. Corrêa de Moraes - RJD 6/29).

“Pode, ou não, haver crime continuado na criminalidade profissional, isto é, quando o agente pratica vários delitos da mesma espécie, não por estar agindo sob o efeito ou impulso do primeiro (em ‘continuação do primeiro’) mas por ser essa atividade mais ou menos freqüente, como conduta de vida? O acórdão recorrido diz que sim; no recurso sustenta-se que não. A lei, no Brasil, como em outros países, não oferece critério infalível para a identificação da unidade ou continuidade delitiva, na presença de ações múltiplas. Por isso é que tanto a teoria puramente objetiva como a

subjetiva expõem o flanco a críticas, que não repetirei por serem bastante conhecidas. Pela mesma razão, a jurisprudência, no exame dos casos concretos, tem procurado aqui, como algures, limitar a incidência muito extensa de normas legais genéricas sobre a continuidade delitiva. Na Alemanha, por exemplo, berço da denominada teoria objetiva, os tribunais têm exigido a presença de um ‘dolo total’ (*Gesamtvorsatz*) que enlace o resultado total do fato em seus aspectos essenciais, no que concerne a lugar, tempo, pessoa da vítima e modo de execução, de sorte que os atos isolados representem a realização sucessiva do conjunto desejado (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. teil, 4. Auflage, 1988, p. 649). Por outro lado, os atos isolados que lesem bens jurídicos personalíssimos (*höchstpersönliche Rechtsgüter*) não configuram o crime continuado, segundo essa jurisprudência, quando cada ato se dirija contra diferentes titulares desses bens (homicídios, atentados sexuais etc.) (Jescheck, ob. cit., p. 648). Na Itália, como se sabe, por expressa disposição do CP, art. 81, exige-se que as várias ações caracterizem a execução de um mesmo intento criminoso (*medesimo disegno criminoso*), isto é, as diversas ações ou omissões devem unificar-se pelo mesmo pensamento dirigido à obtenção de um fim, com emprego de determinados meios (Maggiore, *Diritto Penale*, 5ª ed., vol. I, 2ª parte, p. 624). Como se vê, a ‘unidade de desígnio’ do direito italiano encontra, hoje, certo paralelismo na práxis do direito alemão, guardadas as peculiaridades, com a denominação ‘dolo total’. Isso revela, ao nosso ver, que a teoria puramente objetiva, de certos autores de épocas passadas, cede lugar hoje a uma teoria mista que conjuga elementos objetivos e subjetivos para caracterização mais restrita do crime continuado. Daí o entendimento, a nosso ver, correto, que predominou no Pleno do Supremo Tribunal, no julgamento do RE 87.769, que, apesar da votação diversificada, assim se poderia resumir, segundo penso: há de existir uma ligação entre os vários atos criminosos, para

que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro. E essa ligação, a meu ver, dê-se-lhe o nome que se queira dar (dolo total, unidade de desígnio, elemento subjetivo do agente, ou qualquer outro), deve estar não só nos elementos, objetivos de tempo, lugar e modo de execução mas também no aspecto interno, psicológico, da conduta do agente, sem o que o Juiz não disporia de critérios menos falhos para distinguir o concurso material de continuidade delitiva. E não basta, para tanto, diga-se ainda, uma predisposição genérica ou resolução indefinida do delinqüente que se propõe a fazer do crime seu meio de vida. Se assim fosse, o Direito Penal estaria, contraditoriamente, punindo com mais benignidade os profissionais do crime, agentes de condutas criminosas de alta reprovabilidade social e moral, contrariando assim a própria essência do crime continuado que, na lição de Honig, citado por Eduardo Correa, é a de punir com pena mais branda, através da unificação dos vários delitos, a redução do grau de culpabilidade verificada quando ‘a reiteração de uma atividade foi levada a cabo por aproveitamento ou em virtude da mesma oportunidade’ (*Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra, 1963, pp. 243-4). Assim, para a continuidade delitiva, torna-se indispensável, a meu ver, que os vários atos criminosos apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados ao primeiro (art. 71 do CP), ou porque fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma situação). Isso, é claro, uma vez verificados os requisitos objetivos do art. 71. Fora disso, penso que não se deva acolher a continuidade delitiva, fruto, como se sabe, de exigências práticas de Política Criminal. As conveniências ou maiores comodidades de ordem processual não deveriam pesar para afastar as exigências substanciais de direito material, no tocante ao princípio fundamental da justa retribuição. E o eventual excesso de pena, causado pela

aplicação do concurso material, encontra solução pela obrigatória aplicação da norma geral limitativa do art. 75 do CP” (STJ - REsp - Rel. Assis Toledo - RSTJ 12/267).

Fosse pouco, é tranqüilo o entendimento de que não se aproveita o benefício do crime continuado às ações praticadas em momentos distintos, ainda que guardem semelhança na maneira de execução e no aproveitamento de situação idêntica, afastando o caráter necessário da continuidade o espaço de tempo que separa a reiteração dos fatos, exigindo, em regra, que os delitos não tenham sido cometidos em período superior a um mês, condição, ao que tudo indica, não preenchida *in casu*, já que transcorrido ano e meio até que se tivesse notícia - refrise-se, com a oitiva de Bernardo Neto em junho de 2002 - de que a rádio voltara a funcionar às ocultas, não se encontrando nos autos indício algum de que tivesse operado em 2001, mesmo porque não se tratava de ano eleitoral.

Enfim, não há como se compreender as condutas dos acusados como se única fossem, considerando o “conjunto da obra”, como de praxe nas hipóteses em que aplicado o artigo 71 do Código Penal, até em razão de se estar diante de crimes permanentes, prolongando-se no tempo a consumação em decorrência da atividade do sujeito ativo, característica que evidentemente se incompatibiliza com o crime continuado, já que a persistência na conduta típica configura um só delito, e, a par do retorno das transmissões, com o restabelecimento da rádio, já não se poderia ter como retomada a permanência.

Vejam-se os conceitos de Manoel Pedro Pimentel, ainda sob a égide da legislação de 1940, anteriormente à reformulação da Parte Geral do Código:

“Tal como vem disciplinado hoje no estatuto penal, em seu art. 51, § 2º, o crime continuado pode ser reconhecido na categoria dos crimes de mera conduta. É preciso distinguir, desde logo, a continuação, da permanência. A continuação exige mais de uma ação ou omissão, enquanto que a permanência exige uma única ação ou omissão que perdure no tempo.

Deve-se observar, ainda, que o termo ‘ação’, tal como vem aqui empregado, não se refere aos atos, simplesmente. Uma única ação, na conceituação jurídica, pode ser composta de vários atos. Assim, o homicida que dispara mais de uma vez a arma pratica vários atos, mas uma só ação.

Portanto, para o reconhecimento da existência do crime continuado há necessidade da prática de mais de uma ação ou omissão, e não da prática apenas de mais um ato.

O crime permanente, entretanto, se perfaz com uma só ação ou omissão, prolongadas no tempo, com a nota particular de que a cessação da conduta fica à discrição do agente.”

A apreensão dos equipamentos representa verdadeira garantia para a coletividade de que os agentes envolvidos não tornarão a utilizá-los na mesma atividade clandestina. A reiteração da prática criminosa, em dupla violação ao bem jurídico tutelado, torna patente a pluralidade de condutas e resultados, conduzindo, inapelavelmente, ao *concurso delictorium realis - tot crimina quod poenae*.

A reprimenda deve ter a pena base privativa de liberdade iniciada acima do mínimo legal, não se desbordando que a resposta penal deve se dar em parâmetros diferenciados, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena, estabelecendo a cada um o que lhe é devido, na medida das respectivas atuações, e dentro da censura que cada crime merece, acrescentando-se, desde já, que o número exacerbado de inquéritos e processos-crime em que figurante SAMIR ASSAD NASSBINE, servem também à majoração da quantia inicial de pena, se não como maus antecedentes, na valoração da conduta pessoal demonstrando a personalidade do réu, voltada à prática delituosa e à má conduta social, circunstâncias judiciais a sopesar na fixação em desfavor do acusado.

Diversamente do que fora revelado quando interrogado em juízo, a folha do co-réu SAMIR é extensa, “existindo diversos inquéritos, ações penais e uma condenação em seu nome”, como referido pelo órgão acusatório (fls. 1.046/1.047), desabonando-o a

Ação Penal nº 993.04.022202-8, distribuída à 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, com denúncia recebida em 25 de abril do corrente ano “por infração ao disposto no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei 201/67, vinte e uma vezes, c. c. o artigo 71 do Estatuto Repressivo” e determinação de citação para interrogatório (fls. 1.067/1.068); o Inquérito 993.01.073903-0, processado na 5ª Câmara Criminal, em que decretada a extinção da punibilidade em 13 de agosto de 2002, como se observa do andamento processual informatizado do TJ/SP, após o pagamento de 50 (cinquenta) cestas básicas a entidades assistenciais; o Processo-Crime 534/97, de competência da Justiça Eleitoral, em que condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão como incurso no artigo 299 do Código Eleitoral, c. c. artigo 71 do Código Penal, com posterior decreto de extinção em grau de recurso, em 15/03/2001 (Acórdão nº 139.258), em face da ocorrência de prescrição retroativa; e outros tantos feitos em que desaparecido o direito do Estado de fazer valer sua pretensão punitiva à vista da prescrição.

Dignos de registro, também, os inquéritos distribuídos neste Órgão Especial, encaminhados à relatoria do eminente Desembargador Federal Carlos Muta, atribuindo a prática de crimes de responsabilidade a SAMIR ASSAD NASSBINE, acusado de se apropriar, desviar ou utilizar bens, rendas e serviços públicos federais em benefício próprio, apurando-se, segundo o Ministério Público Federal, “que o investigado teria figurado como autor de ação trabalhista contra a Irmandade de Misericórdia e Hospital de Terra Roxa agindo em conluio com os representantes destes para obter decisão judicial em seu favor”, daí oferecida denúncia “para apurar as condutas possivelmente criminosas quanto a este fato, dando origem aos autos nº 2008.03.00.019599-3, sendo que o Inquérito Policial nº 2004.61.02.006926-7 prosseguiu, então, para apuração de outros delitos supostamente cometidos pelo investigado SAMIR ASSAD NASSBINE”, sendo que “no tocante aos autos nº 2008.03.00.019599-3, após o oferecimento da denúncia por este Órgão Ministerial, foi consignado o prazo para a defesa prévia. Destarte, em 14 de julho de 2008, o Ministério Público Federal

manifestou-se quanto à Defesa Preliminar apresentada pelos denunciados, ocasião em que requereu o aditamento da peça acusatória, imputando-lhes o delito previsto no artigo 171, parágrafo 3º, combinado com o artigo 14, II e artigo 355, *caput*, combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal, abrindo-se aos acusados a possibilidade de novo oferecimento de resposta no prazo de 15 (quinze) dias, a teor do contido no artigo 4º, da Lei nº 8.038/90. De acordo com as informações de fls. 1.077, os autos se encontram conclusos ao Relator desde 05.09.2008” (fls. 1.108/1.110).

Justificam igualmente a elevação as circunstâncias e consequências do crime, “o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda que mais afastados”, a agravar de igual modo o teor de reprovabilidade da ação delituosa, comprometendo irremediavelmente a normalidade dos serviços de radiodifusão, bem como a importância da condição dos acusados, um, político influente na região, à época, Secretário de Saúde de Barretos/SP, já com mandato concluído como alcaide em sua cidade, os demais, ocupantes de cargos de expressão na Prefeitura Municipal de Terra Roxa/SP, que tinham como atribuição, ao menos, zelar pelo padrão ético de seus atos, violando os mais mezinhos princípios a que estão submetidos os integrantes dos quadros da administração em todos os níveis, ao se utilizarem da rádio clandestina não apenas para lograrem interesses particulares, mas também como instrumento de aparição política e manipulação da população local, a exigir resposta inibidora eficiente e rigorosa do Estado, prevenindo a reiteração de crimes e acautelando o meio social e a credibilidade dos poderes públicos em geral, em face da gravidade do delito e da sua repercussão, que revelam menoscabo, em última instância, aos interesses da própria sociedade.

De sorte que ficam estabelecidas as penas privativas de liberdade, com relação ao primeiro delito (18/10/2000), em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 1 (um) mês

de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, exacerbada esta última em grau menor em razão da conduta social favorável do co-réu, professor e coordenar esportivo, corroborada pelos documentos de fls. 546/606.

A culpabilidade nas condutas perpetradas - evidentemente maior em relação a SAMIR ASSAD NASSBINE, dada sua condição de gestor público e “presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa”, concentrando os poderes de gerência da emissora -, dosada no primeiro delito, apresenta-se ainda mais acentuada no que concerne ao segundo crime, cessado em 06/12/2002, impondo superior censura a intensidade do dolo, evidenciado com a reativação da rádio, após a primeira apreensão levada a efeito pela autoridade policial e instauração de inquérito policial para apuração dos fatos, em momento algum o conhecimento concreto do ilícito intimidando os agentes, cuja maneira de agir denota absoluto desprezo com a coisa pública, utilizando-se de frequências espúrias para colocar em risco a segurança dos meios de comunicação, evidenciando, ainda, personalidade especialmente voltada para o crime, dada a reiteração das ações, de alto grau de reprovabilidade, circunstância a revelar a necessidade de uma maior reprimenda penal, sem se esquecer, outrossim, que a pena deve atender também aos anseios da prevenção, geral e especial, sendo necessária para fortalecer o sentimento jurídico e a fé da sociedade no direito e, ainda, suficiente para criar condições que possibilitem seja o condenado reinserido no meio social.

Com Alberto Silva Franco, citando Jescheck: “Os motivos e metas do réu, a atitude interna que se reflete no delito, o grau de contrariedade ao dever são todas circunstâncias que fazem aparecer a formação de vontade do réu numa luz mais ou menos favorável, agravando ou atenuando, com isso, o grau de reprovabilidade do delito. Entre os motivos do crime, distinguem-se os estímulos externos (p. ex: situação de necessidade econômica, paixão política, coação) dos motivos internos (p. ex.: ódio, ânimo de lucro, paixão). Em ambos os grupos, o que importa para a determinação da pena é verificar o grau de força do motivo e indagar

seu valor ético. Deve investigar-se também a qualidade ética das metas que o réu persegue. Existe uma diferença importante para o conteúdo da culpabilidade do delito entre a conduta do médico que dá ao moribundo uma dose excessiva da morfina para libertá-lo de suas dores e a do hipócrita herdeiro que faz o mesmo para impedir que o enfermo modifique seu testamento antes de morrer. A atitude interna do réu não deve equiparar-se com seu caráter, mas sim, estender-se como um atual pensar referido ao fato concreto, tanto na formação da vontade, como na execução do delito (ex: uma vileza insuperável ao matar aos pais; reprovável atitude interna de um estelionatário habitual, indigna atitude ao distanciar-se do lugar do acidente). Também a atitude interna do réu deve ser valorada segundo as normas da ética social (p. ex.: atitude negativa a respeito do bem jurídico protegido, escassa reprovabilidade do delito ante circunstâncias externas, caráter neurótico, erro de proibição, situação emocional-limite ou transtorno mental agudo). Todas essas valorações devem ser feitas conforme a consciência valorativa da comunidade, e não conforme as idéias morais do juiz ou de uma doutrina ou tendência filosófica determinada. De todos os modos, não é possível uma determinação da pena no atual direito vigente sem recorrer a critérios morais. Finalmente, deve ter-se em conta para o conteúdo da culpabilidade do fato o grau de contrariedade ao dever, que se inclui especialmente na determinação da pena nos delitos culposos”.

Fixo, pois, a pena-base privativa de liberdade quanto ao segundo delito (06/12/2002) em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES.

A despeito da coexistência de posições diversas na jurisprudência acerca dos critérios para aplicação da pena de multa nas hipóteses dos delitos em epígrafe, fixo-as em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada crime, nos exatos termos do 183 da Lei 9.472/97, na esteira do que têm decidido nossas turmas criminais em casos assemelhados (ACR 2004.03.99.006821-6, 5ª Turma, rel.

Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. em 26.5.2008; ACR 2004.61.20.000484-6, 2ª Turma, rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. em 8.4.2008; ACR 2000.61.19.022248-8, 1ª Turma, rel. Desembargadora Federal Vesna Kolmar, j. em 6.11.2007; ACR 1999.61.81.003516-6, 5ª Turma, rel. Desembargador Federal André Nabarrete, j. em 7.5.2007), não tendo passado despercebido à doutrina recente a ocorrência de exceções à regra do dia-multa, sem que se possa cogitar de sacrifício a princípio algum na aplicação da pena, como se observa da anotação de Guilherme de Souza Nucci:

“Exceções ao critério do dia-multa: existem exceções a esse critério, estabelecidas em leis penais especiais e também no Código Penal. Exemplo deste último é o art. 244 (abandono material), que fixa a pena em salário mínimo (‘Pena - detenção de 1 a 4 anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país’). Quanto às leis especiais, pode-se mencionar as disposições da Lei 8.245/91 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos), que prevê multa equivalente ao valor do último aluguel atualizado, ou a Lei 8.666/93 (licitações), que trata da multa como percentual da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente da licitação fraudulenta.”

Inexistentes agravantes ou atenuantes, nem sequer causas de aumento ou diminuição, tornadas definitivas e somadas, conforme o artigo 69 do Código Penal, resultam as penas privativas de liberdade em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, além da condenação dos acusados ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) cada um, a título de multa.

Dada a quantidade de reprimenda imposta, que ultrapassa o mínimo legal de 4 (quatro) anos, incabível a substituição por penas restritivas de direito na forma do artigo 44 do Código Penal.

Consideradas também aqui, a teor do disposto no artigo 33, *caput*, segunda parte e § 3º, do Código Penal, as circunstâncias judiciais do artigo 59, que atuam, no geral, em desfavor dos acusados, proponho seja fixado como *regime inicial de cumprimento da pena o semi-aberto*, permitindo-se-lhes *recorrer em liberdade*, não evidenciada, no caso, a imprescindibilidade da adoção de medida constritiva de ordem pessoal, não sendo demais consignar que pedidos relativos ao cumprimento deverão ser oportunamente apreciados em sede de execução, seja ela provisória ou definitiva.

Como decorrência da condenação, decreto a perda em favor da Agência Nacional de Telecomunicações dos equipamentos apreendidos, empregados na atividade clandestina de radiodifusão (artigo 184, II, da Lei 9.472/97).

Deixo, nesse íterim, de determinar a perda dos cargos e mandato eletivo ocupados pelos co-réus, efeito extra-penal que não se apresenta como consequência automática, nem depende tão-somente dos pressupostos objetivos descritos no artigo 92, I, “b”, do Código Penal, devendo ser motivadamente declarado na sentença, como exige o parágrafo único do dispositivo em questão.

Conforme anotado por Paulo José da Costa Júnior, valendo-se do ensinamento de Heleno C. Fragoso, “a consequência, aqui, é sempre facultativa e não obrigatória. Pode o juiz, presentes os pressupostos, determiná-la, devendo nortear-se por um juízo sobre a incompatibilidade do agente com o exercício do cargo, das funções ou do mandato eletivo. Isso dependerá da natureza e da gravidade do dever violado ou do abuso de poder cometido. A sentença tem de ser obrigatoriamente fundamentada neste particular sob pena de nulidade”.

Suficientes à reprovação pelos delitos praticados as penas aplicadas, não se deparando, ademais, com incompatibilidade manifesta quanto ao desempenho das funções - “para atender aos fins da prevenção, desfazem-se relações jurídicas feridas pelo agente, na prática do fato delinqüencial. Tal desconsideração deve ostentar-se na violação de dever, que especialmente se impunha ao agente. Vê-se, portanto, que a aludida desconstituição da relação jurídica é consequência da sentença, por natural presunção de

incompatibilidade do agente com o exercício do cargo, função pública ou mandato eletivo” -, a sanção acessória não se justifica, mesmo porque recairia quase que inteiramente sobre os co-réus servidores concursados da administração municipal, cuja culpabilidade apresenta-se em menor grau que a do prefeito, em relação ao qual a decretação do perdimento do mandato eletivo, praticamente no final a gestão, efeito algum surtirá, nada recomendando, pois, que lhe sejam tirados os cargos, pondo a perder toda uma vida de trabalho, inclusive de forma a inviabilizar o adimplemento da pena pecuniária.

Posto isso, proponho a PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL, com:

1) a **CONDENAÇÃO**, como incursos no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, duas vezes, de:

- SAMIR ASSAD NASSBINE, às penas definitivas de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

- JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, às penas definitivas de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

- e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, às penas definitivas de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de detenção e pagamento de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Com o trânsito em julgado, o nome dos réus deverá ser lançado no rol dos culpados.

2) a **ABSOLVIÇÃO** de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA, com fulcro no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA -
Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS:

Procedo à presente declaração de voto para registrar, nos autos, as razões de minhas divergências em relação ao entendimento majoritário.

A questão trazida a julgamento é conhecida dos tribunais, embora não se tenha, até hoje, chegado a um consenso a respeito do enquadramento legal da conduta de manter estação de rádio sem autorização do poder público.

No âmbito da 2ª Turma desta Corte, órgão fracionário do qual faço parte, chegou-se à conclusão de que a conduta em questão amolda-se à previsão do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 - e não à do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, como entenderam a e. relatora e a douta maioria.

Para demonstrar o entendimento que reputo correto, valho-me de lição doutrinária, ainda inédita, da Promotora de Justiça Dagmar Nunes Gaio, do Ministério Público do Paraná, *verbis*:

“Em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 dispunha, ao tratar da competência da União, que:

‘Art. 21, compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

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

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.’

Esses dispositivos foram alterados pela Emenda Constitucional nº 8/95, que lhes deu a seguinte redação:

‘Artigo 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão

ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.’ O legislador constituinte originário impunha, no inciso XI do art. 21, que as concessões de alguns serviços públicos de comunicações, telefônicos, telegráficos etc. fossem confiadas a empresas sob controle acionário estatal, dispensando de tal exigência, no inciso XII, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicação.

O legislador constituinte derivado, por sua vez, valendo-se da Emenda nº 8/95, retirou a exigência que constava do inciso XI e previu a edição de lei que dispusesse sobre a organização dos serviços de telecomunicação, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, e reservou o inciso XII para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Em cumprimento à mencionada emenda, editou-se a Lei nº 9.472/97, exatamente para dispor ‘sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais’. Dita lei revogou expressamente a Lei nº 4.117/62, ‘salvo quanto à matéria penal não tratada nesta lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão’ (Lei nº 9.472/97, art. 215, inciso I).

O art. 60, *caput* e parágrafo 1º, da Lei nº 9.472/97 define serviço de telecomunicações como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, entendida esta como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Por aí se vê que a radiodifusão é espécie do gênero

telecomunicação, mas não há como negar que, a partir da Emenda nº 8, regulada pela Lei 9.472, o legislador desejou que aquela primeira figura recebesse disciplina normativa própria e diversa das demais modalidades de telecomunicação. Assim, *enquanto a radiodifusão continua regida pela Lei nº 4.117, as demais formas de telecomunicação são disciplinadas pela Lei nº 9.472.*

Até o advento da Lei nº 9.472, a conduta de instalar ou manter emissora de rádio sem a necessária licença do poder público amoldava-se, sem dúvida, ao art. 70 da Lei nº 4.117/62.

O art. 183 da Lei nº 9.472, todavia, abriu margem a pelo menos duas questões. Primeira: o art. 70 da Lei nº 4.117 teria sido revogado? Segunda: em caso negativo, qual seria o alcance de cada uma dessas duas normas?

A resolução dessas questões é da mais alta importância, até porque as penas estabelecidas por um e por outro artigo são bastante diversas, com repercussões penais e processuais. Com efeito, à vista do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, o delito capitulado no art. 70 da Lei nº 4.117 é considerado de menor potencial ofensivo, de sorte que, em princípio, admite transação penal, e a competência para processá-lo e julgá-lo é dos Juizados Especiais Criminais. Já o art. 183 da Lei nº 9.472 não admite nem mesmo a suspensão condicional do processo; e a competência recai sobre o juízo criminal comum.

A busca por uma resposta às indagações acima formuladas passa, necessariamente, pelo exame do art. 215, inciso I, da Lei nº 9.472/97.

‘Artigo 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.’

O primeiro entendimento leva em conta que, se a radiodifusão é espécie do gênero telecomunicação, o art. 183 da Lei nº 9.472 teria revogado o art. 70 da Lei nº 4.117,

mantendo, no entanto, a incriminação da conduta.

Seria caso de sucessão de leis, uma vez que a nova lei aludiu, genericamente, a atividades de telecomunicação, abrangendo, por conseguinte, a radiodifusão. Desse modo, o enquadramento em uma ou em outra lei dependeria da época em que se deram os fatos, aplicando-se o princípio *tempus regit actum*.

De acordo com essa tese, se a conduta foi perpetrada na vigência da Lei nº 4.117, é ela que se aplica. Se a prática delituosa deu-se quando já em vigor a Lei nº 9.472, naturalmente é esta que incide. E, finalmente, considerando-se tratar-se de crime permanente, se a infração iniciou-se na vigência de uma lei e persistiu na da outra, a incriminação dá-se nos termos da mais recente, ainda que mais gravosa. Em apoio a esse primeiro posicionamento, argumenta-se que o próprio inciso I do art. 215 da lei 9.472 ressalva a matéria penal nela tratada, o que implicaria a revogação do art. 70. Uma segunda corrente sustenta que as duas leis coexistem. A Lei nº 4.117 versaria sobre a instalação e a utilização de serviço de telecomunicação em inobservância às exigências legais e regulamentares, ou seja, em situação irregular, ao passo que a Lei nº 9.472 trataria de conduta mais grave, consistente em desenvolver atividade clandestina de telecomunicação, vale dizer, sem a competente concessão, permissão ou autorização.

Contrariando tais conclusões, há julgados que apontam para subsistência do art. 70 da Lei nº 4.117/62, não obstante a superveniência da Lei nº 9.472/97.

Segundo essas decisões, o art. 215, inciso I, da Lei nº 9.472 ressaltou a Lei nº 4.117 no que concerne à radiodifusão e aos delitos correlatos, ou seja, a lei velha continua incriminando a conduta de manter emissora de rádio sem a licença do poder competente.

Como se vê, o dissenso recai sobre a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 215 da Lei nº 9.472. Para alguns, referido dispositivo legal significa que a matéria penal

prevista na Lei nº 4.117, aí incluído, portanto, seu art. 70, foi revogada pela lei nova que contemplaria a conduta no art. 183. Para outros, o mesmo inciso revela que o legislador pretendeu manter no âmbito da Lei nº 4.117 a disciplina, inclusive penal, atinente à radiodifusão, destinando a Lei nº 9.472 para as demais formas de telecomunicação.

Dentre as duas posições, afigura-se melhor a última, mais afinada com o propósito revelado pelo legislador constituinte ao promulgar a Emenda nº 8, que deixou clara a intenção de conferir à radiodifusão disciplina legal distinta da dos demais modos de telecomunicação.

De fato, revela-se mais lógico e coerente que toda disciplina pertinente à radiodifusão, mesmo a de natureza penal, seja afeta a um só e mesmo diploma legal, no caso, a Lei nº 4.117/62.”

Sendo esta última a tese que adoto, por meu voto eu reconheço a prescrição em relação ao primeiro dos fatos, exatamente como posto no parecer do Ministério Público Federal, porquanto decorridos mais de quatro anos entre o fato e o recebimento da denúncia; e faço-o com fundamento no art. 109, inciso V, combinado com o art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Em relação ao segundo fato, atento à nova disciplina do art. 383 do Código de Processo Penal, proponho que seja aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal para que se pronuncie acerca de eventual oferecimento de transação penal.

Vencido, porém, no que tange ao enquadramento da conduta, passo a manifestar-me quanto às questões subsequentes.

Ressalto, de pronto, que adiro ao voto da e. relatora no tocante ao exame da prova e, inclusive, à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Cumpre-me observar, todavia, que o artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, precisamente na parte em que estabelece pena de multa no importe fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), viola o princípio da individualização da pena.

Há, deveras, julgados da 1ª e da 5ª Turmas desta Corte, bem

como dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões, nesse sentido.

É certo que os órgãos fracionários dos tribunais não poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei, haja vista a cláusula de reserva de plenário insculpida no artigo 97 da Constituição Federal.

O Órgão Especial do Tribunal, contudo, possui tal competência, de sorte que seria esta a ocasião própria e perfeitamente adequada ao exame da questão.

Por isso, com a licença de meus pares, suscito o incidente de declaração de inconstitucionalidade da parte final do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, precisa e especificamente na parte em que estabelece pena de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ressalto, ademais, que, no caso presente, a violação ao princípio da individualização da pena é evidente, uma vez que as penas privativas de liberdade aplicadas aos réus não são uniformes, mas o são as penas de multa!

Propugno, destarte, a observância do Regimento Interno, relativamente ao incidente que ora suscito. Com efeito, entendo, com a devida vênia, que, suscitado o incidente por um dos membros do órgão julgador, o caso é de examinar-se a cogitada inconstitucionalidade, não cabendo deliberar-se sobre a instauração ou não do incidente.

A douta maioria, porém, entendeu diversamente e houve por bem de nem sequer admitir o incidente, deixando de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade levantada, no que, a meu juízo, procedeu com equívoco.

De qualquer sorte, penso que a questão ainda possa ser deduzida pelos interessados e mesmo pelo Ministério Público Federal, seja em sede de embargos de declaração, seja em sede de *habeas corpus* dirigido às instâncias superiores.

Em síntese, voto no sentido de que: a) sejam os fatos enquadrados no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962; b) por conseguinte, seja, nos termos dos artigos 109, inciso V, e 107, inciso IV, do Código Penal declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal

em relação ao primeiro fato e, quanto ao segundo, seja aberta oportunidade ao Ministério Público Federal para manifestar-se acerca do oferecimento de transação penal, nos termos da Lei nº 9.099/1995; c) vencido quanto aos pontos *supra*, adiro ao voto da e. relatora no que tange ao exame da prova e, inclusive, à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal; mas d) suscito incidente de inconstitucionalidade parcial do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, considerando-o, no ponto em que estabelece pena de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ofensivo ao princípio da individualização da pena.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

- Sobre o crime de radiodifusão clandestina veja também o artigo doutrinário “O crime de radiodifusão clandestina em face da Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, e da Lei nº 9.472, de 16.07.1997”, de autoria do Juiz Federal Toru Yamamoto, publicado na RTRF3R 78/103 e os seguintes julgados: ACr 2001.03.99.013123-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 68/348 e ACr 2003.03.99.026620-4/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicada na RTRF3R 86/211.

AGRAVO

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**Registro 2007.61.05.013878-5**

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 140/144

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelado: CLÓVIS RAMOS PEREIRA

Interessados: CROPLAST IND/ E COM/ DE EMBALAGENS PLÁSTICAS
LTDA. E OUTRO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF

Classe do Processo: AC 1357026

Disponibilização ao Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TEMPESTIVIDADE. DUPLICATAS. CARTULARIDADE. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DOS SUPOSTOS AVALISTAS. ART. 585 DO CPC. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DAS DUAS TESTEMUNHAS.

1. Se a Lei nº 11.382/06 passou a vigorar depois da citação em execução de título extrajudicial, mas antes de concluído o procedimento de penhora, o prazo para oferecimento dos embargos deve ser contado a partir da intimação da penhora, mas já se computando o prazo da lei nova, de 15 (quinze) dias. A intimação do arresto deu-se em 17/10/2007 (fl. 302 e 305 vº dos autos em apenso). Considerando que, com fulcro no art. 69, § 2º, IV, do Regimento Interno deste Tribunal, não houve expediente nos dias 01/11/2007 e 02/11/2007 (quinta-feira e sexta-feira, respectivamente), conclui-se serem tempestivos os presentes embargos, os quais foram ajuizados em 05/11/2007 - fl. 02 (segunda-feira).

2. O aval exige que conste do título de crédito a assinatura de próprio punho do avalista, diferentemente da fiança, a qual pode ser prevista em contrato apartado. Apesar de

constar no contrato que as duplicatas deveriam ser entregues à CEF devidamente endossadas e avalizadas pelos senhores ROMILDO KHUM e CLOVIS RAMOS PEREIRA (*vide* cláusula terceira à fl. 13), verifica-se que não consta nelas qualquer aval ou endosso (fls. 16, 18, 20, 22, 24, 26, 27, 29).

3. Se as duplicatas não estavam sendo apresentadas na forma prevista no contrato, isto é, devidamente endossadas e avalizadas, incumbia à CEF não ter disponibilizado o crédito. Em matéria de títulos de crédito, prevalece o princípio da cartularidade.

4. Os títulos executivos que propiciaram o ajuizamento da execução extrajudicial são as duplicatas (títulos de crédito) e não o contrato. Atente-se que sequer consta do contrato a qualificação das duas testemunhas (*vide* fl. 15), não sendo este apto a ensejar, sozinho, o ajuizamento da execução, por não se tratar de título executivo extrajudicial previsto no rol do art. 585 do CPC. É descabida, portanto, no bojo dos presentes embargos, a análise de eventual responsabilidade solidária dos co-executados derivada do referido contrato.

5. A despeito do que alega a apelante, a sentença não é *ultra petita*. A exclusão do co-executado ROMILDO KHUM do pólo passivo é consequência lógica da decisão proferida. Trata-se de hipótese em que há comunhão de interesses, em que a insurgência de um dos co-executados, necessariamente, beneficia o outro, devendo o juiz decidir a lide de maneira uniforme para ambos. Aliás, a existência de título executivo em face de cada executado é matéria a ser conhecida de ofício.

6. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo,

nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de outubro de 2009.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

Trata-se de agravo (fls. 150/152), previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, interposto pela CEF em face da decisão monocrática (fls. 140/144) que negou seguimento à apelação, esta interposta em face da r. sentença que acolheu os embargos à execução e determinou a exclusão de Romildo Khum e Clóvis Ramos Pereira do pólo passivo da execução.

Alega-se, em síntese, que os embargos apresentados são intempestivos, bem como que não foi apresentada jurisprudência dominante apta a justificar o julgamento monocrático quanto à exclusão dos agravados do pólo passivo e quanto à descaracterização do contrato como título executivo extrajudicial.

É o relatório.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática (fls. 140/144), cujos principais trechos, por oportuno, passo a destacar:

“(…)

O embargado foi citado em 20/09/2004 (fl. 203, vº dos autos em apenso), época em que vigorava a redação antiga do

art. 738, I, do CPC, (antes de sua revogação pela Lei 11.382/2006):

‘Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)

I - da juntada aos autos da prova da intimação da penhora’
Atualmente, o artigo 738 do CPC prevê:

‘Art. 738: Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).’

Conforme a jurisprudência do STJ, se a Lei nº 11.382/06 passou a vigorar depois da citação em execução de título extrajudicial, mas antes de concluído o procedimento de penhora, o prazo para oferecimento dos embargos deve ser contado a partir da intimação da penhora, mas já se computando o prazo da lei nova, de 15 (quinze) dias.

‘DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O *PERICULUM IN MORA* E O *FUMUS BONI IURIS*. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONFLITO INTERTEMPORAL DE NORMAS. LEI Nº 11.382/06. PRAZO PARA OFERECIMENTO DE EMBARGOS. *DIES A QUO*. INTIMAÇÃO DA PENHORA. RITO. NOVA SISTEMÁTICA, PORTANTO SEM EFEITO SUSPENSIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. REGIME DA LEI Nº 11.382/06. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 07/STJ.

- (...)

- Embora o processo seja reconhecido como um instrumento complexo, no qual os atos que se sucedem se inter-relacionam, tal conceito não exclui a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual a lei nova,

encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Esse sistema, inclusive, está expressamente previsto no art. 1.211 do CPC.

- Apesar da teoria do isolamento dos atos processuais não ser uma regra absoluta, ela somente comporta exceções quando, a despeito da edição de lei nova, os atos a serem praticados possuam nexos imediato e inafastável com ato praticado sob a égide da lei antiga ou com os efeitos deste.

- Na sistemática existente antes do advento da Lei nº 11.382/06, a condição imposta para o oferecimento dos embargos não era a citação, mas sim a garantia do juízo pela penhora.

- Se, em execução de título extrajudicial, a Lei nº 11.382/06 passou a vigorar depois da citação, mas antes de concluído o procedimento de penhora, o termo para oferecimento dos embargos deve ser contado a partir da intimação da penhora, mas já se computando o prazo da lei nova, de 15 (quinze) dias.

- Nessa circunstância, porém, os embargos já devem ser recebidos com base na nova sistemática de execução, portanto sem efeito suspensivo, pois, além de terem mantido sua natureza autônoma, o direito ao oferecimento dos embargos, antes das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/06, somente surgia com a garantia do juízo.

- A verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, mormente quando a alegação de afronta à lei federal incide sobre o § 1º do art. 739-A do CPC, está circunscrita ao livre convencimento do juiz, não sendo possível seu exame sem a análise do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância que encontra óbice na Súmula nº 07 do STJ. Petição inicial liminarmente indeferida e declarando extinto o processo.'

(STJ, TERCEIRA TURMA, MEDIDA CAUTELAR - 13951/SP, julg. 11/03/2008, Rel. NANCY ANDRIGHI, DJE DATA: 01/04/2008)

A intimação do arresto deu-se em 17/10/2007 (fl. 302 e 305 vº dos autos em apenso).

Considerando que, com fulcro no art. 69, § 2º, IV, do Regimento Interno deste Tribunal, não houve expediente nos dias 01/11/2007 e 02/11/2007 (quinta-feira e sexta-feira, respectivamente), conclui-se serem tempestivos os presentes embargos, os quais foram ajuizados em 05/11/2007 - fl. 02 (segunda-feira).

Apesar de constar no contrato que as duplicatas deveriam ser entregues à CEF devidamente endossadas e avalizadas pelos senhores ROMILDO KHUM e CLOVIS RAMOS PEREIRA (*vide* cláusula terceira à fl. 13), verifica-se que não consta nelas qualquer aval ou endosso (fls.16, 18, 20, 22, 24, 26, 27, 29).

Conforme ressaltou o r. juízo *a quo*, o aval exige que conste do título de crédito a assinatura de próprio punho do avalista, diferentemente da fiança, a qual pode ser prevista em contrato apartado.

Se as duplicatas não estavam sendo apresentadas na forma prevista no contrato, isto é, devidamente endossadas e avalizadas, incumbia à CEF não ter disponibilizado o crédito. Em matéria de títulos de crédito, prevalece o princípio da cartularidade.

Os títulos executivos que propiciaram o ajuizamento da execução extrajudicial são as duplicatas (títulos de crédito) e não o contrato. Atente-se que sequer consta do contrato a qualificação das duas testemunhas (*vide* fl. 15), não sendo este apto a ensejar, sozinho, o ajuizamento da execução, por não se tratar de título executivo extrajudicial previsto no rol do art. 585 do CPC. É descabida, portanto, no bojo dos presentes embargos, a análise de eventual responsabilidade solidária dos co-executados derivada do referido contrato.

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO

EXTRAJUDICIAL. PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

I. Não constitui título executivo o contrato particular que não preenche os requisitos do artigo 585, II, do CPC, porquanto ausente assinaturas de duas testemunhas.

II. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

III. É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Agravo improvido.’ (STJ, TERCEIRA TURMA, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1096195/PR, julg. 28/04/2009, Rel. SIDNEI BENETI, DJE: 11/05/2009)

‘AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. FALTA DE ASSINATURA DE TESTEMUNHAS.

1. Não é título executivo o instrumento de confissão de dívida em que faltem as assinaturas de duas testemunhas. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.’

(STJ, QUARTA TURMA, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 750214/RS, julg. 17/03/2009, Rel. FERNANDO GONÇALVES, DJE: 06/04/2009)

A despeito do que alega a apelante, a sentença não é *ultra petita*. A exclusão do co-executado ROMILDO KHUM do pólo passivo é consequência lógica da decisão proferida. Trata-se de hipótese em que há comunhão de interesses, em que a insurgência de um dos co-executados, necessariamente, beneficia o outro, devendo o juiz decidir a lide de maneira uniforme para ambos.

Aliás, a existência de título executivo em face de cada executado é matéria a ser conhecida de ofício.

(...)”

Verifica-se que os argumentos trazidos pela agravante não se prestam a uma reforma da decisão.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao agravo.
É o voto.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2000.03.00.055798-3

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Agravado: MANOEL AFONSO MOREIRA
Partes Rés: ANGELA BARRIOS E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AI 118804
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2009

EMENTA

INTERDITO PROIBITÓRIO. FUNDADO RECEIO DE ESBULHO OU TURBAÇÃO. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

I - O artigo 932, do Código de Processo Civil, estabelece que “o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.”

II - No caso dos autos, o Senhor Manoel Afonso Moreira, legítimo proprietário do imóvel denominado “Fazenda Mosquiteiro” propôs ação de interdito proibitório contra a comunidade indígena guarany-kaiowa, por entender que há justo receio de que os indígenas invadam a sua propriedade, já que se encontram agrupados pintados e armados em local próximo à fazenda.

III - Na audiência de justificação, restou esclarecido que a Fundação Nacional do Índio - FUNAI já deu início ao processo para o fim de demarcar as áreas próximas à fazenda do autor e, ainda assim, os índios ocupantes das áreas limítrofes do imóvel seguem avançando em direção a ela, o que justifica o fundado receio de invasão apto a autorizar a concessão da liminar em favor do autor legítimo proprietário das terras. Precedentes desta Egrégia Corte.

IV - Cabe, ainda, considerar que a r. decisão agravada não gerou nenhuma lesão grave ao grupo de índios, pois a pena pecuniária somente será aplicada no caso de invasão do imóvel de propriedade do autor e, se essa não é a intenção dos indígenas, não há razão para irrisignação contra o *decisum*.

V - Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de outubro de 2009.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a r. decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Dourados/MS, reproduzida às fls. 33/36, que nos autos da ação de interdito proibitório proposta por Manoel Afonso Moreira, deferiu a medida liminar para determinar que membros da comunidade indígena guarany-kaiowa se abstenham de proceder à ocupação da propriedade do autor, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Alega a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, em síntese, que o justo receio de invasão da propriedade apontado pelo autor não tem razão de haver, vez que referido receio teve início em 09/06/2000 e até a data da audiência de justificação (22/09/2000) nada havia acontecido.

Pugna pelo provimento do agravo, a fim de que seja casada a liminar deferida, por evidente inexistência de ameaça contra a propriedade do autor.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi indeferido, conforme decisão da lavra do e. Desembargador Federal Aricê Amaral (fl. 42). Diante desta decisão, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI interpôs agravo regimental (fls. 51/56).

Resposta (fls. 59/62).

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

O artigo 932, do Código de Processo Civil, estabelece que “o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbção ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.”

No caso dos autos, o Senhor Manoel Afonso Moreira, legítimo proprietário do imóvel denominado “Fazenda Mosquiteiro” propôs ação de interdito proibitório contra a comunidade indígena guarany-kaiowa, por entender que há justo receio de que os indígenas invadam a sua propriedade, já que se encontram agrupados pintados e armados em local próximo à fazenda.

Na audiência de justificação, restou esclarecido que a Fundação Nacional do Índio - FUNAI já deu início ao processo para o fim de demarcar as áreas próximas à fazenda do autor e, ainda assim, os índios ocupantes das áreas limítrofes do imóvel seguem avançando em direção a ela (fls. 33/36), o que justifica o fundado receio de invasão apto a autorizar a concessão da liminar em favor do autor legítimo proprietário das terras.

Nesse sentido é o entendimento desta Egrégia Corte. Confirmam-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO POSSESSÓRIA DE PROIBIÇÃO PREVENTIVA - PRESENTES OS REQUISITOS INERENTES AOS PARTICULARES POSSUIDORES, EM RELAÇÃO À AMEAÇA INDÍGENA, ACERTADO O LIMINAR INTERDITO PROIBITIVO - IMPROVIMENTO AO AGRAVO DA FUNAI 1. Destinando-se o interdito possessório proibitivo, em liminar intentado, a tutelar ameaça ao direito de posse da parte que do Judiciário se socorra, em sua proteção, artigo 932, CPC, ambos os elementos capitais foram adequadamente extraídos pelo E. Juízo *a quo*, a plausibilidade atinente ao vínculo de posse sobre a coisa, documentada no feito, tanto quanto o risco então iminente, de propalada invasão, por comunidade indígena, sobre a área implicada. 2. Diante de tão crítico contexto como o da espécie, de todo acerto a r. decisão que, *initio litis*, emanou a ordem proibitiva aqui agravada, sem prévia oitiva do órgão agravante, representativo dos enfocados índios, pois na espécie superior o dogma do amplo acesso ao Judiciário, inciso XXXV, do artigo 5º, Lei Maior, com veemência a afastar àquele titular a prévia oitiva, positivada pelo parágrafo único do artigo 928, c. c. artigo 933, ambos do CPC, tanto quanto assim a se excepcionar o também invocado artigo 63, Lei 6.001/73. 3. O crítico quadro trazido a lume, dentro do qual extraídos elementos vitais à proibição preventiva ordenada, a outro desfecho não conduziria, naquele momento da lide, que não ao de deferimento da tutela assim ordenada: aliás e evidência disto resulta no panorama do curso de todos estes anos, desde aquela r. decisão, sem que ao feito noticiada (neste recurso) qualquer revogação daquele decisório, embora ao depois evidentemente ouvido o órgão representativo dos índios. 4. Irreparável a r. decisão atacada, a qual fez incidir o Direito sobre a espécie, na emanção do interdito preventivo ali fixado. 5. Improvimento ao agravo de instrumento. Prejudicado o agravo regimental do Ministério Público Federal.” (TRF 3ª Região - Agravo nº 97.03.008273-4 - Relator Juiz

Federal Convocado Silva Neto - Turma Suplementar da 1ª Seção - j. 29/10/08 - v. u. - DJF3 19/11/08)

“AÇÃO POSSESSÓRIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. ‘FAZENDA SÃO JOÃO MIRIM’. AMEAÇA DE TURBAÇÃO E ESBULHO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS. DEFERIMENTO DA LIMINAR. 1. A lei processual civil (artigo 932) deixa claro que o possuidor direto ou indireto poderá impetrar ao juiz que o segure da turbacão ou esbulho iminente mediante mandado proibitório, caso tenha justo receio de ser molestado na posse. 2. O artigo 1.196 do Código Civil define possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Vale destacar que a posse tem autonomia, sendo protegida por si mesma, é dizer, ainda contra o proprietário. Assim, embora o domínio seja o fundamento teórico da proteção da posse, o juízo possessório não se confunde com o petitório, nem é possível que este se imiscua naquele. Utilizada a via possessória, a questão da propriedade torna-se irrelevante, prescindindo-se de qualquer alegação sobre quem efetivamente seja o proprietário, já que a posse é protegida até contra esse. 3. Consoante se extrai da oitiva das testemunhas no processo de justificacão, restou demonstrada a posse efetiva na figura dos proprietários e não dos indígenas. 4. Consta procedimento administrativo de demarcação de área identificada na Portaria nº 298 do Ministério da Justiça de 19.06.1992. Entendo, no entanto, que na demarcação das terras indígenas hão de ser respeitados a posse e o domínio dos particulares, até decisão definitiva, em processo judicial contencioso. 5. Entendo que comprovados os requisitos exigidos pela legislação processual, quais sejam, a existência da posse e o justo receio de que seja esta molestada, deve ser deferido o interdito proibitório. 6. Irrelevante para o deslinde da questão a afirmativa de que a posse dos índios sobre a região debatida remonta a tempos imemoriais e está assegurada

pelo texto constitucional, porque tal discussão diz respeito à propriedade da terra, cujo exame foge ao âmbito desta lide. 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TRF 3ª Região - Agravo nº 93.03.074503-5 - Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini - 1ª Turma - j. 15/05/07 - v. u. - DJU 16/06/07, pág. 254)

Cabe, ainda, considerar que a r. decisão agravada não gerou nenhuma lesão grave ao grupo de índios, pois a pena pecuniária somente será aplicada no caso de invasão do imóvel de propriedade do autor e, se essa não é a intenção dos indígenas, não há razão para irrisignação contra o *decisum*.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2005.03.00.080188-0

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: GIOVANNI PICARELLI E COM/ DE BEBIDAS PIRÂMIDE LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AI 248905
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2009

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA EM VAGAS DE GARAGEM DE IMÓVEL CARACTERIZADO COMO BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/1990. REGISTRO SOBRE A MESMA MATRÍCULA. CABIMENTO.

A Lei nº 8.009/1990 determinou que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários ou nele residam (art 1º).

Constata-se que tanto o imóvel principal quanto as três vagas da garagem estão matriculados sob o mesmo registro, não havendo, portanto, como dissociá-las juridicamente. Precedentes.

Afasta-se também a alegação de que a ilegalidade da penhora deveria ser aduzida em sede de embargos à execução. Isso porque a matéria em questão - impenhorabilidade do bem de família -, por caracterizar questão de ordem pública, pode ser conhecida de ofício pelo Juízo mediante simples petição. Precedentes do STJ.

Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional

Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de setembro de 2009.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, em face de decisão que, em execução fiscal, determinou o levantamento da penhora sobre duas vagas de garagem em imóvel residencial de titularidade do responsável tributário.

Alegou a agravante, em síntese, que: *i)* o questionamento quanto à ilegalidade da penhora deveria ter sido feito em embargos à execução e não em exceção de pré-executividade; *ii)* a parte do imóvel que foi penhorada não é bem de família, porquanto não se destinam à habitação do devedor ou de sua família, mas para guardar seu automóvel; *iii)* o imóvel conta com três vagas de garagens, sendo requerida a penhora de apenas duas delas e *iv)* a jurisprudência tem permitido a penhora sobre partes ideais dos imóveis destinados à moradia da família, desde que não estejam inseridas no conceito previsto no art 1º, da Lei nº 8.009/1990.

Não houve pedido de concessão de efeito suspensivo (fls. 51).

Regularmente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta, sustentando, preliminarmente, a intempestividade do recurso. No mérito, pugnou pela manutenção da decisão atacada (fls. 59/62).

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, em face de decisão que, em execução fiscal, determinou o levantamento da penhora sobre duas vagas de garagem em imóvel residencial de titularidade do responsável tributário.

A preliminar de intempestividade arguida pelo agravado não merece prosperar. Compulsando os autos, verifica-se que foi aberta a vista dos autos ao Procurador da Fazenda Nacional no dia 27/9/2005 (fls. 49v.), sendo que o agravo foi interposto em 3/10/2005 (fls. 2).

Superada a questão preliminar, passo à análise do mérito.

Em 31/5/2004, a Executante de Mandados deixou de proceder a penhora de bens do ora agravado, uma vez que não foram localizados. Certificou, porém, que (fls. 17, *sic.*, grifos nossos):

“Consigno que no intuito de realizá-la dirigi-me ao 1º Cartório de Registro de Imóveis, porém, *o único bem constante dos registros em nome do co-executado destina-se à residência*”.

Juntou, ainda, uma cópia da matrícula de nº 61.416, que seria de propriedade do agravado.

Instado a se manifestar, o Procurador da Fazenda requereu a penhora de duas das vagas de garagem que constam na citada matrícula (fls. 20), o que restou deferido (fls. 22).

Em petição de fls. 26/31, o agravado alegou que as referidas vagas estariam protegidas pela Lei nº 8.009/1990, na medida em que constituem partes integrantes de imóvel em que residem sua esposa e dois filhos.

Sobreveio a decisão agravada, a qual estendeu às garagens os efeitos da impenhorabilidade que reveste o imóvel principal, ao fundamento de que se encontram registradas sob a mesma matrícula.

Inicialmente, cumpre asseverar que as cópias de fls. 18/19 e 39/40, referentes à matrícula do imóvel 61.416, estão incompletas, sendo certo que registro em que comprova a alienação para o agravado não está ali previsto.

Apesar da deficiência quanto à comprovação, resta certo

que ambas as partes confirmaram que se trata de imóvel pertencente ao agravado, de modo que não existe óbice para o julgamento deste feito.

A Lei nº 8.009/1990 determinou que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários ou nele residam (art 1º).

In casu, o agravado demonstrou, por meio de correspondências e conta de energia elétrica emitida à época dos fatos, que reside no imóvel principal. Trata-se, portanto, de bem protegido pela impenhorabilidade prevista no art. 1º, da citada Lei.

O cerne deste agravo reside em saber se as vagas de garagens também são impenhoráveis.

Com efeito, constata-se que tanto o imóvel principal quanto as três vagas da garagem estão matriculados sob o mesmo registro 61.416, não havendo, portanto, como dissociá-las juridicamente.

Nesse sentido, *a contrario sensu*, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. BEM DE FAMÍLIA. VAGA AUTÔNOMA DE GARAGEM. PENHORABILIDADE.

1. Está consolidado nesta Corte o entendimento de que a vaga de garagem, *desde que com matrícula e registro próprios*, pode ser objeto de constrição, não se lhe aplicando a impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90.

2. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag 1.058.070/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 16/12/2008, DJe de 2/2/2009, grifos nossos)

De igual sorte, esta E. Terceira Turma também assim se manifestou:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA SOBRE GARAGEM DE IMÓVEL RESIDÊNCIA

DA FAMÍLIA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. MATRÍCULA PRÓPRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RESGUARDO DA MEAÇÃO.

1 - Em se tratando de garagem integrante do imóvel residência da família, a jurisprudência tem firmado a possibilidade de que sobre ela recaia a penhora quando inscrita sob matrícula própria, como no caso dos autos.

(...)”

(AC 2005.61.12.006425-9, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, j. 5/3/2009, DJF3 de 24/3/2009, pg. 804)

Assim, como a impenhorabilidade do imóvel abrange as vagas de garagem nas hipóteses em que estão matriculados sob um mesmo número, deve ser mantida a decisão atacada.

Por fim, afasto também a alegação de que a ilegalidade da penhora deveria ser aduzida em sede de embargos à execução. Isso porque a matéria em questão - impenhorabilidade do bem de família -, por caracterizar questão de ordem pública, pode ser conhecida de ofício pelo Juízo mediante simples petição.

Sobre considerar a impenhorabilidade do bem de família como matéria passível de ser apreciada *ex officio*, assim já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

(...)

2. ‘A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública e pode ser argüida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor’ (REsp 222823/SP, 3ª T., Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.12.2004).

3. Recurso especial a que de dá provimento.”

(REsp 640.703/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Teori

Albino Zavascki, j. 15/9/2005, DJ de 26/9/2005, p. 192, grifos nossos)

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. FORMALIDADES DA PENHORA. INVIABILIDADE. ART. 746, CPC. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009/90. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. INSTÂNCIA ESPECIAL. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Os embargos à arrematação não se prestam ao exame de irregularidades da penhora levada a efeito na execução, salvo se se *tratar de impenhorabilidade absoluta, que pode ser alegada em qualquer momento nas instâncias ordinárias por ser matéria de ordem pública.*

II - Na instância especial, a apreciação de nulidade absoluta, como a impenhorabilidade do bem de família, depende de prequestionamento.”

(REsp 327.593/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19/12/2002, DJ 24/2/2003 p. 238, grifos nossos)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2006.03.00.029172-9

Agravante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravados: ASSOCIAÇÃO DE REMANESCENTES DE QUILOMBO DO
BAIRRO ANDRÉ LOPES E OUTROS

Assistente: UNIÃO FEDERAL

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 265684

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2009

EMENTA

AÇÃO POSSESSÓRIA. EXECUÇÃO DE PROJETO DO GOVERNO DO ESTADO, FINANCIADO POR ORGANISMO INTERNACIONAL, DESTINADO A IMPLANTAÇÃO DE NÚCLEO DE ECOTURISMO PELA SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO NO ENTORNO DA DENOMINADA “CAVERNA DO DIABO”. ÁREA DE PROTEÇÃO ESPECIAL OCUPADA POR REMANESCENTES DE QUILOMBO. INTERDITO PROIBITÓRIO CONCEDIDO LIMINARMENTE COM COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Estudos mostram que a “Caverna do Diabo” formou-se há 600 milhões de anos, graças a erosão provocada por um lago, e que hoje é percorrida pelo chamado “Ribeirão das Ostras”. O nome “Caverna do Diabo” veio de uma lenda em que acreditavam piamente os negros que habitavam as cercanias da gruta no século XIX: em dias chuvosos ouviam “gritos” que saiam da boca da caverna e tinham muito medo das formações rochosas encontradas na gruta, que pareciam “pessoas petrificadas”; numa das formações rochosas enxergavam o rosto do capeta, e achavam que à noite o demônio emergia da caverna, vingando-se em suas plantações; atribuíam ao demônio a morte de centenas de

antepassados que antes da Abolição da Escravatura moravam na entrada da gigantesca caverna, cujos restos repousam hoje num cemitério que dista uns vinte (20) quilômetros da gruta. A lenda contada pelos quilombolas é uma faceta - o medo - da *relação imemorial* entre o homem e a caverna. Ao mesmo tempo, num passado remoto, era o lugar de abrigo e proteção; mas as trevas escondiam perigos insondáveis; num certo sentido, a caverna é o ponto de desenvolvimento inicial do ser humano, um aspecto gerador de sua identidade. Platão usou-a, no mito por todos conhecido, como o “lugar do conhecimento”. Hoje a caverna é um lugar lúdico; serve à visitação, ao esporte,    descoberta da natureza. No fundo, o fascínio que hoje desperta tem conexão com medos ancestrais. Com essa visita  o lúdica, vem a degrada  o irrecuperável de sítios deste planeta que no passado foram, quem sabe, os lugares que permitiram a nossa espécie desafiar as inclemências da natureza, a ferocidade dos animais e as agruras da própria existência sobre a Terra. Aquilo que um dia permitiu uma sobrevivência de nossos ancestrais, a procria  o que consolidou a espécie, hoje    lugar de ligeiras visita  es e que merece respeito.

2.    certo que seria insensato impedir a visita  o turística das cavernas e mais ainda proibir que pesquisas científicas nelas se realizassem; aliás, a “Caverna do Diabo”    visitada desde 1961, embora apenas quatrocentos (400) metros estejam abertos ao público. Há empresas que promovem o turismo espeleológico para a região do “Petar”, onde está a “Caverna do Diabo”. Felizmente, a maioria dessas empresas e grande parte dos visitantes desenvolveram uma “consciência ecológica”, que impõe o respeito para com a natureza. A situa  o desastrosa de anos atrás quanto ao descaso para com as coisas da natureza melhorou, mas não terminou. Mas    de se indagar se o desejado incremento do ecoturismo, pretendido pela parceria entre a Secretaria do Meio Ambiente e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, atraindo mais de 300 mil ecoturistas para a região

do Vale do Ribeira, é interessante para a *preservação dos últimos remanescentes da Mata Atlântica* - que lá se encontram - uma vez que a Mata Atlântica do Brasil foi declarada pela UNESCO, em 1993, “Reserva da Biosfera do Patrimônio Mundial”. Em 1854 a cobertura florestal do que hoje é o Estado de São Paulo, composta de Mata Atlântica, era de 79,7% do território; em 2000, apenas 3%. A maior mancha contínua dessa riquíssima vegetação está atualmente no Vale do Ribeira, com as suas dezenas de cavernas, inclusive a “Caverna do Diabo” aonde os governos estadual e municipal montam parcerias com ONGs e a população local para a retirada do lixo acumulado na gruta graças a ação predatória dos turistas mal-educados. *Justamente a região do Vale do Ribeira é que concentra a maior variedade de fauna habitante da Mata Atlântica.*

3. E o que será da rica cultura dos descendentes de escravos que moram na zona rural da região, as comunidades quilombolas de Ivaporanduva, Pedro Cubas, André Lopes (ora agravada), São Pedro, Sapatu, Nhunguara? É claro que nem a Secretaria do Meio Ambiente e menos ainda o Banco Interamericano de Desenvolvimento pensaram neles.

4. No local está o Quilombo André Lopes, isto é, a comunidade quilombola moradora do Bairro André Lopes, em Eldorado/SP, é uma das que permanecem no Vale do Ribeira. São membros de famílias descendentes de escravos negros trazidos ao Vale do Ribeira para trabalhar na extração de ouro durante os séculos XVII e XVIII, que aguardam ansiosamente a *titulação* de suas terras, garantida no art. 68 do ADCT. Tanto os quilombolas acham-se estabelecidos na região que a própria Fazenda do Estado afirmou que o reconhecimento do “27º perímetro de Eldorado” (aonde se insere a região da “Caverna do Diabo”) como *terra devoluta* era *essencial* para *regularizar* no plano estadual a titularização de parte dessas terras como sendo pertencentes aos quilombolas. Essas pessoas são descendentes daqueles que há trezentos e cinquenta anos foram trazidos

à força para o local e hoje vivem basicamente da cultura de arroz, feijão e milho. No Estado de São Paulo são contabilizadas 48 áreas quilombolas, mas ao que se sabe apenas cinco delas receberam títulos de terra regularizando documentalmente aquilo que a Constituição assegura. É que a burocracia governamental sofre pressão dos agronegócios para negar ou retardar a regularização fundiária dos quilombos; isso alia-se ao racismo declarado da sociedade brasileira que, paradoxalmente, embora miscigenada, discrimina os negros.

5. Desde o já distante ano de 1988, no plano federal, somente em 20 de novembro de 2003 - Dia Nacional da Consciência Negra - foi editado um decreto presidencial com regras mais adequadas e com ares democráticos (Decreto nº 4.887) para regulamentar a titulação prevista no art. 68 do ADCT. Mas até hoje, esse útil instrumento não foi aplicado e enfrenta no Supremo Tribunal Federal a alegação de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL) na ADIN nº 3.239 desde julho de 2004. Um decreto que em tese viabilizaria a resolução do problema da titulação de áreas quilombolas, num prazo estimado entre 11 a 13 meses para duração de cada procedimento, não é implementado na prática.

6. O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) pode emprestar quinze (15) milhões de dólares ao Estado de São Paulo para que a Secretaria do Meio Ambiente implante *núcleo de ecoturismo* na área que a própria Fazenda do Estado afirma ser devoluta e que deve se destinar a especificação para titularização em favor dos quilombolas na forma do art. 68 do ADCT, mas é adequada a decisão judicial de impedir o *projeto de ecoturismo* na área que aparenta ser dos quilombolas, a qual inclui o entorno da “Caverna do Diabo”. Ao reverso do que sustenta a recorrente, juízo não impediu pesquisas científicas no local, nem tampouco prática de turismo; evitou, sim, a degradação de local que merece especial proteção, notadamente das

autoridades do poder executivo.

7. O presente instrumento e a ação que lhe deu causa tornam visível a dificuldade que a sociedade brasileira tem em resgatar os erros do seu passado. A sociedade brasileira atual é um “caldo de cultura” onde se misturam os descendentes de portugueses que vieram para as terras d’El Rey não para colonizar, mas para explorá-las; os descendentes dos chamados “silvícolas”, confinados em áreas pequenas e mantidos à margem dos progressos materiais e mesmo sociais de nossos tempos; os descendentes daqueles milhões de negros arrancados de suas terras e de suas famílias e trazidos debaixo de chicote para servir de mão-de-obra em favor das “bocas inúteis” que formavam a sociedade imperial, com sua nobreza “de araque”; de milhões de imigrantes e seus descendentes, os primeiros nada mais sendo que foragidos de pelo menos umas das “bestas do Apocalipse”, a guerra, a fome e a peste; finalmente, os aventureiros. Pois bem. Essa massa de pessoas vive em conflitos perenes ou mal resolvidos, disfarçando com samba e futebol uma agressividade latente e uma violência manifesta. E finalmente, com pura demagogia busca esconder um racismo severo que permeia todos os segmentos sociais - sem exceção - e que faz vítimas preferenciais dessa sociedade heterogênea os pobres e os “não brancos”.

8. Enquanto o Brasil não resolver a crise de identidade do seu corpo social, enquanto houver ainda súditos e não cidadãos, enquanto vivermos numa “quase-república”, enquanto não existir compreensão sobre nossa essência humana comum, independentemente de origem, que nos torna iguais, persistirá a dificuldade - dentre inúmeras outras - em reconhecer e implementar os direitos das chamadas “minorias”.

9. Não é exorbitante impor R\$ 1.000,00 de multa diária para quem receberia milhões de dólares de organismo estrangeiro para “praticar” a conduta que o Judiciário intenta impedir. De outro lado, não há inconstitucionalidade em impor multa

cominatória proibitiva em desfavor do Poder Público; a jurisprudência citada na minuta, aparentemente de Corte Estadual, não precisa ser seguida pela Justiça Federal. Ademais, a multa busca impor um “não fazer”, busca conter a atuação do Poder Público, conforme precedentes do STJ.

10. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2009.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão de fls. 30/37 proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Santos/SP que, em sede de ação de interdito proibitório ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DE REMANESCENTES DE QUILOMBO DO BAIRRO ANDRÉ LOPES deferiu “a expedição de mandado liminar proibitório, a fim de que fique impedida a turbação no território da Comunidade de Remanescentes de Quilombo do Bairro André Lopes, que inclui o entorno da denominada “Caverna do Diabo”, sob pretexto de execução de projeto de ecoturismo, sem que haja o consentimento da Autora e dos órgãos responsáveis”, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Pleiteia a agravante a reforma da decisão, sob as alegações de que: (1) a área descrita na inicial da ação proposta pela parte agravada é objeto de ação discriminatória ainda não definitivamente

julgada pela Justiça Estadual, pelo que a ação de origem deve ser suspensa e o feito remetido àquela Justiça; (2) a agravada não comprovou a posse na área, conforme estipulado nos artigos 928 e 932 do Código de Processo Civil; (3) a área do quilombo não poderia abranger aquela denominada “Caverna do Diabo”, por se tratar de bem de uso especial, sendo que toda a área do entorno foi declarada devoluta na citada ação discriminatória, pelo que não estão sujeitos à posse; (4) a Lei estadual nº 10.850/2001, que exclui da área do Parque Estadual de Jacupiranga a comunidade quilombola André Lopes, não pode ser aplicada imediatamente porquanto ausente regulamentação que descreva a extensão das áreas; (5) seria inaplicável a pena de multa diária às pessoas jurídicas de direito público, aduzindo ainda que o valor fixado é arbitrário e exorbitante.

O pedido de efeito suspensivo foi *indeferido* por decisão deste Relator (fls. 246/254).

Deu-se ciência do recurso e do despacho à União Federal por intimação pessoal de seu representante, já que a mesma figura na ação originária como assistente da agravada.

O Juízo *a quo* encaminhou a tradução juramentada do documento elaborado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento BID e (fls. 267/284) e o ofício nº 603/2006 do Instituto de Terras do Estado de São Paulo (fls. 285/286) respondendo a solicitação do Juízo e informando que “o território Quilombola de André Lopes abrange 3.200,1662 ha (três mil e duzentos hectares, dezesseis ares sessenta e dois centiares), com exceção de 24,9558 ha de rios e estradas, assim como 74,8274 ha da área que circunda a “Caverna do Diabo” e laterais da estrada de acesso, que pertencem ao Estado”.

Contraminuta oferecida pela Associação de Remanescentes de Quilombo do Bairro André Lopes às fls. 291/297.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, houve parecer do ilustre dr. Procurador Regional opinando pelo improvimento do agravo de instrumento (fls. 302/306)

É este o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão que, em sede de ação de interdito proibitório ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DE REMANESCENTES DE QUILOMBO DO BAIRRO ANDRÉ LOPES, deferiu “a expedição de mandado liminar proibitório, a fim de que fique impedida a turbacão no território da Comunidade de Remanescentes de Quilombo do Bairro André Lopes, que inclui o entorno da denominada ‘Caverna do Diabo’, sob pretexto de execução de projeto de ecoturismo, sem que haja o consentimento da Autora e dos órgãos responsáveis”, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento.

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo do presente recurso.

Ao contrário, o r. parecer ministerial foi no sentido da negativa de provimento a este recurso.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

“A ação possessória de origem versa sobre ameaça de turbacão em *área de proteção* ocupada por remanescentes do Quilombo do Bairro André Lopes, comunidade negra, situada no município de Eldorado/SP, mais precisamente o entorno da ‘Caverna do Diabo’, área essa que, segundo a petição inicial de interdito proibitório, não mais se localiza no perímetro demarcado como sendo o Parque Estadual de Jacupiranga e sim compõe território ocupado pela comunidade negra; bem por isso, a área lhe pertence nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT que assim estabelece:

‘Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade

definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos'. Conforme o relato da petição inicial e documentos que a instruem, no final de 2004 uma empresa não identificada descarregou ferramentas e fez topografia para construir um chalé, no entorno da 'Caverna do Diabo'; a comunidade quilombola comunicou o fato ao Instituto de Terras do Estado de São Paulo que nada lhe respondeu. Em 03 de fevereiro de 2005 no Município de Eldorado, sob os auspícios da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, foi lançado um programa de implantação de *núcleos de ecoturismo* na Mata Atlântica, afirmando-se que um dos núcleos do programa seria instalado justamente na região da 'Caverna do Diabo' (fls. 57/58). Consta dos documentos juntados que esse programa de implantação de núcleos de ecoturismo - inclusive na proximidade da 'Caverna do Diabo' - ficaria a cargo da Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo que receberia do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), sob garantia de retorno do Governo Federal, quinze (15) milhões de dólares para implementar, em quatro (4) anos, esse programa. Segundo estudos realizados pelo BID, esses locais (núcleos), receberiam um total de até 300.000 visitantes ao ano (Memorando BID de 08 de janeiro de 2004 - fls. 60/82).

Sustenta a agravada que a área da 'Caverna do Diabo' e seu entorno - aonde o Estado de São Paulo projeta, em concurso com o BID, implantar um núcleo de ecoturismo - não pode ser turbada, seja porque pertence aos quilombolas do Bairro André Lopes, por força do art. 68 do ADCT, seja pelo texto do § 5º do art. 216 da Constituição que declara tombados em favor da União os sítios históricos que contenham vestígios dos antigos quilombos.

Por seu turno, a Fazenda do Estado apega-se a um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça que confirmou serem *devolutas* as terras que compreendem o chamado '27º perímetro da Comarca de Eldorado Paulista' onde está a 'Caverna do Diabo', e afirma que dentro desse perímetro a área da

‘Caverna do Diabo’ já era de domínio do Estado de São Paulo por força de escritura pública de compra celebrada em 12 de junho de 1910. Ainda, considera que especificamente o sítio da ‘Caverna do Diabo’, integrante do todo maior adquirido pelo Estado em 1910, foi transferido para a administração da Secretaria de Turismo conforme o Decreto nº 48.179 de 05 de julho de 1967 (fls. 119/120) para ‘aproveitamento científico e cultural’. Portanto, a Fazenda Estadual considera a área da ‘Caverna do Diabo’ *bem público de uso especial* eis que destinada à realização de fim específico. Assim, afirma que não cabe a agravada pretender obstar implantação de projetos na região, eis que não detém a posse posto que, sendo o bem público indisponível, o particular sobre ele não exerce posse. Finalmente, assevera que a Comunidade do Quilombo André Lopes não recebeu título de domínio sobre a área que ocupa pois ainda não transitou em julgado a ação discriminatória do ‘27º perímetro de Eldorado’ e além disso a Lei Estadual nº 10.850 de 06 de julho de 2001, que em seu art. 1º excluiu do perímetro do Parque Estadual de Jacupiranga, a área da comunidade quilombola não era auto-executável porque dependia de medições sobre a real extensão dos espaços ocupados pelos remanescentes das comunidades quilombolas da região.

Tudo se resume no seguinte: pode ou não realizar-se obra de implantação de *núcleo de ecoturismo* (aliás, não negada pela agravante) no entorno da ‘Caverna do Diabo’, sem qualquer estudo de impacto, sítio esse reivindicado pelos remanescentes quilombolas à luz do art. 68 do ADCT? Para os fins da demanda originária, pode-se falar em *posse* em favor da comunidade quilombola que a legitime a exercer interdito proibitório previsto no art. 932 do Código de Processo Civil? Há risco iminente para o local?

Estudos mostram que a ‘Caverna do Diabo’ formou-se há 600 milhões de anos, graças a erosão provocada por um lago, e que hoje é percorrida pelo chamado ‘Ribeirão das

Ostras'. O nome 'Caverna do Diabo' veio de uma lenda em que acreditavam piamente os negros que habitavam as cercanias da gruta no século XIX: em dias chuvosos ouviam 'gritos' que saiam da boca da caverna e tinham muito medo das formações rochosas encontradas na gruta, que pareciam 'pessoas petrificadas'; numa das formações rochosas enxergavam o rosto do capeta, e achavam que à noite o demônio emergia da caverna, vingando-se em suas plantações; atribuíam ao demônio a morte de centenas de antepassados que antes da Abolição da Escravatura moravam na entrada da gigantesca caverna, cujos restos repousam hoje num cemitério que dista uns vinte (20) quilômetros da gruta. A lenda contada pelos quilombolas é uma faceta - o medo - da relação imemorial entre o homem e a caverna. Ao mesmo tempo, num passado remoto, era o lugar de abrigo e proteção; mas as trevas escondiam perigos insondáveis; num certo sentido, a caverna é o ponto de desenvolvimento inicial do ser humano, um aspecto gerador de sua identidade. Platão usou-a, no mito por todos conhecido, como o 'lugar do conhecimento'.

Hoje a caverna é um lugar lúdico; serve à visitação, ao esporte, à descoberta da natureza. No fundo, o fascínio que hoje desperta tem conexão com medos ancestrais.

Com essa visitação lúdica, vem a degradação irrecuperável de sítios deste planeta que no passado foram, quem sabe, os lugares que permitiram a nossa espécie desafiar as inclemências da natureza, a ferocidade dos animais e as agruras da própria existência sobre a Terra. Aquilo que um dia permitiu uma sobrevivência de nossos ancestrais, a procriação que consolidou a espécie, hoje é lugar de ligeiras visitas.

Mas que merece *respeito*.

É certo que seria insensato impedir a visitação turística das cavernas e mais ainda proibir que pesquisas científicas nelas se realizassem; aliás, a 'Caverna do Diabo' é visitada desde 1961, embora apenas quatrocentos (400) metros estejam abertos ao público.

Há empresas que promovem o turismo espeleológico para a região do ‘Petar’, onde está a ‘Caverna do Diabo’. Felizmente, a maioria dessas empresas e grande parte dos visitantes desenvolveram uma ‘consciência ecológica’, que impõe o respeito para com a natureza. A situação desastrosa de anos atrás quanto ao descaso para com as coisas da natureza melhorou, mas não terminou.

Mas é de se indagar se o desejado incremento do ecoturismo, pretendido pela parceria entre a Secretaria do Meio Ambiente e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, atraindo mais de 300 mil ecoturistas para a região do Vale do Ribeira, é interessante para a preservação dos últimos remanescentes da Mata Atlântica - que lá se encontram - uma vez que a Mata Atlântica do Brasil foi declarada pela UNESCO, em 1993, ‘Reserva da Biosfera do Patrimônio Mundial’.

Em 1854 a cobertura florestal do que hoje é o Estado de São Paulo, composta de Mata Atlântica, era de 79,7% do território; em 2000, apenas 3%. A maior mancha contínua dessa riquíssima vegetação está atualmente no Vale do Ribeira, com as suas dezenas de cavernas, inclusive a ‘Caverna do Diabo’ aonde os governos estadual e municipal montam parcerias com ONGs e a população local para a retirada do lixo acumulado na gruta graças a ação predatória dos turistas mal-educados.

Justamente a região do Vale do Ribeira é que concentra a maior variedade de fauna habitante da Mata Atlântica.

E o que será da rica cultura dos descendentes de escravos que moram na zona rural da região, as comunidades quilombolas de Ivaporanduva, Pedro Cubas, André Lopes (ora agravada), São Pedro, Sapatu, Nhunguara? A Secretaria do Meio Ambiente e o Banco Interamericano de Desenvolvimento não pensaram neles, como se observa do documento de fls. 60/81, redigido no espanhol próprio dos atos desse último organismo.

O Quilombo André Lopes, isto é, a comunidade quilombola

moradora do Bairro André Lopes, em Eldorado/SP, é uma das que permanecem no Vale do Ribeira.

São membros de famílias descendentes de escravos negros trazidos ao Vale do Ribeira para trabalhar na extração de ouro durante os séculos XVII e XVIII, que aguardam ansiosamente a *titulação* de suas terras, garantida no art. 68 do ADCT. Essas pessoas são descendentes daqueles que há trezentos e cinquenta (350) anos foram trazidos à força para o local e hoje vivem basicamente da cultura de arroz, feijão e milho. No Estado de São Paulo são contabilizadas 48 áreas quilombolas, mas ao que se sabe apenas cinco (5) delas receberam títulos de terra regularizando documentalmente aquilo que a Constituição assegura.

A burocracia governamental sofre pressão dos agronegócios para negar ou retardar a regularização fundiária dos quilombos; isso alia-se ao racismo declarado da sociedade brasileira que, paradoxalmente, embora miscigenada, discrimina os negros.

Desde o já distante ano de 1988, no plano federal, somente em 20 de novembro de 2003 - Dia Nacional da Consciência Negra - foi editado um decreto presidencial com regras mais adequadas e com ares democráticos (Decreto nº 4.887) para regulamentar a titulação prevista no art. 68 do ADCT. Mas até hoje, esse útil instrumento não foi aplicado e enfrenta no Supremo Tribunal Federal a alegação de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL) na ADIN nº 3.239 desde julho de 2004. Um decreto que em tese viabilizaria a resolução do problema da titulação de áreas quilombolas, num prazo estimado entre 11 a 13 meses para duração de cada procedimento, não é implementado na prática.

Ora, a agravante não nega a presença de quilombolas no entorno da 'Caverna do Diabo'.

Informações colhidas em vários *sites* da *internet*, inclusive o oficial do Município de Eldorado e de grupos de estudiosos da UNICAMP, afirmam essa presença que, portanto, tomo como *realidade*.

Tanto os quilombolas acham-se estabelecidos na região que a própria Fazenda do Estado afirmou que o reconhecimento do '27º perímetro de Eldorado' (aonde se insere a região da 'Caverna do Diabo') como *terra devoluta* era *essencial* para *regularizar* no plano estadual a titularização de parte dessas terras como sendo pertencentes aos quilombolas.

Se a própria agravante afirma isso - e a Procuradoria Geral do Estado no *site* que mantém na *internet* festeja como 'vitória' o acórdão do Tribunal de Justiça o qual ratificou a sentença em ação discriminatória que reconheceu o '27º perímetro' como *terra devoluta* - não há como dizer, ao menos em *summaria cognitio*, que os quilombolas não têm legitimidade para combater judicialmente uma turbação que, como já visto, é uma *ameaça real* ao ecossistema da área e para a cultura quilombola.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) pode emprestar quinze (15) milhões de dólares ao Estado de São Paulo para que a Secretaria do Meio Ambiente implante *núcleo de ecoturismo* na área que a própria Fazenda do Estado afirma ser devoluta e que deve se destinar a especificação para titularização em favor dos quilombolas na forma do art. 68 do ADCT.

A incongruência é manifesta!

Entendo que o d. magistrado dr. Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza agiu com adequada prudência ao editar a decisão agravada (fls. 30/37), mesmo porque Sua Excelência não foi além de impedir o *projeto de ecoturismo* na área que aparenta ser dos quilombolas, a qual inclui o entorno da 'Caverna do Diabo'. Ao reverso do que sustenta a recorrente, o nobre juiz não impediu pesquisas científicas no local, nem tampouco prática de turismo.

Uma observação se impõe: o presente instrumento e a ação que lhe deu causa tornam visível a dificuldade que a sociedade brasileira tem em resgatar os erros do seu passado. A sociedade brasileira atual é um 'caldo de cultura' onde

se misturam os descendente de portugueses que vieram para as terras d'El Rey não para colonizar, mas para explorá-las; os descendentes dos chamados 'silvícolas', confinados em áreas pequenas e mantidos à margem dos progressos materiais e mesmo sociais de nossos tempos; os descendentes daqueles milhões de negros arrancados de suas terras e de suas famílias e trazidos debaixo de chicote para servir de mão-de-obra em favor das 'bocas inúteis' que formavam a sociedade imperial, com sua nobreza 'de araque'; de milhões de imigrantes e seus descendentes, os primeiros nada mais sendo que foragidos de pelo menos umas das 'bestas do Apocalipse', a guerra, a fome e a peste; finalmente, os aventureiros. Pois bem. Essa massa de pessoas vive em conflitos perenes ou mal resolvidos, disfarçando com samba e futebol uma agressividade latente e uma violência manifesta. E finalmente, com pura demagogia busca esconder um *racismo severo* que permeia todos os segmentos sociais - sem exceção - e que faz vítimas preferenciais dessa sociedade heterogênea os pobres e os 'não brancos'.

Enquanto o Brasil não resolver a crise de identidade do seu corpo social, enquanto houver ainda súditos e não cidadãos, enquanto vivermos numa 'quase-república', enquanto não existir compreensão sobre nossa essência humana comum, independentemente de origem, que nos torna iguais, persistirá a dificuldade - dentre inúmeras outras - em reconhecer e implementar os direitos das chamadas 'minorias'.

Quanto à multa diária fixada pelo MM. Juiz, não a considero imotivada nem desarrazoada. Algum valor o magistrado precisava fixar; elegeu R\$ 1.000,00 (um mil reais). Não é exorbitante impor R\$ 1.000,00 de multa diária para quem receberia milhões de dólares de organismo estrangeiro para 'praticar' a conduta que o Judiciário intenta impedir.

De outro lado, não entrevejo inconstitucionalidade em impor multa cominatória proibitiva em desfavor do Poder Público; a jurisprudência citada na minuta, aparentemente de

Corte Estadual, não precisa ser seguida pela Justiça Federal. Ademais, a multa busca impor um ‘não fazer’, busca conter a atuação do Poder Público.

Confira-se os julgados:

‘PROCESSUAL CIVIL - EMPREGO DO ART. 557 DO CPC - MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA DO ART. 461 DO CPC - ASTREINTES - APLICABILIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

1. (...)

2. Inexiste qualquer impedimento quanto a aplicação da multa diária cominatória, denominada astreintes, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer - Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes.

3. Recurso especial improvido.’

(REsp 804107/RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 05.06.2006 p. 252)

‘PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.

2. (...).

3. (...).

4. Recurso especial a que se dá provimento.’

(REsp 827133/RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 29.05.2006 p. 204)”

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo em face da r. decisão que, em sede de ação de interdito proibitório ajuizada pela Associação de Remanescentes de Quilombo do Bairro André Lopes, *deferiu a expedição de mandado liminar proibitório* a fim de impedir a turbação do território da Comunidade de Remanescentes de Quilombo do Bairro André Lopes que inclui a denominada “Caverna do Diabo”, sob pretexto de execução de projeto de ecoturismo, sem que haja o consentimento da autora e dos órgãos responsáveis.

O presente feito é da Relatoria do Eminentíssimo Desembargador Federal Johonsom di Salvo, o qual, em seu voto, *negou provimento ao agravo de instrumento*, no que foi acompanhado, em antecipação de voto, pela Exma. Desembargadora Federal Vesna Kolmar.

Pedi vista para melhor análise do feito, e, acompanhando o Exmo. Relator, voto por negar provimento ao agravo de instrumento pelos motivos que passo a explanar.

O artigo 932 do Código de Processo Civil prevendo o instituto do interdito proibitório reza que o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.

Por sua vez, o artigo 933 reporta-nos à Seção anterior que cuida da manutenção e reintegração de posse, e que impõe ao autor, quando do ajuizamento de ação possessória, o dever de provar: 1) a posse; 2) a turbação ou esbulho praticado pelo réu; e, por fim, 3) a data da turbação ou esbulho.

No caso em tela, a autora, ora agravada, detinha a posse

do imóvel, consoante se depreende do artigo 68 do ADCT, bem como do Despacho proferido pela Diretoria Executiva do ITESP, sendo certo que a Fazenda do Estado, pretendendo implementar Programa de Desenvolvimento de Ecoturismo na Mata Atlântica (fls. 267-285), está a praticar atos de turbação, o que evidencia o acerto da decisão combatida.

Turbação, em seu sentido técnico-jurídico, consiste em todo fato injusto ou todo ato abusivo que venha a ferir direitos alheios. Sua verificação autoriza a utilização do interdito proibitório, que se mostra adequado para os casos em que ainda não ocorreu molestia à posse, destinando-se a proteger o possuidor que vê sua posse ameaçada. Trata-se, pois, de uma demanda preventiva, de natureza inibitória, destinada a impedir a prática de atos ilícitos.

Vale referir, por oportuno, que o artigo 1.196 do Código Civil define possuidor como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Vale destacar que a posse tem autonomia, sendo protegida por si mesma, é dizer, ainda contra o proprietário. Assim, embora o domínio seja o fundamento teórico da proteção da posse, o juízo possessório não se confunde com o petitório, nem é possível que este se imiscua naquele. Utilizada a via possessória, a questão da propriedade torna-se irrelevante, prescindindo-se de qualquer alegação sobre quem efetivamente seja o proprietário, já que a posse é protegida até contra esse.

Postas essas premissas, reputo importante frisar que a medida liminar deferida em ação possessória tem caráter provisório, estando sujeita a revogação no curso da ação, em razão de fato novo que justifique a cassação da medida.

Nesse sentido, ementa de v. acórdão que ora se colaciona:

“PROCESSO CIVIL. LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARÁTER DA MEDIDA: PROVISORIEDADE.

2. CONCORRENDO OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA, PODE O JUIZ CONCEDE-LA, VISANDO SOBRETUDO O INTERESSE PÚBLICO.”

(STF - AI - AgR 82252/SP - DJU 01/11/1982 - Ministro Alfredo Buzaid, pág. 379)

Ante o exposto, acompanhando o Relator, voto por *negar provimento ao agravo de instrumento*.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2009.03.00.012609-4

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravados: PRO HUMANO SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA. E OUTRO

Parte Ré: LUCIVALDA ARRUDA SOARES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AI 368845

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2009

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECRETO-LEI Nº 1.736/79. ART. 13, DA LEI Nº 8.620/93. INCLUSÃO DE SÓCIO GERENTE. APLICAÇÃO EM CONJUNTO COM O ART. 135, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. SÓCIA INDICADA INGRESSOU NA SOCIEDADE APÓS A OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão relativa à inclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal enseja controvérsias e as diferenciadas situações que o caso concreto apresenta devem ser consideradas para sua adequada apreciação.

2. Há solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda. E a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (NCC, arts. 264 e 265). Segundo o art. 124, II, do Código Tributário Nacional, são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei.

3. Deve ser afastada a alegação de responsabilidade solidária do sócio, prevista no art. 13, da Lei nº 8.620/93. Referido artigo também somente poderia ser aplicado se observados os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN.

Além disso, mencionado art. 13, da Lei nº 8.620/93 foi revogado pela Lei nº 11.941/2009.

4. Dispõe o art. 8º, do Decreto-Lei nº 1.736/79 que são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte.

5. Revendo posicionamento anteriormente adotado, tenho que o art. 8º, do Decreto-Lei nº 1.736/79 não deve ser interpretado isoladamente e sim em consonância com o disposto na Constituição Federal (art. 146, *b*) e o art. 135, do Código Tributário Nacional, que tem *status* de lei complementar. Referido artigo somente deve ser aplicado se observados os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN.

6. O representante legal da empresa executada pode ser responsabilizado em razão da prática de ato com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. A responsabilidade, nestes casos, deixa de ser solidária e se transfere inteiramente para o representante da empresa que agiu com violação de seus deveres.

7. Não se pode aceitar, indiscriminadamente, quer a inclusão quer a exclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal. Para a exeqüente requerer a inclusão entendendo que deve, ao menos, diligenciar início de prova das situações cogitadas no art. 135, III, do CTN, conjugando-as a outros elementos, como inadimplemento da obrigação tributária, inexistência de bens penhoráveis da executada, ou dissolução irregular da sociedade.

8. No caso vertente, não foi possível efetivar a penhora de bens da empresa executada, a fim de garantir o crédito fiscal, uma vez que não foi localizada em sua sede quando da citação e esta não atualizou seus dados cadastrais perante a Receita Federal.

9. Afigura-se legítima a inclusão do representante legal da empresa devedora no pólo passivo da execução. Uma vez efetivada a integração à lide, o sócio-gerente poderá demonstrar eventual ausência de responsabilidade quanto ao débito cobrado mediante os instrumentos processuais próprios. Precedentes do E. STJ e da E. 6ª Turma desta Corte. Nesse sentido já foram incluídos os demais sócios indicados.

10. Entretanto, não há como determinar a reinclusão da sócia indicada no polo passivo da demanda, tendo em vista que, consoante Ficha Cadastral JUCESP de fls. 66/71 e certidões de dívida ativa de fls. 34/45 a sócia indicada somente passou a integrar o quadro societário em 28/07/2000 após a ocorrência dos fatos geradores da dívida.

11. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de agosto de 2009.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento, contra a r. decisão que, em execução fiscal, determinou a exclusão da co-executada, Lucivalda Arruda Soares do polo passivo da demanda, sob o fundamento de que não restaram configuradas as hipóteses previstas no art. 135, do CTN.

Alega, em síntese, que ajuizada a execução fiscal, a citação

por AR restou negativa; que, tendo em vista a dissolução irregular da empresa, requereu a inclusão dos responsáveis tributários no pólo passivo da demanda; que se a empresa foi encerrada irregularmente sem o pagamento dos impostos devidos e não forem encontrados bens da sociedade, os responsáveis tributários respondem pelas dívidas particulares com seus bens; que, no caso, por se tratar de cobrança de débito relativo a Contribuição Social, ou seja, contribuição para a seguridade social, a responsabilidade de todos os sócios pelo seu inadimplemento é solidária, nos termos do art. 13, da Lei 8.620/93. Aduz que, além disso, parte dos débitos se refere ao IRRF que também possui sistemática específica de responsabilização solidária dos sócios, nos termos do art. 8º, do Decreto-Lei nº 1.736/79.

Requer, pois, a reinclusão da co-responsável Lucivalda Arruda Soares no polo passivo da execução fiscal.

Processado o agravo sem análise do efeito suspensivo pleiteado.

Após, com a apresentação de contraminuta, vieram-me os autos conclusos.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta C. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão ao agravante.

A questão relativa à inclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal enseja controvérsias e as diferenciadas situações que o caso concreto apresenta devem ser consideradas para sua adequada apreciação.

De plano, deve ser afastada a alegação de responsabilidade solidária do sócio, previstas no art. 13, da Lei nº 8.620/93 e no art. 8, do Decreto-Lei nº 1.736/79.

Com efeito, há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda. E a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (NCC, arts. 264 e 265). E, segundo o art. 124, II, do Código Tributário Nacional, são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei.

Dispõe o art. 13, da Lei nº 8.620/93:

“Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.”

A esse respeito, vem decidindo o E. Superior Tribunal de Justiça que mencionado art. 13, da Lei nº 8.620/93 não deve ser interpretado isoladamente e sim em consonância com o disposto na Constituição Federal (art. 146, *b*) e o art. 135, do Código Tributário Nacional, que tem *status* de lei complementar.

Com efeito, no julgamento do RESP nº 717.717, concluiu a Primeira Seção, por maioria, nos termos do voto do relator Ministro José Delgado, DJU 08/05/2006, que a responsabilidade solidária dos sócios quanto aos débitos para a seguridade social, deve ser aplicada em observância aos comandos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, cujo teor transcrevo em parte:

“O art. 13 da Lei 8.620/93 dispõe:

(...)

O dispositivo supra-referenciado não pode ser interpretado sem o comando principiológico esculpido no art. 135, III, do CTN. Este tem força de lei complementar oriundo do art. 146, III, ‘b’, da CF, portanto, com caráter hierárquico superior, pelo que a norma infraconstitucional não pode descaracterizar o preceito maior naquele contido.

(...)

Portanto, inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/93, ou de qualquer outra lei ordinária,

que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas.

(...)

Em realidade, não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal, e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no que se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.

(...)

Evidencia-se, pois, diante das peculiaridades, que os preceitos legais instituidores da obrigação fiscal não comportam leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico a fim de que se torne viável a sua aplicação de forma mais justa e coerente.”

Assim, deve ser afastada a alegação de responsabilidade solidária do sócio, prevista no art. 13, da Lei nº 8.620/93. Referido artigo também somente poderia ser aplicado se observados os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN. Além disso, mencionado art. 13, da Lei nº 8.620/93 foi revogado pela Lei nº 11.941/2009.

Por outro lado, dispõe o art. 8, do Decreto-Lei nº 1.736/79:

“Art. 8º. São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto

sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas referidas neste artigo restringe-se ao período da respectiva administração.”

In casu, parte do débito discutido é o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), com vencimento em 01/03/2000, bem como respectiva multa (fls. 37).

Revedo posicionamento anteriormente adotado, tenho que o art. 8º, do Decreto-Lei nº 1.736/79 não deve ser interpretado isoladamente e sim em consonância com o disposto na Constituição Federal (art. 146, *b*) e o art. 135, do Código Tributário Nacional, que tem *status* de lei complementar. Referido artigo somente deve ser aplicado se observados os requisitos trazidos no art. 135, III, do CTN.

Consoante mencionado art. 135, III, do CTN, os sócios, diretores, gerentes e representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias resultantes de *atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos*.

No mesmo sentido é o art. 4º, V da Lei nº 6.830/80 quando dispõe que a execução fiscal poderá ser promovida contra o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias de pessoas jurídicas.

Portanto, não resta dúvida que o representante legal da sociedade pode ser responsabilizado em razão da prática de ato com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade.

A responsabilidade nestes casos deixa de ser solidária e se transfere inteiramente para o representante da sociedade que agiu com violação de seus deveres.

A respeito escreve Carlos Valder do Nascimento, *et. al.*, que:

“A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com

manifesta malícia (*mala fides*) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 319).

Entretanto, não se pode aceitar, *indiscriminadamente*, quer a inclusão quer a exclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal. Para a exequente requerer a inclusão entendo que deve, ao menos, diligenciar início de prova das situações cogitadas no art. 135, III, do CTN, conjugando-as a outros elementos, como inadimplemento da obrigação tributária, inexistência de bens penhoráveis da executada, ou dissolução irregular da sociedade.

No caso vertente, não foi possível efetivar a penhora de bens da empresa executada, a fim de garantir o crédito fiscal, uma vez que não foi localizada em sua sede quando da citação (fls. 48).

Verifica-se que a executada não atualizou seus dados cadastrais perante a Receita Federal, encontrando-se, ainda, em situação inapta (fls. 72).

Assim sendo, não tendo a empresa devedora prestado informações à repartição pública competente, no sentido de manter seu assentamento devidamente atualizado, afigura-se legítima a inclusão de seu representante legal no pólo passivo da execução. Uma vez efetivada a integração à lide, o sócio-gerente poderá demonstrar eventual ausência de responsabilidade quanto ao débito cobrado mediante os instrumentos processuais próprios.

A propósito, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu a matéria nesses termos:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN.

1. A dissolução irregular da sociedade devedora caracteriza situação que acarreta a responsabilidade solidária dos terceiros, nomeadamente dos sócios-gerentes, pelos débitos tributários (art. 135 do CTN).

2. Recurso especial provido.”

(1ª Turma, RESP Nº 730803, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26/04/2005, v. u., DJ, 09/05/2005, p. 316)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE PESSOAL PELO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SOCIEDADE - ART. 135, III DO CTN - APLICAÇÃO DA SÚMULA 211/STJ.

1. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar.

2. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais podem provar não terem agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

3. Não demonstrada a dissolução irregular da sociedade, a prova em desfavor do sócio passa a ser do exequente (inúmeros precedentes).

4. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

5. A comprovação da responsabilidade do sócio é imprescindível para que a execução fiscal seja redirecionada, mediante citação do mesmo.

6. Agravo regimental improvido.”

(2ª Turma, AGRESP nº 536531, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 3/03/2005, DJ, 25/04/2005, p. 281)

Ainda, trago à colação precedente jurisprudencial da E. 6ª Turma desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO DE SÓCIO GERENTE

- IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DE BENS DA EMPRESA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ENCARGO DO DL 1.025/69.

1. Impossibilidade de se proceder à penhora sobre bens da pessoa jurídica, por não se encontra situada no local designado como sua sede.

2. Fixada a legitimidade, como responsável tributário, do sócio-gerente para satisfazer o crédito objeto da execução, desnecessário que conste seu nome da Certidão da Dívida Ativa. Precedentes jurisprudenciais.

.....”

(TRF3, 6ª Turma, AC 1999.03.99.092929-7, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 21.11.2001, DJU 15.01.2002, p. 849.)

Entretanto, não há como determinar a reinclusão da sócia indicada no polo passivo da demanda, tendo em vista que, consoante Ficha Cadastral JUCESP de fls. 66/71 e certidões de dívida ativa de fls. 34/45 a sócia indicada somente passou a integrar o quadro societário em 28/07/2000 após a ocorrência dos fatos geradores da dívida.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Registro 2009.03.00.015957-9

Agravante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP

Agravado: MÁRCIO ESTEVAN FERNANDES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AI 371620

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2009

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAGRAVO PÚBLICO. LEI Nº 8.906/94. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL À INFORMAÇÕES PRÉVIAS. DISPENSA. ATO DISCRICIONÁRIO DA OAB. CONTRADITÓRIO ASSEGURADO NO ESTATUTO DA OAB VIA INTIMAÇÃO POR ÓRGÃO OFICIAL. AUSÊNCIA DE ÓBICE À REALIZAÇÃO DO ATO DE DESAGRAVO. PÚBLICO.

I. Não é condição de procedibilidade do Desagravo Público, previsto na Lei 8.906/94, a intimação pessoal do requerido à prestar informações, anteriormente à apreciação do desagravo público pela Comissão de Prerrogativas da OAB.

II. O pedido de informações é ato discricionário, podendo ser dispensado nas hipóteses previstas no artigo 79 do Regimento Interno da OAB.

III. O direito à ampla defesa e ao contraditório, na esfera administrativa, resta assegurado no Estatuto da OAB, via publicação da decisão no Diário Oficial, na qual é nomeado o requerido e aberto prazo para interposição de recurso contra o deferimento do desagravo .

IV. Ausente recurso pelo requerido afasta-se óbice à realização do ato de desagravo.

V. A designação da data do ato e, a inclusão do nome do reclamado na lista da OAB decorrem de ato “interna corporis”.

VI. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, determinar o desentranhamento das contra-razões, julgar prejudicado o agravo regimental e dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora, constante dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de agosto de 2009.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão liminar que, em Mandado de Segurança manteve a decisão agravada, em favor do impetrante, para sustar desagravo concedido pela Ordem dos Advogados, por entender inapropriada a medida, pois a aplicação de litigância de má-fé imposta ao advogado decorreu do exercício da função jurisdicional; sustou ainda a inclusão do nome do impetrante em lista da OAB.

Agrava a Ordem dos Advogados do Brasil - Secção de São Paulo com o fito de obter efeito suspensivo à decisão. Em suma afirma não estarem devidamente relatados os fatos ocorridos e, em tendo a OAB, após o devido processo administrativo, verificado afronta aos direitos profissionais, com base em Representação-Moção assinada por dezenas de advogados da 11ª Subsecção da OAB, na forma do Estatuto da Advocacia e legislação pertinente, publicou a decisão no Diário Oficial em 14.10.2008 (fls. 114), dela não tendo o agravado interposto qualquer recurso. Acresce que posteriormente foi publicada no D. O. de 22.04.09 a comunicação da data do desagravo público e, a inclusão do nome do ofensor é ato meramente administrativo interno.

Deferida a liminar suspendendo a cerimônia do desagravo público, o efeito suspensivo foi indeferido nesta Corte, resultando

na interposição de agravo regimental.

Intimado juntou o agravado as contra-razões, intempestivamente.

O Ministério Público Federal manifestou pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

PRELIMINARMENTE

Primeiramente, deixo de apreciar a decadência para evitar supressão de um grau de jurisdição.

Segundamente o agravado acostou contra-razões intempestivas, razão pela qual proponho seu desentranhamento, como se explica.

O agravado em 02.07.09 (fls. 593) dirigiu-se à Ouvidoria deste Tribunal, consoante Reclamação nº 806/09-TRF3/JUD, expondo ter consultado o *site* do TRF3 e, nele verificado decurso de prazo para contra-razões sem contudo ter sido intimado pela 4ª Turma, possivelmente por equívoco da Secretaria.

A reclamação à Ouvidoria parece-me inadequada, pois o impetrante, ora agravado, tem advogado nos autos e mera consulta aos terminais, ou via *internet* ou pessoalmente poderia lhe esclarecer a data da sua intimação eletrônica no Diário Oficial.

O Diretor da Subsecretaria da 4ª Turma informou à Ouvidoria, conforme Certidão lançada nos autos às fls. 581 que, a decisão liminar fora disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 19.05.2009, tendo decorrido o prazo legal sem a apresentação das contra-razões pelo agravado.

Mesmo assim, o agravado juntou contra-razões e docs, protocolados intempestivamente em 06.07.09, quando o prazo findara em 20.05.09, donde proponho seu desentranhamento (fls. 597/623) e devolução ao subscritor, com as cautelas de praxe.

MÉRITO DO AGRAVO.

O “mandamus” foi ajuizado por MÁRCIO ESTEVAN FERNANDES, juiz de direito em Espírito Santo do Pinhal, contra ato do Presidente da OAB de São Paulo publicado no Diário Oficial através do qual se convocava ato de desagravo público em favor do advogado LUCIANO PASOTI MONFARDINI.

O impetrante repousa sua irresignação na ausência de intimação para apresentar defesa, afirmando ser a acusação contra si temerária, porquanto condenou o advogado em litigância de má-fé, solidariamente com o cliente em via judicial, matéria jurisdicional oriunda de livre convicção e independência do magistrado. Esclareceu não pretender trancamento, arquivamento ou nulidade do processo ético-administrativo, mas, a preservação do processo do contraditório, com a devida cognição de suas razões pela OAB.

A magistrada de primeiro grau deferiu liminar suspendendo o ato de desagravo público, tendo sido mantida a decisão nesta Corte.

Neste agravo a OAB requereu a revogação da liminar, reiterado em agravo regimental, sustentando que não fora apenas a condenação solidária do advogado com o cliente em litigância de má-fé, embora sob vultosas quantias, a causa do desagravo mas, a adoção de postura autoritária que redundou em manifestação de 1/3 dos militantes da 11ª Subseção da OAB.

Alega ter dispensado as informações ao ofensor como lhe autoriza o art. 79 do Regimento Interno da OAB e, o contraditório foi oportunizado, na forma do Lei 8906/94 (Estatuto da OAB), quando da publicação do deferimento de desagravo público ao advogado, pela Comissão de Prerrogativas da OAB, na imprensa oficial, em 14.10.2008 (fls 114), onde se constata abertura de prazo para recursos de quaisquer interessados ou missivas contestatórias. Quanto à lista, assevera se tratar de direito previsto no art. 45 § 6º do Estatuto da OAB, matéria já apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Preambularmente importa esclarecer a dificuldade de se

separar a presente apreciação do mérito da ação principal. Todavia não há dúvida *não ser admissível qualquer ponderação, quanto à forma de decidir ou à conduta do magistrado impetrante do “writ”*.

Tentarei restringir a presente análise à presença de plausibilidade de direito da OAB de realizar o ato de desagravo público e, incluir o nome do reclamado em lista da OAB, independente da intimação pessoal do agravado para apresentar informações.

Logicamente a presente análise judicial se circunscreve ao aspecto legal, único submetido ao crivo do Judiciário, pois o tempo, modo e forma da prática do ato administrativo, por discricionário, refoge à competência do Judiciário.

Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei nº 8.906/94 dispõe no art. 7º:

“Art. 7º São direitos do advogado:

....

XVII - ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;

....”

No mesmo édito legal os arts. 57, 7º e 61 identificam as autoridades competentes a analisar eventual cerceamento às prerrogativas dos advogados:

“Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competência, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.”

“Art. 7º São direitos do advogado:

.....

§ 5º No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o

conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator”

“Art. 61. Compete á Subseção, no âmbito de seus território:
.....

II - velar pela dignidade, independência e valorização da advocacia, e fazer valer as prerrogativas do advogado.”

Ao disciplinar o procedimento o Regimento Interno da OAB, com as alterações de 2001, atribuiu ao Presidente do Conselho Seccional as providências iniciais para os casos de violação de prerrogativas do advogado:

“Art. 15. Compete ao Presidente do Conselho Federal, do Conselho Seccional ou da Subseção, ao tomar conhecimento de fato que possa causar, ou que já causou, violação de direitos ou prerrogativas da profissão, adotar as providências judiciais e extrajudiciais cabíveis para prevenir ou restaurar o império do Estatuto, em sua plenitude inclusive mediante representação administrativa.”

No caso dos autos, conforme se verifica às fls. 85/88 o advogado Luciano Pasoti Monfardini enviou correspondência ao Presidente da OAB/SP, Dr. LUIZ FLÁVIO BORGES D’URSO informando sobre sua situação perante o magistrado da comarca de Espírito Santo do Pinhal e requerendo providências.

Despachou o ilustre Presidente da OAB/SP, Dr. FLÁVIO D’URSO, como prevê o Regimento Interno, encaminhando o documento à Comissão de Direitos e Prerrogativas. Por seu turno o Presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB-SP, Dr. SERGEI COBRA ARBEX despachou (fls. 89) em 05.03.2008 no seguinte sentido:

“Oficie-se o i. requerente para que no prazo de 15 dias (quinze dias), forneça o nome completo, da autoridade

mencionada na inicial, a fim de que seja preservado o Direito ao Contraditório e Ampla Defesa.
Cumpra-se.”

Para cumprimento se oficiou ao Presidente da OAB da 11ª Subseção do Espírito Santo do Pinhal, o qual, informando ter convocado reunião dos advogados ali inscritos, acostou documentos e elaborou relato dos fatos (fls. 90/111), consignando ter recebido “Moção de Apoio” assinada por 50 advogados daquela Subseção (fls. 98/100), bem como, relatórios de outros 7 advogados comunicando fatos correlatos ao sucedido com o advogado queixoso, requerendo a intervenção da OAB.

Em ato contínuo Dr. SERGEI COBRA ARBEX, Presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP assim despachou em 24.09.2008:

“R - 14861

Diante da notoriedade e diligências dos fatos relatados, dispenso as informações do Agravante (Magistrado) para o processo de Desagravo, nomeio o ilustre Conselheiro, Dr. Cláudio Bini para voto.

Com urgência, envie-se ofício ao Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria do Tribunal de Justiça para apuração imediata em face do magistrado.” (fls. 112)

Posteriormente o ilustre Conselheiro Dr. Sergei Cobra reiterou manifestação aos Conselheiros, dispensando as informações ao reclamado no seguinte despacho:

“Eminentes Conselheiros,

Dispensei as informações do agravante, em razão da notoriedade do fato, com base no artigo 79 do Regimento Interno da OAB/SP.

Ato contínuo, determinei envio de ofício ao Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria do TJ para apuração imediata do ocorrido, tendo em vista a gravidade dos fatos relatados.

Trata-se de um procedimento farto em matéria probatória no que refere as ofensas às prerrogativas profissionais dos advogados da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/SP.

Segue em anexo, ata de reunião presidida pelo ilustre Presidente da Subsecção citada e diversas assinaturas de advogados em documentos, que atesta todo o desrespeito do agravante com relação as prerrogativas da advocacia.

Portanto, voto pelo desagravo público imediato em face do juiz Márcio Estevão Fernandes, bem como solicito referendo deste Egrégio Conselho no que diz respeito às medidas tomadas no início deste procedimento.

São Paulo, 07 de outubro de 2008”

Como se infere o Conselheiro Presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP, Dr. Sergei Cobra, após a vinda do relatório pela 11ª Subsecção dispensou as informações ao suposto infrator, com base no art. 79 do Regimento Interno da OAB, *fundamentando se cuidar de fato notório*.

A dispensa das informações tem previsão expressa nos arts. 78 e 79 do Regimento Interno, como se verifica:

“Art. 78 - O desagravo será promovido pelo Conselho Seccional, de ofício ou a pedido de qualquer pessoa.

Art. 79. O processo para sua concessão seguirá o mesmo procedimento anteriormente estabelecido, dispensando o Relator as informações do agravante, nas hipóteses de notoriedade do fato ou de urgência.”

O Regimento Interno ainda reitera a dispensa de informações, em hipóteses de notoriedade ou urgência, ao dispor sobre o procedimento administrativo do desagravo, também no art. 18 § 1º do Regimento Interno, como se segue:

“Art. 18. O inscrito na OAB, quando ofendido comprovadamente em razão do exercício profissional ou de cargo ou função da OAB, tem direito ao desagravo público promovido

pelo Conselho competente, de ofício, a seu pedido ou de qualquer pessoa.

§ 1º Compete ao relator, convencendo-se da existência de prova ou indício de ofensa relacionada ao exercício da profissão ou de cargo da OAB, propor ao Presidente que solicite informações da pessoa ou autoridade ofensora, no prazo de quinze dias, salvo em caso de urgência e notoriedade do fato.

§ 2º O relator pode propor o arquivamento do pedido se a ofensa for pessoal, se não estiver relacionada com exercício profissional ou com as prerrogativas gerais do advogado ou se configurar crítica de caráter doutrinário, político ou religioso.

§ 3º Recebidas ou não as informações e convencendo-se da procedência da ofensa, o relator emite parecer que é submetido ao Conselho.

§ 4º Em caso de acolhimento do parecer, é designada a sessão de desagravo, amplamente divulgada.

§ 5º Na sessão de desagravo o Presidente lê a nota a ser publicada na imprensa, encaminhada ao ofensor e às autoridades e registrada nos assentamentos do inscrito.

§ 6º Ocorrendo a ofensa no território da Subseção a que se vincule o inscrito, a sessão de desagravo pode ser promovida pela diretoria ou conselho da Subseção, com representação do Conselho Seccional.

§ 7º O desagravo público, como instrumento de defesa dos direitos e prerrogativas da advocacia, não depende de concordância do ofendido, que não pode dispensá-lo, devendo ser promovido a critério do Conselho.”

Não há dúvida quanto à competência do Presidente da Comissão de propor a dispensa de informações ao reclamado, na forma do Regimento Interno. A Lei 8.906/94 não faz qualquer menção a tais informações antecipadas.

Ademais subsidia a dispensa de informações ao reclamado os art. art. 18 § 1º e art. 79 do Regimento Interno da OAB.

Os Conselheiros da Comissão de Prerrogativas, por unanimidade acompanharam o Parecer do Relator, tanto na dispensa das informações como no Parecer sugerindo ato de desagravo público. Este Parecer foi encaminhado para a Comissão de Prerrogativas que detém a última palavra quanto à instauração do ato de desagravo.

Observo que o agravado não menciona nem questiona de ilegalidade dos arts. 18 § 1º ou art. 79 do Regimento Interno da OAB, único fundamento que em tese poderia render a suspensão do ato do desagravo público, no meu entender.

Se o desagravo público é ato assegurado por lei federal, complementado pelo Regimento Interno, a suspensão de sua eficácia, no mínimo exige fundamentos de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porquanto, a legalidade e a constitucionalidade se presume.

Não há como se recusar aplicação de lei federal ao argumento de ausência de intimação pessoal para informações, sem se indicar qual dispositivo legal prevê tal direito.

Como as informações antecedentes não é condição de procedibilidade do desagravo público prevista na Lei 8.906/94 e, no Regimento Interno sua previsão se submete à discricionariedade da autoridade administrativa, a negativa de aplicação da lei redundará em descumprimento de lei federal.

Noto ainda que em nenhum dispositivo legal do Estatuto da OAB há previsão de intimação pessoal a terceiro.

A apresentação das informações, como se vê, é ato discricionário e, sua dispensa no caso em comento foi devidamente endossado não só pela Comissão de Prerrogativa mas também pelos vinte Conselheiros do Conselho de Prerrogativas do Conselho Secional da OAB. O ato discricionário somente pode sofrer apreciação judicial quando ocorrer alegação de sua ilegalidade, hipótese inexistente no caso.

Além disto, consoante legislação, Estatuto e Regimento da OAB, não se pode confundir o mero pedido de Informações com o direito do contraditório, assegurado no Estatuto dos Advogados.

Com efeito, depois de formalizado o Processo administrativo

pela Comissão de Prerrogativas e deferido o desagravo a decisão é publicada no Diário Oficial, quando então o reclamado, cujo nome é expressamente mencionado tem o prazo de 15 dias para recorrer ao Conselho Pleno, como dispõem os arts. 69 e 75 da Lei 8906/94:

“Art. 69 Todos os prazos necessários à manifestação de advogados, estagiários e terceiros, nos processos em geral da OAB, são de quinze dias, inclusive para interposição de recursos.”

“Art. 75. Cabe recurso ao Conselho Federal de todas as decisões definitivas proferidas pelo Conselho Seccional, quando não tenham sido unânimes, ou sendo unânimes, contrariem esta lei, decisão do Conselho Federal ou de outro Conselho Seccional e, ainda, o regulamento geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos”

No mesmo sentido disciplina o Regimento Interno nos arts. 80, § 1º e § 4º, e art. 81 do Regimento Interno:

“Art. 80 Com ou sem informações, desde que convencido procedência da pretensão desagravo, lançara o Relator parecer para apreciação do Conselho Seccional.

O Conselho Seccional delegará sua atribuição para um Conselho de Prerrogativas de atuação permanente, forma por, no mínimo, 20 (vinte) Conselheiros escolhidos pelo Pleno, que se reunirão ao menos uma vez por mês, para exame dos processos de prerrogativas.

§ 4º Das decisões do Conselho de Prerrogativas caberá recurso ao Conselho Pleno, a ser proposto no prazo de quinze dias daquele julgamento, limitando-se, o exame do Conselho Pleno, a confirmar ou não o julgamento anteriormente proferido.”

“Art. 81 - Acolhido o parecer, será concedido o desagravo

público em sessão solene, em data, local e horário amplamente divulgados para conhecimento público.”

Neste oito, consoante doc. de fls. 114, a decisão da Comissão de Prerrogativas foi devidamente publicada no Diário Oficial em 14.10.2008 no seguinte sentido:

“Processo: R. 14861

Requerente: Luciano Pasoti Monfardini

Requerido: Márcio Esteves Fernandes, Juiz de Direito da 2ª Vara de Espírito Santo do Pinhal.

Relator: Conselheiro Sergei Cobra Arbex.

Decisão: Por votação unânime, concedido o desagravo público, nos termos do voto do relator. Com expedição de ofícios ao Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria-Geral de Justiça.

Nos termos dos artigos 69 e 75 da Lei Federal nº 8.906/94, fica, a partir desta data, aberto o prazo de 15 (quinze) dias, para interposição de eventual recurso.

São Paulo, 13 de outubro de 2008”

Acrescente-se ainda que o art. 77 da mesma Lei 8.906/1994 atribui efeito suspensivo aos recursos, como seria a hipótese em comento, pois não se insere nas exceções:

“Art. 77. Todos os recursos têm efeito suspensivo, exceto, quando tratarem de eleições (arts. 63 e seguintes) de suspensão preventiva decidida pelo Tribunal de Ética e Disciplina, e de cancelamento da inscrição obtida com falsa prova.”

Pela legislação transcrita não se constata nenhuma previsão legal de defesa prévia por intimação pessoal mas, mera requisição de informações ao reclamado que ao talante da autoridade pode ou não se consolidar. É o exercício do poder discricionário da OAB.

O ato de desagravo público, como ponderei é ato administrativo, complexo, iniciado pelo Presidente da Seccional da OAB que ao receber Reclamação de advogado o encaminha à Comissão de Prerrogativas e esta, pelo seu Presidente solicita relatório da Subseccional a qual pertence o advogado reclamante. O relatório da Subseção é analisado pelo relator da Comissão de Prerrogativas e seus oito membros votam um Parecer concedendo ou não o desagravo público. Após, se deferido o desagravo o processo administrativo é encaminhado ao Conselho de Prerrogativas, onde seus 20 (vinte) membros decidem sobre o desagravo público. Esta decisão é publicada e aberto prazo para recurso do reclamado.

Verifica-se ainda que, com ou sem as informações, o reclamado é *intimado pelo Diário Oficial para oferecer recurso contra o desagravo público*, inexistindo previsão de intimação pessoal como se pretende. Esta intimação no Diário Oficial expressamente prevista no Estatuto concretiza o exercício do direito do contraditório e, não as informações cuja previsão não consta em lei.

Pela dicção da Lei 8906/94, portanto, o contraditório está assegurado através de intimação para recurso contra a decisão do Presidente da Comissão de Prerrogativas que defere o desagravo.

A publicação no caso ocorreu em 14.10.2008 (fls. 114) e, segundo se pode inferir, das manifestações das partes, não houve interposição de qualquer recurso.

Decorrido o prazo recursal de 15 dias, com término em 29.10.08, o Conselho Seccional, mais de cinco meses depois, em 22 de abril de 2009 designou a data do desagravo público que deu ensejo à impetração em 07.05.2009.

A designação da data é ato administrativo, cuja escolha de tempo, modo e lugar de sua prática pertence à OAB, descabendo interferência judicial.

Concluo, portanto, que em sendo o ato de desagravo público direito decorrente do Estatuto da Ordem dos Advogados e, não se vislumbrando dos documentos acostados conduta alguma a desbordar do exercício regular do direito e, dê que não se alega qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade dos diplomas legais que

o embasam, não encontro fundamento para sustar o ato de desagravo público.

Quanto à inclusão do nome do reclamado na lista da OAB, também decorre de ato “interna corporis”, sendo ato discricionário da OAB arrolar o nomes dos reclamados no seu *site*.

A par disto, virou moda fazer lista de nomes. A Prefeitura Municipal publicou lista de salários dos servidores com nomes, salários e cargos. O CNJ está disponibilizando também a publicação dos salários de seus servidores. O Tribunal de Justiça de Pernambuco e a Secretaria de Defesa Social assinam convênio para permitir aos magistrados acessar dados da Secretaria de Defesa Social. A Receita Federal quer publicar lista dos devedores e envia nomes para lista do SERASA. O Conselho Nacional do Ministério Público integrou um Sistema de Informação, que é uma rede virtual criada pelo MP do Paraná para que se tenha acesso a Ações Civis Públicas de todo país, Termos de ajustamentos de conduta, Recomendações etc.

Diante de todo o exposto, proponho o desentranhamento das contra-razões e, julgando prejudicado o agravo regimental, entendendo por *dar provimento ao agravo suspendendo a decisão liminar, assegurando à agravante o direito de promover o ato de desagravo público*.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL

**AGRAVO REGIMENTAL
EM MANDADO DE SEGURANÇA
Registro 2009.03.00.031251-5**

Agravante: AUTO POSTO CIDADE

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1.549/1.552

Impetrante: AUTO POSTO CIDADE

Impetrada: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - 3ª
TURMA

Interessados: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA ESTRUTURA AEROPOR-
TUÁRIA - INFRAERO E JECIONE CÂMARA DA ROCHA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: MS 318941

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2009

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONVERTEU EM RETIDO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 11.187/2005. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL.

- Um exame da Lei nº 11.187/05 revela que o legislador se preocupou em aliviar a carga dos tribunais, pois fixou a regra do agravo retido (artigo 523, § 3º, e artigo 527, inciso II, CPC), assim protraindo sua apreciação para o futuro, à exceção das poucas hipóteses que prevê (lesão grave e de difícil reparação, inadmissão de apelação e efeitos desta). Da mesma forma, afastou a recorribilidade, no âmbito dos tribunais, quando houver conversão do agravo de instrumento em agravo retido e nas hipóteses em que é deferido ou indeferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Em consequência, abrir-se a via do mandado de segurança nas situações referidas é tornar ineficaz o objetivo da alteração legislativa.

- As alterações legislativas são lógicas e sistemáticas. Os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em caráter provisório, resolver questões incidentes

no curso do processo em que haja a alegação do “periculum in mora”. Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição *a quo*, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal, ou ainda, na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a esta seja dado o conhecimento do recurso.

- Não se pode confundir a irresignação das partes, que pode nunca ser satisfeita, com uma indefinida multiplicação de meios ou instrumentos para reverter as decisões judiciais provisórias. Hoje, o sistema processual brasileiro dá aos litigantes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos. Porém, ao se os esgotarem, não se pode ainda invocar o remédio constitucional do *mandamus*.

- A função do Poder Judiciário é, basicamente, reconhecer ou não um direito postulado pela parte. Em sede de cognição sumária, ele o faz pelos instrumentos mencionados anteriormente. Afigura-se um sofisma entender que o julgador viole direito líquido e certo quando ele, no exercício da jurisdição, não reconhece direito do postulante. Uma coisa é o direito primário invocado, outra um pretense direito líquido e certo derivado de decisão judicial que não reconhece a pretensão da parte.

- Das decisões, provisórias ou definitivas, de primeira instância, cabem recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. O deslocamento de apreciação delas ou sua revisão para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, ferem o princípio e a garantia mencionada. *O Órgão Especial não é instância revisora das turmas*. Precedentes desta corte.

- Há aqueles que aceitam conhecer de mandados de segurança ao argumento de que há decisões teratológicas com

as quais não se conseguiria conviver. É preciso enfatizar que a metáfora, além de imprecisa terminologicamente e não jurídica, cria extrema insegurança na prestação jurisdicional. Sem delimitação do que seja uma decisão teratológica, enseja-se o risco de considerá-la toda aquela de cujo conteúdo discorda outro órgão julgador.

- De qualquer modo, descabe qualificar as decisões como teratológicas. Tampouco lhes falta fundamentação ou são desconexas do caso dos autos.

- O devido processo legal, constitucionalmente previsto, compreende também o duplo grau de jurisdição e o direito de recorrer. Nossas leis processuais, no caso em apreço, deram à parte o agravo de instrumento e dentro deste o efeito suspensivo. Assim, não se pode deduzir violação de direito líquido e certo, passível de mandado de segurança, quando os recursos possíveis foram utilizados e os pleitos foram denegados, em caráter provisório ou definitivo.

- Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, DECIDE o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator.

São Paulo, 14 de outubro de 2009. (data do julgamento)

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Agravo regimental (fls. 1.557/1.568) contra decisão por meio da qual deneguei (fls. 1.549/1.552) a inicial de mandado de segurança impetrado contra ato da eminente Desembargadora Federal Cecília Marcondes, que converteu em retido o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.028072-1, *verbis*:

“Mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato da eminente Desembargadora Federal Cecília Marcondes, que converteu o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.028072-1 em retido e, posteriormente, o manteve, não obstante os embargos declaratórios que foram opostos, o pedido de reconsideração e o requerimento de reapreciação fundado em fato novo. Relata o impetrante que o aludido recurso foi interposto contra decisão que, na ação popular nº 2009.61.19.005174-0, indeferiu requerimento que fez para que fosse reconhecida a falta de interesse de agir do autor popular e de revogação da medida liminar anteriormente deferida. Sustenta que as decisões são teratológicas por duas razões:

a) ilegalidade da conversão do agravo de instrumento em retido, pois a decisão agravada manteve a suspensão do processo licitatório no qual a impetrante sagrara-se vencedora, o que lhe causa evidentes prejuízos diários e, portanto, configura urgência que justifica a interposição do agravo na forma de instrumento. Ademais, a situação versada não questiona qualquer exação tributária, como constou do ato ora impugnado, o que revela que está inteiramente dissociado do processo, e não foi revisto, apesar dos embargos declaratórios apresentados, do pedido de reconsideração e do requerimento posterior;

b) ilegalidade da manutenção da medida liminar deferida na origem, porquanto a ação popular é inadequada, uma vez que foi proposta por autor popular que tem gritante ligação com pelo menos dois licitantes que perderam o certame, de modo que não tem por escopo o interesse público, como exige a lei, mas particular. Violados, pois, o artigo 5º, LXXIII, da CF/88 e artigo 1º da Lei nº 4.717/65. Não bastasse, o fundamento da liminar que sustou a licitação, qual seja, ausência de publicidade da modificação do edital, é equivocado, pois comprovou que a Lei nº 8.666/93 foi observada.

Um exame da Lei nº 11.187/05 revela que o legislador se

preocupou em aliviar a carga dos tribunais, pois fixou a regra do agravo retido (artigo 523, § 3º, e artigo 527, inciso II, CPC), assim protraindo sua apreciação para o futuro, à exceção das poucas hipóteses que prevê (lesão grave e de difícil reparação, inadmissão de apelação e efeitos desta). Da mesma forma, afastou a recorribilidade, no âmbito dos tribunais, quando houver conversão do agravo de instrumento em agravo retido e nas hipóteses em que é deferido ou indeferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Em consequência, abrir-se a via do mandado de segurança na situações referidas é tornar ineficaz o objetivo da alteração legislativa.

De outro lado, a novel orientação do legislador mostra-se lógica e sistemática. Atualmente, os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em caráter provisório, resolver questões incidentes no curso do processo em que haja a alegação do ‘periculum in mora’. Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição *a quo*, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal, ou na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a esta seja dado o conhecimento do recurso.

Não se pode confundir a irresignação das partes, que pode nunca ser satisfeita, com uma indefinida multiplicação de meios ou instrumentos para reverter as decisões judiciais provisórias. Hoje, o sistema processual brasileiro dá às partes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos. Porém, ao se os esgotarem, não se pode ainda invocar o remédio constitucional do *mandamus*, sob pena de transformá-lo em substitutivo de recurso inexistente.

Em conclusão, nossas leis processuais, no caso em apreço, deram à parte a possibilidade de agravo na forma de

instrumento e dentro deste o cabimento do efeito suspensivo. Assim, não se pode deduzir violação de direito líquido e certo, passível de mandado de segurança, quando os recursos possíveis foram utilizados e os pleitos foram denegados, em caráter provisório ou definitivo. Na espécie, independentemente do mérito da decisão do relator, o que se tem é que apreciou a questão incidente, sob o ângulo da relevância do direito e da lesão grave e de difícil reparação, em nome da turma, que futuramente examinará o agravo retido.

Outro ponto de especial relevo é a sistemática recursal. Das decisões, provisórias ou definitivas, de primeira instância, cabem recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. *O deslocamento de apreciação delas ou sua revisão para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, fere o princípio e a garantia mencionada. O Órgão Especial não é instância revisoras das turmas.* Destaco, nesse sentido, o precedente deste Tribunal:

‘ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. SUCEDÂNEO DE RECURSO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OFENSA. ARTS. 8º, DA LEI Nº 1.533/51, E 267, INCISO, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO NEGADO .

- Dispõe o parágrafo único do artigo 527, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, que não há mais a possibilidade de interposição do agravo regimental para atacar decisão do Relator que indefere efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto. Nesses casos, a decisão somente poderá ser reformada por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, a não ser que o próprio relator a reconsidere.

- Com isso, é de se constatar que a intenção do legislador foi a de obstar a interposição de recurso, no âmbito dos

tribunais, quando se tratar de decisão proferida no bojo de agravo de instrumento, uma vez que nessa sede recursal os requisitos da relevância e da urgência já foram analisados, não havendo que se falar em reexame da mesma matéria no âmbito da presente impetração.

- *Admitir o mandado de segurança, no caso em tela, significa transferir a outro órgão, no caso, o Órgão Especial, a competência recursal das Turmas, o que não se mostra compatível com o princípio do juiz natural, tampouco com a novel sistemática prevista para o referido recurso.*

- Outrossim, e com fulcro nos mesmos fundamentos, não se pode dizer tratar-se de ato judicial contra o qual não cabe recurso, considerando-se, justamente, a sistemática trazida pelo novo regime jurídico do agravo de instrumento, posto que o legislador relegou o exame ao próprio Relator, concedendo-lhe a faculdade de reconsiderar a decisão e, caso assim não ocorra, resta, ainda, o exame da matéria pela Turma, quando do julgamento do próprio agravo. Tudo isto a denotar que não está ceifado o reexame, mas tal deve ocorrer pela via própria, não podendo o mandado de segurança ser utilizado como substitutivo recursal.

- Pelo exposto, e nos termos do art. 8º da Lei nº 1533/51, c.c. os arts. 267, inciso I, do Código de Processo Civil, e 191 do Regimento Interno desta Corte, é caso de indeferimento liminar do presente *mandamus*, com a conseqüente manutenção da decisão agravada. - Agravo regimental a que se nega provimento.'

(Órgão Especial; Mandado de Segurança nº 2007.03.00.103712-6; Rel. Des. Fed. Suzana Camargo; 30/01/2008; DJU DATA: 18/02/2008 PÁGINA: 541)

Há eventualmente aqueles que, apesar das restrições ora apontadas, aceitam conhecer de mandados de segurança ao argumento de que há decisões teratológicas com as quais não se conseguiria conviver. O impetrante alega que houve violação ao artigo 93, inciso IX, da Carta Magna e 535,

inciso II, do CPC, na medida em que a fundamentação expendida pela relatora, ora impetrada, não foi adequada ao caso, o que equivale a ausência de fundamentação. Transcrevo, a seguir, a decisão que converteu o agravo de instrumento em retido:

‘Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão do MM. Juízo supra que, em sede de ação popular, admitiu a ora agravante como assistente litisconsorcial, bem como indeferiu a revogação da antecipação dos efeitos da tutela.

Em síntese, a agravante alega falta de interesse de agir, uma vez que o autor do feito ordinário teria interesse particular na demanda, ao contrário do interesse público exigido para propositura da ação popular. Aduz que o processo administrativo em evidência não teria violado o princípio da publicidade. Pleiteia antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o necessário.

Decido.

A sistemática do agravo de instrumento vem sendo objeto de sucessivas alterações pelo legislador pátrio, todas elas impelidas pela necessidade premente de descongestionar as instâncias revisionais, permitindo-se, dessarte, o célere exame dos recursos dotados de devolutividade plena – notadamente apelações – de forma a cumprir-se a contento o dever do Estado-juiz de pacificação social.

Não por acaso, a partir da reforma introduzida no CPC pela Lei nº 10.352/2001, restou consagrada de maneira definitiva a excepcionalidade do agravo pela via de instrumento, o que somente há de se admitir, na letra do art. 527, inciso II, nos casos de provisão jurisdicional de urgência, de evidente perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, ou ainda na hipótese de inadmissão de apelação ou de decisão relativa aos efeitos em que o apelo é recebido. Ausentes os pressupostos autorizadores do manejo do agravo na forma instrumental, impõe-se, *ex vi legis*, a conversão

do recurso para a forma retida, de modo a ser apreciada a questão agravada quando do exame do recurso principal a ser submetido oportunamente ao crivo da Corte.

Convém ressaltar que tal orientação ganhou força com o advento da Lei nº 11.187/05, que veio para subtrair a discricionariedade antes conferida ao relator no que tange à conversão do agravo de instrumento em retido. Doravante, ausentes os pressupostos de admissão do agravo de instrumento, a conversão do agravo em retido é medida que se impõe, em decisão monocrática, ademais, irrecorrível.

Assim, estabelecidas tais premissas, verifico que *in casu* não se me afiguram presentes as circunstâncias legais que autorizam o manejo do agravo na forma de instrumento, sendo o caso, portanto, de conversão da medida intentada para a modalidade retida. Isto porque, poderá o Fisco valer-se dos meios próprios para a cobrança dos tributos.

Não há, enfim, irreparabilidade ou urgência a justificar a via excepcional preferida pela parte, cabendo na espécie a postergação da análise da matéria agravada à ocasião do julgamento do recurso principal, se o caso.

Ante o exposto, com fulcro no art. 527, II do CPC, determino a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, com a baixa dos autos à origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.'

Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 1527/1528), foi formulado pedido de reconsideração (fls. 1529/1537) e alegada a existência de fato novo que demandava a reapreciação do recurso (fls. 1539/1541), os quais foram conjuntamente apreciados na decisão de fl. 1545, *verbis*:

‘Vistos fls. 1476/1477, 1478/1486 e 1488/1491.

Às fls. 1.474/1474v, determinei a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, em decisão contra a qual não cabe recurso, conforme redação atual do inciso II do artigo 527, do CPC, dada pela Lei nº 11.187/05, com o que recebo

as petições de fls. retro como pedido de reconsideração. Todavia, não vejo fundamento para que seja modificado meu primeiro entendimento acerca da questão, tendo em vista que mesmo o fato novo apontado pela recorrente não tem o condão de alterar as razões pelas quais ordenei a conversão em agravo retido, razão pela qual mantenho a decisão contestada.

Assim sendo, baixem-se os autos à origem.

Intimem-se.'

Evidencia-se que descabe qualificar as decisões como te-ratológicas. Tampouco lhes falta fundamentação ou são desconexas do caso dos autos, porquanto, embora a primeira tenha feito menção fora de contexto de que 'poderá o Fisco valer-se dos meios próprios para a cobrança dos tributos', não invalida a exposição anterior, da qual se depreende claramente que a relatora não verificou a existência do perigo da demora, pressuposto para o processamento do recurso na forma de instrumento, o que foi corroborado pela decisão posterior que a manteve, uma vez que essa questão foi aventada e apreciada pela autoridade impetrada.

Ante o exposto, *denego a segurança*, com fundamento nos artigos 33, inciso XIII, do Regimento Interno c./c. 5, inciso I, e 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Publique-se e archive-se, oportunamente, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 09 de setembro de 2009."

Sustenta o recorrente, em síntese, que:

a) o *mandamus* é a via adequada para proteção do direito lesado, porquanto as decisões questionadas são irrecorríveis, conforme precedente do STJ;

b) a alteração legislativa do CPC que modificou o agravo de instrumento não pode privar o jurisdicionado do direito à apreciação pelo colegiado da alegação de lesão grave e de difícil reparação;

c) a decisão impugnada é desconexa dos autos e não está

fundamentada, de modo que é nula;

d) demonstrou que a ação popular em que foi proferida a liminar objeto do agravo de instrumento convertido em retido foi ajuizada para satisfazer fins particulares e não públicos, de modo que tem direito líquido e certo a que o processo licitatório não permaneça suspenso, uma vez que aquela decisão foi proferida com violação do artigo 5º, inciso II, da Carta Magna e do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93;

e) o impedimento da impetrante de adjudicar o resultado do certame que venceu e a intenção da INFRAERO de anular a licitação lhe causam sérios prejuízos e demonstram o *periculum in mora*.

O recurso foi recebido por tempestivo e, em sede de juízo de retratação, manteve o *decisum* por seus próprios fundamentos (fl. 1570).

A interessada Jecione Câmara da Rocha juntou memoriais às fls. 1573/1591.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): O agravo regimental não merece provimento.

A Desembargadora Federal Cecília Marcondes converteu o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.028072-1 em retido ao fundamento de inexistência de *periculum in mora*. Posteriormente, manteve essa decisão, ao examinar embargos declaratórios que lhe foram opostos, bem como o pedido de reconsideração e o requerimento de reapreciação fundado em fato novo, qual seja, de que a INFRAERO manifestara a intenção de anular a concorrência (fl. 1542).

O artigo 527, inciso II e seu parágrafo único, do CPC, com a redação da Lei nº 11.187, de 19.10.05, estabelece, *verbis*:

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído ‘incontinenti’, o relator:

...

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do ‘caput’ deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”

Um exame da Lei nº 11.187/05 revela que o legislador se preocupou em aliviar a carga dos tribunais, pois fixou a regra do agravo retido (artigo 523, § 3º, e artigo 527, inciso II, CPC), assim protraindo sua apreciação para o futuro, à exceção das poucas hipóteses que prevê (lesão grave e de difícil reparação, inadmissão de apelação e efeitos desta). Da mesma forma, afastou a recorribilidade, no âmbito dos tribunais, quando houver conversão do agravo de instrumento em agravo retido e nas hipóteses em que é deferido ou indeferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Em consequência, abrir-se a via do mandado de segurança nas situações referidas é tornar ineficaz o objetivo da alteração legislativa.

De outro lado, a novel orientação do legislador mostra-se lógica e sistemática. Nesse sentido, destaco:

“O equilíbrio entre a celeridade e a recorribilidade plena não pode ser rompido, ou seja, não se pode lançar mão de ação impugnativa autônoma para fazer as vezes de recurso, porque o sistema deve proporcionar, como efetivamente proporciona, recurso eficaz contra decisão que possa causar lesão irreparável ou de difícil reparação.

Não se afirme que ao relator caberá a discricionariedade para conceder, ou não, a suspensividade ou entender pela retenção, quando houver perigo de lesão grave e de difícil

reparação, porque uma interpretação desse jaez afronta o sistema recursal e a Constituição Federal.

Todos os agravos podem ter efeito suspensivo, conforme resulta do sistema processual. Então, o sistema recursal oferece meios eficazes contra a produção de efeitos com nocividade grave e de difícil reparação.

Assim sendo, admitir mandado de segurança contra ato judicial deve encontrar uma razão que demonstre a inutilidade do sistema recursal, sob pena de desmantelamento desse sistema. Ora, a sintonia fina com a Constituição deve ser observada no sistema recursal e na Lei de Regência, para que se afaste qualquer interpretação isolada de norma e que conduza à inconstitucionalidade.

O sistema recursal oferece sim meio eficaz, desde que se interpretem corretamente os dispositivos sob análise. A Lei de Regência obsta ação de segurança contra ato judicial se o sistema recursal for eficaz contra prejuízo que do ato possa decorrer. Os dois aspectos servem de arcabouço à interpretação conforme a constituição e à conclusão de não admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial.” (in “O Novo Regime do Agravo de Instrumento e do Agravo Retido, modificações da Lei nº 11.187/05”, artigo de Eduardo Melo de Mesquita, págs. 124/125)

Atualmente, os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em caráter provisório, resolver questões incidentes no curso do processo em que haja a alegação do “periculum in mora”. Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição *a quo*, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal, ou ainda, na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a esta seja dado o conhecimento do recurso.

Não se pode confundir a irresignação das partes, que pode

nunca ser satisfeita, com uma indefinida multiplicação de meios ou instrumentos para reverter as decisões judiciais provisórias. Hoje, o sistema processual brasileiro dá aos litigantes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos. Porém, ao se esgotarem, não se pode ainda invocar o remédio constitucional do *mandamus*.

A função do Poder Judiciário é, basicamente, reconhecer ou não um direito postulado pelo jurisdicionado. Em sede de cognição sumária, o faz pelos instrumentos mencionados anteriormente. Afigura-se um sofisma entender que o julgador viole direito líquido e certo quando ele, no exercício da jurisdição, não reconhece direito do postulante. Uma coisa é o direito primário invocado, outra um pretensão direito líquido e certo derivado de decisão judicial que não reconhece a pretensão da parte.

Outro ponto de especial relevo é a sistemática recursal. Das decisões, provisórias ou definitivas, de primeira instância, cabem recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. O deslocamento de apreciação delas ou sua revisão para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, ferem o princípio e a garantia mencionada. *O Órgão Especial não é instância revisora das turmas*. Destaco, dentre inúmeros, o seguinte precedente deste tribunal:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. SUCEDÂNEO DE RECURSO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OFENSA. ARTS. 8º, DA LEI Nº 1.533/51, E 267, INCISO, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO NEGADO.

- Dispõe o parágrafo único do artigo 527, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, que não há mais a possibilidade de interposição do agravo regimental para atacar decisão do Relator que indefere efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto. Nesses casos, a decisão somente poderá ser reformada por

ocasião do julgamento do agravo de instrumento, a não ser que o próprio relator a reconsidere.

- Com isso, é de se constatar que a intenção do legislador foi a de obstar a interposição de recurso, no âmbito dos tribunais, quando se tratar de decisão proferida no bojo de agravo de instrumento, uma vez que nessa sede recursal os requisitos da relevância e da urgência já foram analisados, não havendo que se falar em reexame da mesma matéria no âmbito da presente impetração.

- *Admitir o mandado de segurança, no caso em tela, significa transferir a outro órgão, no caso, o Órgão Especial, a competência recursal das Turmas, o que não se mostra compatível com o princípio do juiz natural, tampouco com a novel sistemática prevista para o referido recurso.*

- Outrossim, e com fulcro nos mesmos fundamentos, não se pode dizer tratar-se de ato judicial contra o qual não cabe recurso, considerando-se, justamente, a sistemática trazida pelo novo regime jurídico do agravo de instrumento, posto que o legislador relegou o exame ao próprio Relator, concedendo-lhe a faculdade de reconsiderar a decisão e, caso assim não ocorra, resta, ainda, o exame da matéria pela Turma, quando do julgamento do próprio agravo. Tudo isto a denotar que não está ceifado o reexame, mas tal deve ocorrer pela via própria, não podendo o mandado de segurança ser utilizado como substitutivo recursal.

- Pelo exposto, e nos termos do art. 8º da Lei nº 1533/51, c.c. os arts. 267, inciso I, do Código de Processo Civil, e 191 do Regimento Interno desta Corte, é caso de indeferimento liminar do presente *mandamus*, com a conseqüente manutenção da decisão agravada.

- Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Órgão Especial; Mandado de Segurança nº 2007.03.00.103712-6; Rel. Des. Fed. Suzana Camargo; 30/01/2008; DJU DATA: 18/02/2008 PÁGINA: 541)

Por outro lado, há eventualmente aqueles que, não obstante as restrições ora apontadas, aceitam conhecer de mandados de segurança ao argumento de que há decisões teratológicas com as quais não se conseguiria conviver. É preciso enfatizar que a metáfora, além de imprecisa terminologicamente e não jurídica, cria extrema insegurança na prestação jurisdicional. Esgotados os recursos, a tempo e modo, em um grau de jurisdição, cabem outros às instâncias superiores, como os prevê a Constituição Federal. Ademais, sem delimitação do que seja uma decisão teratológica, enseja-se o risco de considerá-la toda aquela de cujo conteúdo discorda outro órgão julgador.

De qualquer forma, o agravante alega que houve violação ao artigo 93, inciso IX, da Carta Magna e artigo 535, inciso II, do CPC, na medida em que a fundamentação expendida pela relatora foi desconexa do caso dos autos e que não está suficientemente fundamentada. Assim, transcrevo, a seguir, a decisão que converteu o agravo de instrumento em retido:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão do MM. Juízo supra que, em sede de ação popular, admitiu a ora agravante como assistente litisconsorcial, bem como indeferiu a revogação da antecipação dos efeitos da tutela.

Em síntese, a agravante alega falta de interesse de agir, uma vez que o autor do feito ordinário teria interesse particular na demanda, ao contrário do interesse público exigido para propositura da ação popular. Aduz que o processo administrativo em evidência não teria violado o princípio da publicidade. Pleiteia antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o necessário.

Decido.

A sistemática do agravo de instrumento vem sendo objeto de sucessivas alterações pelo legislador pátrio, todas elas impelidas pela necessidade premente de descongestionar as instâncias revisionais, permitindo-se, dessarte, o célere exame dos recursos dotados de devolutividade plena – notadamente

apelações – de forma a cumprir-se a contento o dever do Estado-juiz de pacificação social.

Não por acaso, a partir da reforma introduzida no CPC pela Lei nº 10.352/2001, restou consagrada de maneira definitiva a excepcionalidade do agravo pela via de instrumento, o que somente há de se admitir, na letra do art. 527, inciso II, nos casos de provisão jurisdicional de urgência, de evidente perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, ou ainda na hipótese de inadmissão de apelação ou de decisão relativa aos efeitos em que o apelo é recebido. Ausentes os pressupostos autorizadores do manejo do agravo na forma instrumental, impõe-se, *ex vi legis*, a conversão do recurso para a forma retida, de modo a ser apreciada a questão agravada quando do exame do recurso principal a ser submetido oportunamente ao crivo da Corte.

Convém ressaltar que tal orientação ganhou força com o advento da Lei nº 11.187/05, que veio para subtrair a discricionariedade antes conferida ao relator no que tange à conversão do agravo de instrumento em retido. Doravante, ausentes os pressupostos de admissão do agravo de instrumento, a conversão do agravo em retido é medida que se impõe, em decisão monocrática, ademais, irrecorrível.

Assim, estabelecidas tais premissas, verifico que *in casu* não se me afiguram presentes as circunstâncias legais que autorizam o manejo do agravo na forma de instrumento, sendo o caso, portanto, de conversão da medida intentada para a modalidade retida. Isto porque, poderá o Fisco valer-se dos meios próprios para a cobrança dos tributos.

Não há, enfim, irreparabilidade ou urgência a justificar a via excepcional preferida pela parte, cabendo na espécie a postergação da análise da matéria agravada à ocasião do julgamento do recurso principal, se o caso.

Ante o exposto, com fulcro no art. 527, II do CPC, determino a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, com a baixa dos autos à origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.”

Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 1527/1528), foi formulado pedido de reconsideração (fls. 1529/1537) e alegada a existência de fato novo que demandava a reapreciação do recurso (fls. 1539/1541), os quais foram conjuntamente apreciados na decisão de fl. 1545, *verbis*:

“Vistos fls. 1476/1477, 1478/1486 e 1488/1491.

Às fls. 1.474/1474v, determinei a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, em decisão contra a qual não cabe recurso, conforme redação atual do inciso II do artigo 527, do CPC, dada pela Lei nº 11.187/05, com o que recebo as petições de fls. retro como pedido de reconsideração.

Todavia, não vejo fundamento para que seja modificado meu primeiro entendimento acerca da questão, tendo em vista que mesmo o fato novo apontado pela recorrente não tem o condão de alterar as razões pelas quais ordenei a conversão em agravo retido, razão pela qual mantenho a decisão contestada.

Assim sendo, baixem-se os autos à origem.

Intimem-se.”

Evidencia-se que descabe qualificar as decisões como teatológicas. Tampouco lhes falta fundamentação ou são desconexas do caso dos autos, porquanto, embora a primeira tenha feito menção fora de contexto de que “poderá o Fisco valer-se dos meios próprios para a cobrança dos tributos”, não restou invalidada a exposição anterior, da qual se depreende claramente que a relatora não verificou a existência do perigo da demora, pressuposto para o processamento do recurso na forma de instrumento, o que foi corroborado pela decisão posterior que a manteve, uma vez que a aludida incongruência foi aventada pelo ora agravante e apreciada pela autoridade impetrada. Não bastasse, a própria INFRAERO reconheceu que fizera a publicação da prorrogação da data de abertura da concorrência em questão de forma equivocada, tal como fundamentado pelo juízo *a quo* ao deferir a liminar para

suspendê-la, tanto assim que comunicou formalmente ao impetrante a intenção de anulá-la (fl. 1542), fato que, evidentemente, não poderia ser alterado diretamente pela decisão do agravo de instrumento, ainda que se lhe desse o efeito suspensivo que fora requerido. Resta clara, pois, a ausência do perigo da demora, requisito para o processamento do agravo na forma de instrumento, como bem entendeu a autoridade impetrada.

Em conclusão, o devido processo legal, constitucionalmente previsto, compreende também o duplo grau de jurisdição e o direito de recorrer. Nossas leis processuais, no caso em apreço, deram à parte o agravo de instrumento e, dentro deste, o efeito suspensivo.

Assim, não se pode deduzir violação de direito líquido e certo, passível de mandado de segurança, quando os recursos possíveis foram utilizados e os pleitos foram denegados, em caráter provisório ou definitivo. Na espécie, o que se tem é que foram apreciados os requisitos de admissibilidade do recurso, em grau de revisão, em nome da turma, que, futuramente, nos termos do artigo 523 do CPC, examinará o agravo convertido em retido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 1999.61.15.000833-5

Apelantes: IRENE ACCYOLI DE SOUZA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY

Classe do Processo: AC 891814

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2009

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. IRMÃ. PESSOA DESIGNADA. AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE COM RELAÇÃO AO *DE CUJUS*. IMPROCEDÊNCIA.

- A norma de regência do benefício observa a data do óbito. *In casu*, disciplina-o a Lei nº 8.213/91, arts. 74 e seguintes, sem as alterações da Lei nº 9.528/97, sendo os requisitos: a relação de dependência do pretendente da pensão para com o *de cujus* e a qualidade de segurado da Previdência Social deste, à época do passamento.

- A declaração deixada pela irmã falecida, indicando a parte autora como pessoa designada para recebimento da pensão por morte, não gera direito à concessão do benefício, pois o óbito da segurada ocorreu posteriormente à Lei 9.032/95, que revogou o inc. IV do art. 16 da Lei 8.213/91, excluindo a pessoa designada do rol de dependentes previdenciários. Princípio do *tempus regit actum* (Súm. 340 ST).

- Qualidade de dependente da parte autora não demonstrada, principalmente, pelo fato de ser beneficiária de aposentadoria por idade, demonstrando que teve vida produtiva.

- Isenção de condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais. Precedentes desta Corte.

- A apelação do INSS provida. Apelação da parte autora prejudicada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de agosto de 2009.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

Trata-se de ação em que a parte autora, na qualidade de irmã de Iracema Rodrigues da Cruz, falecida em 27.09.97 (fls. 13), busca o reconhecimento do direito à pensão por morte.

A parte autora nasceu em 03.07.14 e contava com 83 (oitenta e três) anos de idade ao tempo do aforamento da demanda.

Documentos (fls. 09-20).

Assistência judiciária gratuita (fls. 21).

Citação aos 16.03.98 (fls. 25).

O INSS apresentou contestação (fls. 34-36).

A sentença, prolatada aos 02.12.98, julgou procedente o pedido, desde a data do óbito. Não foi determinada a remessa oficial (fls. 56-59).

A parte autora interpôs apelação para requerer o pagamento de atrasados, desde a data do óbito até o requerimento administrativo, e que o benefício seja fixado em 100% (cem por cento) do salário-de-benefício (fls. 79-82).

Contra-razões (fls. 86-87).

O INSS interpôs apelação para pugnar pela improcedência do pedido (fls. 88-90).

Contra-razões (fls. 98-103).

Vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

A Constituição Federal assegura a cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (art. 201, I, da CF).

A norma de regência da pensão por morte observa a data do óbito, porquanto é o momento em que devem estar presentes todas as condições necessárias e o dependente adquire o direito à prestação. Assim, ocorrido o falecimento em 27.09.97, conforme certidão de óbito de fls. 13, disciplina o benefício a Lei nº 8.213/91, artigos 74 e seguintes, com as alterações da Lei 9.032/95 e sem as alterações da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1.997.

Depreende-se da análise do citado artigo que a pensão em tela é devida “ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida”.

Assim, para a concessão do benefício pleiteado, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a relação de dependência do pretendente para com o *de cujus* e a qualidade deste, de segurado da Previdência Social, à época do passamento, independentemente de cumprimento de período de carência.

A declaração deixada pela irmã falecida da parte autora em CTPS, datada de 31.01.92, indicando-a como pessoa designada para recebimento da pensão por morte, não gera direito à concessão do benefício.

De efeito, o óbito do segurado ocorreu posteriormente à Lei 9.032/95, que revogou o inc. IV do art. 16 da Lei 8.213/91, excluindo a pessoa designada do rol de dependentes previdenciários, de modo que não possui a parte autora a qualidade de dependente.

Destarte, consoante já exarado, a legislação a ser aplicada ao caso presente é a vigente na data do óbito. Consagração do

Princípio do *tempus regit actum*.

A matéria foi sumulada pelo C. STJ:

“A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado” (Súmula 340).

Finalmente, na condição de irmã, o artigo 16 da Lei nº 8213/91, assegura o direito colimado pela parte autora, somente até o implemento dos vinte e um anos de idade ou se demonstrada a invalidez, nos seguintes termos:

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

III- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§ 4 A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e as demais deve ser comprovada”.

Resta evidenciado do texto legal supra-mencionado que a dependência econômica deve ser comprovada, o quê não restou demonstrado nos autos presentes, principalmente, pelo fato de a parte autora ser beneficiária de aposentadoria por idade (benefício espécie 41 - fls. 52).

Ademais, após o implemento dos 21 (vinte e um) anos de idade, há de ser comprovada a invalidez do requerente. No caso presente, a parte autora teve vida produtiva, vindo a aposentar-se por idade em decorrência de seu trabalho, não restando caracterizada a invalidez consoante a legislação de regência.

A jurisprudência desse Tribunal perfilha tal entendimento:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR. ÓBITO DO SEGURADO. VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91. FATO GERADOR. EVENTO MORTE. A concessão de benefício previdenciário pensão por morte tem como fato gerador a morte do segurado.

Não se enquadra nas disposições do art. 16 da Lei 8.213/91 filha maior não considerada inválida.

Recurso desprovido.” (STJ, RE nº 721012, proc. nº 2005/0014539-6, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 09.05.05, p. 473).

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS DE IDADE CAPAZ E UNIVERSITÁRIA. ART 16 E 77, § 2º DA LEI Nº 8.213/91. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO.

- O legislador ordinário estabeleceu idade limite para recebimento de pensão de filho dependente, fixando a obrigatoriedade da manutenção do benefício da previdência social até os 21 (vinte e um) anos de idade.

- Filha maior de 21 (vinte e um) anos e capaz, mesmo que estudante universitária, perde o direito ao recebimento de pensão temporária, pelo falecimento do genitor.

- Recurso provido.”

(TRF 2ª Região, AC nº 338772, proc. nº 200251015236750, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Fernando Marques, DJU 11.05.04, p. 160).

Portanto, na situação vertente, a requerente da pensão por morte, não preenche a condição de dependente da falecida a teor do disposto no artigo 16 da Lei 8.213/91.

Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v. u., DJU 23.06.06, p. 460).

Posto isso, voto no sentido de DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO. PREJUDICADA A APELAÇÃO DA PARTE AUTORA. Verbas sucumbenciais na forma explicitada.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**Registro 2000.61.02.010013-0**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA LUIZA ALEIXO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: ApelReex 809634
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2009

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL. AUXILIAR DE COPA E COZINHA NA FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM-ESTAR DO MENOR - FEBEM. COMPROVAÇÃO DA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS POR PROVA PERICIAL. INSALUBRIDADE RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ÓBICE À CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PARA COMUM APÓS 28 DE MAIO DE 1998.

I - Não é o caso de remessa oficial, em face da ausência de liquidez da sentença recorrida, não se enquadrando a hipótese nas previstas no art. 475 do Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/2001.

II - A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo; tal entendimento visa não só amparar o próprio segurado contra eventuais alterações desfavoráveis perpetradas pelo Instituto autárquico, mas tem também por meta, induvidosamente, o princípio da segurança jurídica, representando uma garantia, ao órgão segurador, de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que expressamente prevista.

III - A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial, conforme já de há muito pacificado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, através de sua Súmula nº 198, orientação, ademais, que vem sendo seguida pelo Superior Tribunal de Justiça.

IV - A partir da edição do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, restou alterado o conceito de “trabalho permanente”, com o abrandamento do rigor excessivo antes previsto para a hipótese, conforme a nova redação do art. 65 do Decreto nº 3.048/99.

V - Permanece viável a conversão de tempo de serviço especial para comum mesmo após 28 de maio de 1998, por não ter a Lei nº 9.711/98 revogado o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91. Aplicação de entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.896-6 / DF. Incidência da norma posta no art. 167 da Instrução Normativa INSS/DC nº 95/2003, na redação da Instrução Normativa INSS/DC nº 99/2003.

VI - A atividade de auxiliar de copa e cozinha exercida pela apelada no período de 17.06.1986 a 28.05.1998 junto à Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), conforme formulário DSS-8030 dá conta de que o local onde desempenhou as atividades era uma cozinha central, atuando nas diversas atividades envolvidas no preparo de refeições para os internos e para os funcionários da instituição, bem como a posterior limpeza do local e dos utensílios de cozinha e os utilizados pelos internos, executando as tarefas de modo habitual e permanente.

VII - O laudo pericial reconheceu a existência de riscos físicos (calor, frio, umidade), ergonômicos (deslocamento de peso excessivo) e biológicos (contato com portadores de doenças infecto-contagiosas) no local do trabalho da apelada.

VIII - A atividade de auxiliar de copa e cozinha da FEBEM pode ser equiparada àquelas prevista nos Códigos 1.3.2 e 2.1.3 do Quadro a que se refere o artigo 2º do Decreto nº

53.831/64, e nos Códigos 1.3.4 e 2.1.3 dos Anexos I e II, respectivamente, do Decreto 83.080/79.

IX - Descabe falar-se que a natureza especial do trabalho prestado pela apelada tem seu limite na edição do Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, por força da inexistência de previsão de nocividade dos agentes a que exposto o autor no Anexo IV do diploma regulamentar em comento, porque as condições que determinavam a insalubridade em época anterior a 05 de março de 1997 não desapareceram por conta da simples edição do decreto (mormente em se considerando que o caráter especial de uma atividade não está restrito à sua indicação em norma legal, podendo ser extraída de qualquer trabalho, desde que afirmada sua natureza insalubre, penosa ou perigosa).

X - O próprio Decreto nº 3.048/99, que veio suceder o Decreto nº 2.172/97, traz em seu Anexo IV previsão em tudo semelhante àquelas presentes nos regulamentos anteriores, ao inserir, no Código 3.0.0, “exposição aos agentes citados unicamente nas atividades relacionadas.”, a sujeição a microorganismos e parasitas infecciosos vivos e suas toxinas no Código 3.0.1.a (“trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infecto-contagiosas ou com manuseio de materiais contaminados”).

XI - O mesmo Regulamento de Benefícios reconhece expressamente o risco biológico a que estão submetidos os trabalhadores em cozinhas industriais, conforme mencionado nos Itens XI e XXV do seu Anexo II.

XII - De rigor a averbação, como especial, da atividade de auxiliar de copa e cozinha exercida no período de 17.06.1986 a 28.05.1998, na qualidade de funcionária da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM, com a expedição da certidão de tempo de serviço respectiva.

XIII - A verba honorária deve ser fixada em 15% do valor dado à causa.

XIV - Tutela jurisdicional antecipada de ofício para que o

INSS proceda à imediata averbação do tempo de serviço em causa, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada, em caso de descumprimento. XV - Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS desprovida. Recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial, negar provimento ao apelo e dar provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de agosto de 2009.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada em 02 de agosto de 2000 por Maria Luiza Aleixo em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento da natureza especial de atividades exercidas e a consequente condenação do INSS a expedir a certidão de tempo de serviço.

A sentença julgou procedente a ação para declarar a existência de relação jurídica entre a autora e a autarquia que obriga o INSS a considerar, para efeito de concessão de benefício previdenciário, que o período de tempo de serviço compreendido entre 17.06.1986 a 28.05.1998, na função de auxiliar de copa e cozinha, foi exercido em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, o que confere à autora o direito à conversão em tempo de atividade comum, mediante o acréscimo de 20%, totalizando 14 anos, 03 meses e 18 dias de tempo de serviço e condenou o INSS a expedir a competente certidão de tempo de serviço. Por sua sucumbência, o Instituto foi condenado ao pagamento de honorários

advocatícios fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais), devidamente corrigidos de conformidade com o Provimento nº 26, de 10.09.2001, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região. Sem condenação em custas.

A sentença, prolatada em 13 de março de 2002, foi submetida ao reexame necessário.

Irresignada, apela a autarquia, em cujas razões sustenta não ter sido provado o caráter insalubre da atividade, tendo em vista que o laudo pericial foi genérico e inconclusivo, bem como a apelada desenvolveu atividade de copa e cozinha, e, portanto, não estava exposta a atividades de risco. Exercendo a eventualidade, requer a redução da verba honorária para 5% (cinco por cento) do valor do débito.

A parte autora interpôs recurso adesivo, em que requer a majoração da verba honorária à razão de 15% (quinze por cento) do valor dado à causa.

Foram apresentadas contrarrazões.

Pelo despacho de fls. 194, foi determinada a apresentação, pela autarquia, de cópia do procedimento administrativo instaurado por conta do requerimento perante o Instituto, medida cumprida pelo INSS por meio do ofício de fls. 196 (documentos de fls. 197/217), e sobre a qual as partes não se manifestaram.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Não é o caso de remessa oficial, em face da ausência de liquidez da sentença recorrida, não se enquadrando a hipótese nas previstas no art. 475 do Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.352/2001.

Discute-se acerca do acerto, ou não, das pretensões de averbação de tempo de serviço de condição especial.

No tocante ao tempo de serviço especial, deixo assentado, antes de mais nada, que a legislação aplicável ao reconhecimento

da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo; tal entendimento visa não só amparar o próprio segurado contra eventuais alterações desfavoráveis perpetradas pelo Instituto autárquico, mas tem também por meta, indubitavelmente, o princípio da segurança jurídica, representando uma garantia, ao órgão segurador, de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que expressamente prevista.

Realço, também, que a atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial, conforme já de há muito pacificado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, através de sua Súmula nº 198, orientação, ademais, que vem sendo seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se vê de V. Acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. GUARDA-NOTURNO. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL.

1. É indubitoso o direito do segurado, se atendidos os demais requisitos, à aposentadoria especial, em sendo de natureza perigosa, insalubre ou penosa a atividade por ele exercida, independentemente de constar ou não no elenco regulamentar dessas atividades.

2. ‘Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.’ (Súmula do extinto TFR, Enunciado nº 198).

3. Recurso conhecido.”

(REsp nº 234.858 - RS, 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, unânime, DJU de 12.5.2003).

Posto isso, impõe-se verificar se cumpridas as exigências

legais para a caracterização da natureza especial das atividades ventiladas na exordial.

Até o advento da Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do citado Decreto nº 83.080/79 e Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, os quais foram ratificados expressamente pelo artigo 295 do Decreto nº 357, de 07 de dezembro de 1991, que “Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social” e pelo artigo 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, que “Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991, e incorpora as alterações da legislação posterior”.

Com a edição da Lei nº 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, conforme a nova redação então atribuída ao § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

“§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.”

Confira-se, nesse sentido, uma vez mais, a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, através da ementa a seguir transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA EM QUE OS SERVIÇOS FORAM PRESTADOS. CONVERSÃO EM COMUM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. LEI 9.032/95 E DECRETO 2.172/97. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.

II - A exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos, estabelecida no § 4º do art. 57 e §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei 8.213/91, este na redação da Lei 9.732/98, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada a situações pretéritas.

III - Até o advento da Lei 9.032/95, em 29-04-95, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta Norma, a comprovação atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 05-03-97, que regulamentou a MP 1523/96 (convertida na Lei 9.528/97), que passou a exigir laudo técnico.

IV - O § 5º, do artigo 57 da Lei 8.213/91, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei 9.711/98, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial em comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da MP 1.663-10, em 28-05-98, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95.

V - Agravo interno desprovido.”

(AgRg no REsp nº 493.458 - RS, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, unânime, DJU de 23.6.2003).

Registro, por oportuno, ter sido editada a controversa

Ordem de Serviço nº 600/98, alterada pela Ordem de Serviço nº 612/98, estabelecendo certas exigências para a conversão do período especial em comum, quais sejam:

a) a exigência de que o segurado tenha direito adquirido ao benefício até 28 de maio de 1998, véspera da edição da Medida Provisória 1.663-10, de 28 de maio de 1998;

b) se o segurado tinha direito adquirido ao benefício até 28 de abril de 1995 - Lei nº 9.032/95 -, seu tempo de serviço seria computado segundo a legislação anterior;

c) se o segurado obteve direito ao benefício entre 29 de abril de 1995 - Lei nº 9.032/95 - e 05 de março de 1997 - Decreto nº 2.172/97 -, ou mesmo após esta última data, seu tempo de serviço somente poderia ser considerado especial se atendidos dois requisitos: 1º) enquadramento da atividade na nova relação de agentes agressivos; e 2º) exigência de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos para todo o período, inclusive o anterior a 29 de abril a 1995.

Em resumo, as ordens de serviço impugnadas estabeleceram o termo inicial para as exigências da nova legislação relativa ao tempo de serviço especial.

E com fundamento nesta norma infralegal é que o INSS passou a denegar o direito de conversão dos períodos de trabalho em condições especiais.

Ocorre que, com a edição do Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003, que deu nova redação ao artigo 70 do Decreto nº 3.048 - Regulamento da Previdência Social -, de 06 de maio de 1999, verificou-se substancial alteração do quadro legal referente à matéria posta a desate, não mais subsistindo, a partir de então, o entendimento posto nas ordens de serviço em referência.

Isso é o que se deduz da norma agora posta no citado artigo 70 do Decreto nº 3.048/99, *verbis*:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Importante realçar, no particular, ter a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmado orientação no sentido da inviabilidade da conversão de tempo de serviço especial para comum, em relação à atividade prestada após 28 de maio de 1998, segundo os julgados cujas ementas transcrevo, a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. FATOR DE CONVERSÃO. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA EM QUE OS SERVIÇOS FORAM PRESTADOS. CONVERSÃO EM COMUM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PERMITIDA SOMENTE ATÉ 28/05/98.

I - O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado. Se para o reconhecimento do tempo de serviço especial são utilizados os meios de prova previstos na legislação de regência à época em que os serviços foram prestados, o fator de conversão a ser aplicado deve ser aquele previsto na legislação vigente também naquele momento, sob pena de verdadeira contradição.

II - O § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91 passou a ter a redação do art. 28 da Lei 9.711/98, proibindo a conversão do tempo de serviço especial em comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da MP nº 1.663-10, em 28/05/98, quando o referido dispositivo ainda é aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95.

III - É impossível a conversão do período posterior a 28/05/98, que deve ser contado como comum, tendo em

vista que o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91 somente é aplicável até aquela data, a partir da qual aplica-se a redação do art. 28 da Lei 9.711/98.

IV - Agravo desprovido.”

(Agravo Regimental no Recurso Especial nº 438.161/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, unânime, DJU de 07.10.2002).

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. LEI 9.711/98. VEDAÇÃO.

A atividade desenvolvida em condições especiais confere ao segurado o direito de contabilizar o referido tempo de serviço para todos os fins de direito.

Nos termos do art. 28 da Lei 9.711/98, a conversão do período laborado em circunstâncias especiais em tempo de serviço comum é possível no que tange à atividade exercida até 28 de maio de 1998.

Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp nº 492.710/PR, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, unânime, DJU de 28.4.2003).

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 168/STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. LIMITAÇÃO. LEI Nº 9.711/98. 1. Para caracterização da divergência é necessário que haja perfeita similitude fática entre os arestos trazidos a confronto e diferente interpretação dos dispositivos de lei federal aplicáveis, conforme dispõe o art. 266 c.c. art. 255, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. *In casu*, não há semelhança fática entre acórdão que

restringe a contagem do tempo de trabalho prestado até 28 de maio de 1998 sob condições especiais, para efeito de conversão em tempo comum, com aresto que sequer tratou de limitação da conversão, em face de ser o pleito relativo à conversão em comum do tempo de serviço especial, laborado em período bem anterior à data limite da qual abor-da referida legislação.

3. De qualquer sorte, nos termos do Enunciado nº 168 da Súmula do STJ, ‘não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado’.

4. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção têm entendimento consolidado no sentido de que, a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum está limitada ao labor exercido até 28 de maio de 1998. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.”

(Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 603.163/RS, 3ª Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, unânime, DJU de 13.12.2004).

Com amparo nessa orientação, vinha também entendendo pela impossibilidade da conversão de tempo de serviço de natureza especial para comum, após 28 de maio de 1998.

A questão, porém, é de ser repensada.

O § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Lei nº 9.032/95, assim dispôs:

“§ 5º O tempo de trabalho exercido sobre condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.”

Ao ser editada a Medida Provisória nº 1.663-10, de 28 de maio de 1998, inseriu-se a norma do artigo 28, que revogava o citado § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91; a disposição, contudo, não perseverou, eis que, na 13ª reedição da Medida Provisória nº 1.663, foi incluído novo texto para o artigo 28, nos seguintes termos:

“Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nºs 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.”

Editada a Medida Provisória nº 1.663-15, de 22 de outubro de 1998, objeto do Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 1998, resultou na Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, restando inalterado o dispositivo inserto em seu artigo 28, mas deixando de reprisar a revogação do artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, a julgar pelo disposto no artigo 32 da nova lei, que abaixo reproduzo:

“Art. 32. Revogam-se a alínea ‘c’ do § 8º do art. 28 e os arts. 75 e 79 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o art. 127 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e o art. 29 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.”

É de se concluir, portanto, pela ausência de óbice à conversão de tempo de serviço especial para comum mesmo após 28 de maio de 1998, ante a inexistência de lei nesse sentido.

Anote-se, em favor de tal entendimento, ter o Supremo Tribunal Federal afirmado a prejudicialidade de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, dentre outros dispositivos, também

contra a previsão de revogação do § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, justamente porque não reproduzida na Lei nº 9.711/98.

Confira-se a ementa do julgado em referência:

“Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos e expressões contidas na Medida Provisória 1.663-13, de 26 de agosto de 1998. Pedido de liminar.

- Ação que está prejudicada quanto à expressão ‘§ 5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991’ contida no artigo 28 da Medida Provisória nº 1.663,-14, de 1998, porque não foi ele reproduzido na Lei 9.711, de 20.11.98, em que se converteu a citada Medida Provisória.

(...)

Ação de que se conhece em parte, e nela se indefere o pedido de suspensão da eficácia da expressão ‘de contribuição’ contida no artigo 94 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e do § 3º do artigo 126 da mesma Lei, ambos com a redação dada pelo artigo 24 da Lei nº 9.711/98.”

(ADI nº 1.891-6/DF, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, unânime, DJU de 08.11.2002).

Não é demais ressaltar, ainda, que o entendimento ora firmado encontra-se em consonância ao disposto no artigo 201, § 1º, da Constituição Federal, na redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e segundo o qual “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”.

Também sobre o tema, mostra-se oportuno observar que a própria autarquia, em expediente interno, reconhece a inexistência de impedimento à conversão de tempo de serviço especial para comum em qualquer data, conforme se verifica da Instrução Normativa INSS/DC nº 95, de 07 de outubro de 2003, na redação da Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 05 de dezembro de 2003, *verbis*:

“Art. 167. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, conforme a legislação vigente à época da prestação do serviço, será somado após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, qualquer que seja o período trabalhado, com base no Decreto nº 4.827, de 3 de setembro de 2003 (...).”

Diga-se, ainda, ter sido editado o Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, que “Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.0480, de 6 de maio de 1999”.

A partir de então, restou alterado o conceito de “trabalho permanente”, com o abrandamento do rigor excessivo antes previsto para a hipótese, conforme a nova redação do artigo 65 do Decreto nº 3.048/99, nos seguintes termos:

“Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.”

In casu, a apelada alega que na sua atividade de “auxiliar de copa e cozinha/auxiliar de serviços”, prestada no período de 17.06.1986 a 28.05.1998, esteve exposta a agentes agressivos à saúde e à integridade física.

O formulário DSS-8030 juntado pela autora informa:

“Recebe os alimentos preparados na cozinha central, dispondo-os no balcão térmico, para fins de distribuição aos comensais. Serve os alimentos à clientela, colocando-os na bandeja, conforme rotina determinada, para atender as necessidades dos comensais. Executa serviços diversos relacionados ao preparo de alimentos, lavando, descascando e cortando verduras, legumes, para atender as necessidades da área. Recolhe o lixo acumulado na cozinha, acondicionando-os em sacos plásticos a fim de depositá-lo na lixeira. Efetua a lavagem e responde pela guarda dos talheres e utensílios da cozinha, guardava-os nos locais apropriados. Prepara café e lanches, visando atender necessidades dos funcionários das diversas Unidades. Efetua o controle das bandejas e talheres da cozinha, discriminando peça por peça e respectivas quantidades, para manter o estoque e evitar extravios. Efetua a limpeza e arrumação do local de trabalho, para assegurar condições de higiene e bom aspectos ao ambiente. Executa outras tarefas correlatas a critério do Superior Imediato. A funcionária executa as tarefas acima descritas, de modo habitual e permanente”.

O laudo pericial reconheceu a existência de riscos físicos (calor, frio, umidade), ergonômicos (deslocamento de peso excessivo) e biológicos (contato com portadores de doenças infecto-contagiosas) no local do trabalho da apelada.

O laudo constatou ainda que não eram fornecidos EPIs.

A prova testemunhal colhida na audiência realizada em 26.11.2001 se fez em harmonia com o conjunto probatório arrecadado.

A testemunha Jorge da Conceição Henriques declarou: “Conhece a autora, tendo trabalhado com ela na FEBEM de Batatais. O depoente não trabalha mais na FEBEM desde 11 de dezembro de 2000. Trabalhou com a autora desde 1986 até 1998, ocasião em que a autora foi para a FEBEM de São Paulo e o depoente para a FEBEM de Ribeirão Preto. Em Batatais o depoente era monitor e a autora trabalhava na cozinha. Diz que ela tinha outras funções, tais como de limpeza, cuidar dos menores, contagem de roupa. Na cozinha a autora cozinhava, lavava louças, recolhia o lixo. O lixo era jogado nos quintais dos lares, num buraco. Tais buracos ficavam ali até encher, depois era jogada terra em

cima e abria-se outros. Havia ‘bigatos’ e moscas em razão do lixo. As brigas entre menores eram comuns, algumas vezes eram violentas. Não sabe de nenhum incidente que tenha envolvido a autora. A autora apanhava a roupa suja dos menores, fazia trouxas e enviava para a lavanderia. As vezes as roupas estavam sujas de sangue ou fezes, o que não acontecia todo dia, mas acontecia... Os menos às vezes apresentavam doenças como sarna, fogo selvagem. Não era fornecido equipamento para a autora lidar com o lixo ou roupa suja. A cozinha era bastante quente. Na cozinha central havia uma câmara fria, com a qual autora também lidava. A câmara era de um tamanho que possibilitava o ingresso de uma pessoa lá dentro. Roupas adequadas para esta mudança de temperatura não eram fornecidas”.

A testemunha Aécio Augusto Uliana narrou: “Trabalha na Febem de Ribeirão Preto. Trabalhou na FEBEM de Batatais, cuja destinação era abrigar menores carentes. O depoente trabalhou na FEBEM de Batatais, de 1986 a 1998. A autora também trabalhou na FEBEM de Batatais, como auxiliar de copa e cozinha. A autora também começou a trabalhar na FEBEM em 1986 e foi para a FEBEM de Ribeirão Preto em 1998. A autora fazia comida, mexia com a câmara fria. Quando ela saía da cozinha (*sic*), ela fazia a contagem de roupa de cama usada. Ela não usava equipamentos de proteção. Não sabe se ela chegou a ser agredida por menores abrigados. A autora retirava o lixo da cozinha e levava para a lixeira. O lixo era jogado em um buraco a céu aberto. Afirma que havia baratas e ratos. A autora também conferia roupa pessoal dos menores, às vezes sujas de sangue e fezes. Afirma que os menores tinham doenças de pele. No refeitório, os menores usavam talheres de inox. Afirma que eles costumavam brigar. Havia brigas com ferimentos. Afirma que ela mesmo sendo funcionária da copa era obrigada a apartar as brigas”.

As constatações do Sr. Perito, cuja manifestação, aliás, só faz revelar algo que é de notório conhecimento, corroboram por completo o formulário DSS fornecido pela empregadora, permitindo concluir, com acerto, pela exposição da apelada a agentes biológicos, tendo em vista que a atividade em questão mostra-se, a

um só tempo, perigosa e insalubre, em face não somente do tipo de trabalho desempenhado, mas também pelos riscos à segurança pessoal em que prestado.

Do exposto, tem-se que a atividade de auxiliar de copa e cozinha da FEBEM pode ser equiparada àquela prevista nos Códigos 1.3.2 (“GERMES INFECCIOSOS OU PARASITÁRIOS HUMANOS - ANIMAIS: Serviços de Assistência Médica, Odontológica e Hospitalar em que haja contato obrigatório com organismos doentes ou com materiais infecto-contagiantes./Trabalhos permanentes expostos ao contato com doentes ou materiais infecto-contagiantes - assistência médico, odontológica, hospitalar e outras atividades afins.” (e 2.1.3 (“MEDICINA, ODONTOLOGIA, ENFERMAGEM/Médicos, Dentistas, Enfermeiros” (do Quadro a que se refere o artigo 2º do Decreto nº 53.831/64; e nos Códigos 1.3.4 (“*Doentes ou materiais infecto-contagiantes*/Trabalhos em que haja contato permanente com doentes ou materiais infecto-contagiantes (atividades discriminadas entre as do código 2.1.3 do Anexo II: médicos, médicos-laboratoristas (patologistas), técnicos de laboratório, dentistas, enfermeiros).” (e 2.1.3 (“MEDICINA-ODONTOLOGIA-FARMÁCIA E BIOQUÍMICA-ENFERMAGEM-VETERINÁRIA/(...) Enfermeiros (expostos aos agentes nocivos - código 1.3.0 do Anexo I). (...)” (dos Anexos I e II, respectivamente, do Decreto 83.080/79.

De outra parte, descabe falar-se que a natureza especial do trabalho prestado pelo apelado tem seu limite na edição do Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, por força da inexistência de previsão de nocividade dos agentes a que exposto o autor no Anexo IV do diploma regulamentar em comento.

A assertiva não prospera, primeiro porque as condições que determinavam a insalubridade em época anterior a 05 de março de 1997 não desapareceram por conta da simples edição do decreto (para tanto, seria preciso que a FEBEM sofresse uma transformação de tal ordem nas suas práticas que não se imagina seja possível sequer a médio prazo (, mormente em se considerando, como já afirmado, que o caráter especial de um trabalho não está restrito à sua indicação em norma legal, podendo ser extraída de

qualquer atividade, desde que afirmada sua natureza insalubre, penosa ou perigosa.

A tanto, acrescenta-se que o próprio Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, que veio suceder o Decreto nº 2.172/97, traz em seu Anexo IV previsão em tudo semelhante àquelas presentes nos regulamentos anteriores, ao inserir, no Código 3.0.0, “exposição aos agentes citados unicamente nas atividades relacionadas.”, a sujeição a microorganismos e parasitas infecciosos vivos e suas toxinas no Código 3.0.1.a (“trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infecto-contagiosas ou com manuseio de materiais contaminados”).

Ademais, o mesmo Regulamento de Benefícios reconhece expressamente o risco biológico a que estão submetidos os trabalhadores em cozinhas industriais, conforme mencionado nos Itens XI e XXV do seu Anexo II, que transcrevo:

“REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL
ANEXO II - Alterado pelo DECRETO Nº 6.042 - DE 12
DE FEVEREIRO DE 2007 - DOU DE 12/2/2007
AGENTES PATOGÊNICOS CAUSADORES DE DOENÇAS
PROFISSIONAIS OU DO TRABALHO, CONFORME
PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 8.213, DE 1991
BIOLÓGICOS

XXV - MICROORGANISMOS E PARASITAS INFECCIOSOS VIVOS E SEUS PRODUTOS TÓXICOS

1. Mycobacterium; vírus hospedados por artrópodes; coccidióides; fungos; histoplasma; leptospira; rickettsia; bacilo (carbúnculo, tétano); ancilóstomo; tripanossoma; pasteurella.
2. Ancilóstomo; histoplasma; coccidióides; leptospira; bacilo; seps.
3. Mycobacterium; brucellas; estreptococo (erisipela); fungo; rickettsia; pasteurella.
4. Fungos; bactérias; mixovírus (doença de Newcastle).
5. Bacilo (carbúnculo) e pasteurella.
6. Bactérias; mycobacteria; brucella; fungos; leptospira;

vírus; mixovírus; rickettsia; pasteurella.

7. Mycobacteria, vírus; outros organismos responsáveis por doenças transmissíveis.

8. Fungos (micose cutânea).

Agricultura; pecuária; silvicultura; caça (inclusive a caça com armadilhas); veterinária; curtume.

Construção; escavação de terra; esgoto; canal de irrigação; mineração.

Manipulação e embalagem de carne e pescado.

Manipulação de aves confinadas e pássaros.

Trabalho com pêlo, pele ou lã.

Veterinária.

Hospital; laboratórios e outros ambientes envolvidos no tratamento de doenças transmissíveis.

Trabalhos em condições de temperatura elevada e umidade (cozinhas; ginásios; piscinas; etc.).

- DOENÇAS AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL

XI - Dermatofitose (B35.-) e Outras Micoses Superficiais (B36.-) Exposição ocupacional a fungos do gênero *Epidermophyton*, *Microsporum* e *Trichophyton*, em trabalhos em condições de temperatura elevada e umidade (cozinhas, ginásios, piscinas) e outras situações específicas de exposição ocupacional. (Z57.8) (Quadro XXV)".

Desse modo, não há óbice algum ao reconhecimento do caráter especial da atividade de auxiliar de copa e cozinha exercida no período de 17.06.1986 a 28.05.1998, ambas na qualidade de funcionária da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM.

A verba honorária deve ser fixada em 15% do valor dado à causa.

Isto posto, não conheço da remessa oficial, nego provimento à apelação e dou provimento ao recurso adesivo para fixar a verba honorária em 15% do valor dado à causa.

Antecipo, de ofício, a tutela jurisdicional para que o INSS

proceda à imediata averbação do tempo de serviço em causa.

Oficie-se à autoridade administrativa para cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada, em caso de descumprimento.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
Registro 2001.03.99.003654-8

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: BONEBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E
EXPORTAÇÃO DE BONÉS E CONFECÇÕES EM GERAL LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO
Classe do Processo: AMS 214676
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2009

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. REGIME ESPECIAL DE TRÂNSITO ADUANEIRO. ART. 252 DO DECRETO Nº 91.030/95 (REGULAMENTO ADUANEIRO). COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NA ESPÉCIE. INSUBSISTÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO ANTE A CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

I – O regime especial de trânsito aduaneiro permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos, respeitadas as condições impostas nos arts. 254 e 257 do Regulamento Aduaneiro instituído pelo Decreto nº 91.030/95.

II – Verificado o cumprimento das exigências contidas na norma de regência, impõe-se a concessão do regime aduaneiro requerido pela impetrante, restando insubsistente o ato administrativo carente de fundamentação.

III – Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas precedentes que integram o presente julgado.

São Paulo, 18 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora):

Trata-se de *writ* impetrado por Bonebrás Indústria e Comércio de Importação e Exportação de Bonés e Confecções em Geral Ltda. contra ato praticado pelo Sr. Inspetor da Alfândega no Aeroporto de Guarulhos objetivando a concessão do regime especial de trânsito aduaneiro a mercadoria importada (5.400 peças de shorts masculinos, conforme Termo de Acordo nº 388/97 – fls. 38/39), com o fim de assegurar seu trânsito aduaneiro até Fortaleza/CE, local de despacho da referida mercadoria.

Sustenta, em síntese, ter obtido a concessão do regime especial de trânsito aduaneiro perante a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, por meio do Termo de Acordo nº 388/97, o qual diferiu o pagamento do ICMS incidente sobre a referida importação para até trinta dias após o desembaraço aduaneiro.

Deferida a medida *initio litis*, sobreveio sentença concessiva da ordem. Submetido o r. “*decisum*” ao necessário reexame.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal a legitimidade do ato administrativo combatido, e pugna, a final, pela reversão do julgado.

Processado o recurso, vieram os autos a esta Corte, tendo o ilustre representante do Ministério Público Federal opinado pela manutenção do r. *decisum*.

É o relatório.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -
Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora):

Tenho que não merece reparo o r. *decisum* singular que bem aplicou o direito à espécie.

Pretende a Impetrante, via do presente *writ*, obter a concessão do regime especial de trânsito aduaneiro, previsto no art. 252 do Regulamento Aduaneiro instituído pelo Decreto nº 91.030/95, para o fim de assegurar o trânsito aduaneiro de mercadoria importada (5.400 peças de shorts masculinos, conforme Termo de Acordo nº 388/97 – fls. 38/39) até Fortaleza/CE, local de despacho da referida mercadoria.

Nos termos do art. 252 do Regulamento Aduaneiro, o regime especial de trânsito aduaneiro “é o que permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos”.

Verifica-se do referido dispositivo legal que o regime especial de trânsito aduaneiro possibilita o deslocamento de mercadoria importada pelo território nacional, desde o local de seu desembarque até aquele aonde será processado seu despacho com a efetiva incidência da tributação aplicável.

Ressalte-se, em que pese legítimo o poder-dever da Autoridade Alfandegária de exercer a fiscalização aduaneira sobre mercadorias procedentes do exterior, certo é que referida atividade, dado seu caráter vinculado, subordina-se aos limites impostos por lei, *in casu*, o Regulamento Aduaneiro instituído pelo Decreto nº 91.030/95, o qual estabelece em seus arts. 254 e 257:

“Art. 254 – Entende-se por operações de trânsito aduaneiro a operação de transporte de mercadoria do local de origem ao local de destino, sob controle aduaneiro.

Parágrafo único – São modalidades de operação de trânsito aduaneiro:

I) O transporte de mercadoria procedente do exterior, do ponto de descarga no território aduaneiro até o ponto onde deva ocorrer outro despacho;

(...)”

“Art. 257 – São beneficiários do regime, nas operações de que trata o parágrafo único do art. 254:

I) o importador, nas hipóteses referidas nos incisos I e VI”

Ademais, nos termos das informações prestadas pela Autoridade Alfandegária, (fls. 62/66) o motivo da recusa à concessão do regime especial de trânsito aduaneiro embasou-se em “insistentes e constantes denúncias de subfaturamento na importação de produtos têxteis”, e teve por amparo legal os arts. 10 e 263 do já citado Regulamento Aduaneiro, *verbis*:

“Art. 10 - Em tudo o que interessar à fiscalização aduaneira na zona primária, a autoridade aduaneira tem precedência sobre as demais que ali exerçam suas atribuições.
(...)

Parágrafo 2º - A precedência de que trata este artigo implica, igualmente:

(...)

II) que, no que interessar à Fazenda Nacional, a disciplina da entrada, permanência, movimentação e saída de pessoas, veículos, unidades de carga e mercadorias, na zona primária, é de competência da autoridade aduaneira, sem prejuízo das atribuições de outros órgãos.”

“Art. 263 – O Secretário da Receita Federal poderá, em ato normativo, vedar a concessão do regime de trânsito aduaneiro para determinadas mercadorias, ou em determinadas situações quando motivos de ordem econômica, fiscal ou outras razões relevantes o aconselharem”

Deveras, a interpretação sistemática dos comandos normativos retro transcritos leva à conclusão de que, tendo a Impetrante procedido com observância dos requisitos estabelecidos na normação de regência e obtido o consentimento da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, por meio de termo de acordo firmado especificamente para a importação das mercadorias em questão, impõe-se a concessão do pleiteado regime especial de trânsito aduaneiro.

Transcrevo, por oportuno, trecho do parecer exarado pela ilustre representante do *Parquet* Federal, Procuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia:

“Parece que assiste razão à impetrante. A análise dos autos possibilita concluir que não há indícios de subfaturamento das mercadorias relacionadas na Fatura nº DF 1098/97, a justificar a suspensão do Regime Especial de Trânsito Aduaneiro pela impetrada.

Verifica-se que o ‘Termo de Acordo’ nº 388/97 (fls. 38/39), celebrado entre a impetrada e a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, expressamente relaciona a natureza das mercadorias, a quantidade e o valor de suas unidades tal como discriminado na Fatura nº DF 1098/97 (fls. 36), e cuja importação é objeto do benefício do Regime Especial de Tributação.

Ademais, conclui-se que sem razão a autoridade impetrada julgou serem insuficientes os documentos apresentados pela impetrante, determinando a suspensão do benefício em questão sob o fundamento de que são muitas as denúncias de subfaturamento a ensejar a retenção de mercadorias importadas.

De qualquer maneira, mesmo que tenha havido subfaturamento, não é o fato de se admitir o regime de trânsito aduaneiro que impedirá a cobrança dos tributos devidos, e que poderão ser apurados no local e perante a autoridade fiscal que promover o despacho aduaneiro”

Nesse sentido, o entendimento de nossas Cortes Regionais:

“ADMINISTRATIVO. ADUANEIRA. DESEMBARAÇO. TRÂNSITO ADUANEIRO. CONTINUIDADE DOS TRÂMITES. OCORRÊNCIA NO LOCAL DE DESTINO. RETENÇÃO DE BENS SEM LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 2/01.

1. Discute-se o direito à liberação de mercadorias perecíveis, retidas indevidamente pela autoridade, para averiguação de irregularidades no âmbito da empresa do importador, fundamentada na IN/SRF 2/2001.
2. A apreensão de bens pela autoridade é justificável em determinadas situações e por prazo determinado, desde que imprescindíveis para o seu posterior desembaraço, como, por exemplo, para serem periciadas, destinadas a uma correta valoração ou, ainda, no caso de conhecimento de fato ou da existência de indícios que requeiram a necessidade de sua verificação.
3. A Instrução Normativa nº 2/01, ao disciplinar a prática de atos perante o Cadastro Nacional, estabelece, no artigo Art. 25 que:
‘Será considerada inexistente de fato a pessoa jurídica (...):
II - que não for localizada no endereço informado à SRF, quando seus titulares também não o forem; ...’. Entretanto, além de não ter sido lavrado o respectivo auto e instaurado formalmente o procedimento, indicando os fundamentos de fato e de direito da retenção dos bens, não demonstrou haver irregularidade nos atos de importação, relacionados à mercadoria perecível, que justificasse a sua manutenção, por prazo que poderia ensejar a sua destruição.
4. A privação, pela Administração, dos bens ingressos no País, por regular processo de importação que autorizou, sem que estejam presentes atos ilegais perpetrados pelo contribuinte, fere a garantia constitucional do direito de propriedade.
5. O ato administrativo de apreensão de bens deve ser adotado em situações excepcionais, a uma, porque interfere na órbita particular do contribuinte, inviabilizando, em certos casos, o exercício de suas atividades empresariais; a duas, porque não vislumbrando o fisco irregularidades a ensejar o perdimento dos bens, em face da importação autorizada, estará privando o contribuinte de seus bens, sem o devido processo legal.
6. Permitir judicialmente, aquiescendo à legalidade do

procedimento do Fisco, na manutenção de bens perecíveis (revestimentos), retidos à sua disposição, até o encerramento do procedimento fiscal, após ter autorizado a importação, por conferir habilitação à impetrante no SISCOMEX, e considerando o poderoso mecanismo administrativo de cruzamento de informações de natureza contábil-fiscal e de comércio exterior que possui, constantes da base de dados da Secretaria da Receita Federal (SRF), seria ferir o princípio da razoabilidade, pois todo o procedimento encetado pautou-se em uma suposta irregularidade fiscal da empresa, sem o devido processo legal. Precedentes do Supremo (Pet 2.066-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/02/03)

7. Todos os atos administrativos devem ser interpretados à luz da legalidade, porque esta condiciona a conduta de todos os agentes administrativos, representantes do Estado, os quais não poderão praticar atos infringindo esse preceito constitucional, lesando os administrados, sob pena de incorrerem em prática ilegal e abuso de poder.

8. Ademais, não se afigura legal a retenção do bem por autoridade que não o desembaraçará, porquanto o procedimento de Trânsito, como regime aduaneiro especial que é, apenas autoriza que seja transportado para o local de destino, para um futuro desembaraço, onde serão adotados todos os procedimentos cabíveis para a verificação da legalidade da importação e do cumprimento das normas aduaneiras respectivas.

9. Remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF – 3ª Região, REOMS nº 2001.61.04.002577-3, Rel. Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo, j. 14/02/07, p. DJU 07/03/07)

“TRIBUTÁRIO. REGIME ESPECIAL DE TRÂNSITO ADUANEIRO. INDEFERIMENTO. SUSPEITA DE SIMULAÇÃO NA IDENTIFICAÇÃO DO IMPORTADOR DA MERCADORIA. IN SRF 52/2001. MOTIVOS DETERMINANTES NÃO DEMONSTRADOS.

1. Na hipótese, a negativa dos pedidos de trânsito aduaneiro se dá sem guarida da existência de elementos que despertem fundadas suspeitas quanto ao cometimento de infração, porquanto a fiscalização alegou apenas genericamente a incompatibilidade entre o capital social da impetrante e os volumes transacionados no comércio exterior, não trazendo nenhum elemento aos autos que corrobore tal incongruência.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(TRF – 4ª Região, AMS nº 2002.70.08.000196-7, Rel. Des. Fed. Ilan Paciornik, j. 05/12/07, p. D. E. 18/12/07)

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -
Relatora

- Sobre o regime especial de trânsito aduaneiro, veja também o seguinte julgado: AMS 98.03.049928-9/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicada na RTRF3R 71/126.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Registro 2001.03.99.006396-5

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CELSO OLIVETE
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA
Classe do Processo: ApelReex 665972
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2009

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - AÇÃO VISANDO RECONHECIMENTO DE PERÍODO DE ATIVIDADE URBANA - CONJUNTO PARCIALMENTE PROCEDENTE - FILHO QUE TRABALHA COM PAI EM EMPRESAS FAMILIAR - NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO - APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS - JUSTIÇA GRATUITA.

- A Lei 8.213/91, ao garantir a contagem de tempo de serviço, sem anterior registro, exigiu o início de prova material.

- Embora esteja a Administração jungida ao princípio da legalidade, o artigo 131 do Código de Processo Civil garante ao juiz a livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Assim, neste sistema de persuasão racional, há liberdade do juiz na apreciação da prova, não tendo estas valor predeterminado, nem peso legal, ficando ao seu critério a ponderação sobre a sua qualidade ou força probatória, conforme dispõe o artigo 332 do mesmo código.

- Levando-se em conta que, desde o Decreto-lei 5.452, de 01.05.1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, existe legislação que obriga a formalização de contrato de trabalho, bem como, desde a edição da Lei 3.807 de 26.08.1960, Lei Orgânica da Previdência Social, eram obrigatoriamente segurados, os que trabalhavam como

empregados, os titulares de firma individual e os diretores, sócios gerentes, sócios solidários, sócios quotistas, sócios de indústria, trabalhadores autônomos (art. 5º), tem-se como razoável a exigência de início de prova material, contemporânea à época dos fatos, a ser completada por prova testemunhal idônea, para contagem de tempo de serviço do trabalhador urbano, conforme posto na lei previdenciária.

- O conjunto probatório é apto ao reconhecimento da atividade pelo autor entre 01 de janeiro de 1961 a 31 de dezembro de 1972.

- Veja-se, ainda, com vistas ao exaurimento do tema, que a atividade perseguida foi prestada em empresa familiar, na qual o autor, filho do empreendedor, agia como se proprietário fosse.

- Devido à equiparação da mesma condição do pai (empresário), esse tempo de serviço somente poderia ser computado se a autarquia for indenizada pelas contribuições previdenciárias não pagas no período, nos termos do disposto no art. 96, IV, da Lei nº 8.213/91.

- A parte autora não preenche os requisitos necessários necessário para a concessão do benefício vindicado.

- Reduzir os honorários periciais para R\$ 250,00, com parâmetro na Resolução nº 541 de 22.05.2007, do Conselho da Justiça Federal, DJ de 29.05.2007, Seção I, pág. 55.

- A parte autora sucumbente em maior parte está isenta do pagamento de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

- Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora):

Trata-se de ação previdenciária em que o autor pretende o reconhecimento de tempo de serviço urbano, desenvolvido no estabelecimento comercial de seu pai, durante o interstício janeiro de 1960 a setembro de 1975. Aduz que somado o período urbano sem registro em carteira de trabalho às contribuições previdenciárias efetivadas aos cofres públicos faz jus à aposentadoria por tempo de serviço.

Constam dos autos: Prova Documental (fls. 08/67; 73 e 119/145); Prova Testemunhal (fls. 103/104).

A nova sentença, proferida em 31 de julho de 2000 (fls. 166/174), julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer o interstício de 01/01/1960 a 30/09/1975. Determinou, ainda, a implantação do benefício de aposentadoria na forma integral desde a citação, devendo as parcelas em atraso serem corrigidas, acrescidas de juros de mora e correção monetária. Os honorários periciais foram fixados em 05 salários mínimos.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformada apela o INSS. Aduz, em síntese que o conjunto probatório não é apto à comprovação da atividade urbana pleiteada, bem como que se faz necessário para o cômputo do período de recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes.

Sem as contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora):

Do tempo de serviço urbano.

Diz o artigo 55, bem como seus respectivos parágrafos da Lei 8.213/91:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I -

II -

III -

V -

VI -

§ 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”.

Certo é pois que o legislador, ao garantir a contagem de tempo de serviço, sem anterior registro, exigiu o início de prova material.

Atente-se, contudo, que embora esteja a Administração jungida ao princípio da legalidade, o artigo 131 do Código de Processo Civil garante ao juiz a livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Assim, neste sistema de persuasão racional, há liberdade do juiz na apreciação da prova, não tendo esta valor predeterminado, nem peso legal, ficando ao seu critério a ponderação sobre a sua qualidade ou força probatória, conforme dispõe o artigo 332 do mesmo código.

Todavia, levando-se em conta que, desde o Decreto-lei 5.452, de 01.05.1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, existe legislação que obriga a formalização de contrato de trabalho, bem como, desde a edição da Lei 3.807 de 26.08.1960, Lei Orgânica da Previdência Social, eram obrigatoriamente segurados, os que trabalhavam como empregados, os titulares de firma individual e os diretores, sócios gerentes, sócios solidários, sócios quotistas, sócios de indústria, trabalhadores autônomos (art. 5º), tenho como razoável a exigência de início de prova material, contemporânea à época dos fatos, a ser completada por prova testemunhal idônea, para contagem de tempo de serviço do trabalhador urbano, conforme posto na lei previdenciária.

No caso, há início de prova material consubstanciado nas diversas notas fiscais e recibos abrangendo o período entre 1961 a 1972, no quais consta a assinatura do requerente, posteriormente, confirmada pelo laudo pericial grafotécnico juntado às fls. 119/145. Também restou provada a existência da empresa de seu genitor.

Ademais, as testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório e cientes das penas por falso testemunho, corroboraram o referido documento.

Todavia, não há documentos que abarquem o ano de 1960 e de a partir de 1973.

Assim, joeirado o conjunto probatório, entendo que restou demonstrado o trabalho urbano apenas no lapso de 01.01.1961 a 31.12.1972.

Pondere-se, ainda, com vistas ao exaurimento do tema, que toda a atividade ocorreu em empresa familiar. A praxe, nesses casos, é a co-participação dos membros no empreendimento de sua família, que tem os resultados revertidos para a sobrevivência e o bem estar de todos os seus integrantes. Mesmo que legalmente os pais sejam os proprietários constituídos, seus descendentes nela atuam como se também o fossem. Auxiliam no sentido de resguardar os interesses do negócio e do patrimônio que, no futuro, poderão herdar.

Confira-se, ademais, a jurisprudência desta E. Corte:

“PREVIDENCIA SOCIAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE LABORATIVA DE BALCONISTA EXERCIDA PELO AUTOR EM EMPRESA FAMILIAR COMO SE FOSSE PROPRIETÁRIO DA MESMA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO DO ARTIGO 96, IV, DA LEI Nº 8.213/91.

1. O início de prova material conjugado com os depoimentos de testemunhas, que revelam a época do exercício de trabalho pelo autor, ensejam a respectiva comprovação para o fim de ser expedida a correspondente certidão de tempo de serviço.

2. Tratando-se de atividade laborativa tida como autônoma ou desempenhada por empresário, é de ser efetuado o recolhimento das contribuições do lapso de tempo trabalhado, em face do disposto no artigo 96, IV, da Lei nº 8.213/91.

3. Preliminares não conhecidas e recurso do INSS a que se dá parcial provimento.”

(TRF 3ª Região, AC 95.03.018379-0, Quinta Turma, Relatora: Juíza Vera Lúcia Jucovsky, v. u., J. 19.04.1999, DJU: 22/06/1999, p. 764).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

CASSADA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR URBANO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE LABORATIVA DE BALCONISTA EXERCIDA EM EMPRESA FAMILIAR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO PELAS CONTRIBUIÇÕES NÃO PAGAS AO TEMPO EM QUE DEVIDAS. ARTIGO 96, IV, LEI Nº 8213/91. LAPSO TEMPORAL LEGALMENTE EXIGIDO NÃO COMPROVADO.

(...)

XI - Tendo o labor sido desenvolvido em empresa familiar, onde o autor agia como se proprietário fosse, deve ser aplicado ao caso o artigo 96, IV, da Lei nº 8.213/91.

XII - Equiparado o autor à mesma condição do pai, ou seja, de titular de firma individual, à época da prestação do trabalho, e sendo segurado obrigatório da Previdência Social, conforme dispunha o artigo 5º, inciso III, da antiga LOPS (Lei nº 3.807, de 26/08/1960), estava obrigado ao recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, nos termos do artigo 79 da mesma lei.

(...).”.

(TRF 3ª Região, AC 98.03.024595-3, Nona Turma, Relatora: Des. Fed. Marisa Santos, v. u., J. 31.05.2004, DJU: 12/08/2004, p. 497).

Assim, esse tempo de serviço somente poderia ser computado se a autarquia fosse indenizada pelas contribuições previdenciárias não pagas no período. Frise-se, ainda, que os empresários são obrigatoriamente filiados ao Regime de Previdência Social.

Tal imposição decorre do disposto no art. 96, IV, da Lei nº 8.213/91 (de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97), o qual reza:

“Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

IV - O tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e multa de 10% (dez por cento).”

Impende observar que a legislação previdenciária traz comando expresse no sentido de permitir aos segurados o direito de indenizar os lapsos desenvolvidos na condição de contribuinte individual, cuja contribuição era ônus do dele efetua-la para fazer jus ao cômputo do tempo correspondente.

Assim, em razão da impossibilidade de se computar o tempo desenvolvido na condição de contribuinte individual, não restou preenchido o requisito temporal necessário para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos pleiteado pelo autor, previsto no art. 52 da Lei nº 8.213/91, assim redigido:

“Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino”.

A parte autora sucumbente em maior parte está isenta do pagamento de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Reduzir os honorários periciais para R\$ 250,00, com parâmetro na Resolução nº 541 de 22.05.2007, do Conselho da Justiça Federal, DJ de 29.05.2007, Seção I, pág. 55.

Da conclusão.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para reduzir os honorários periciais para R\$ 250,00 e para reconhecer a atividade urbana entre 01 de janeiro de 1961 a 31 de dezembro de 1972, bem como para facultar a parte autora

que seja recolhido os valores em atraso no período em que trabalhou como contribuinte individual. Por via, de consequência, julgo improcedente o pleito do autor que verte sobre a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço. A parte autora sucumbente em maior parte está isenta do pagamento de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**Registro 2003.61.26.009722-8**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDSON FONSECA GOMES
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: ApelReex 1185233
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUIZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, CPC. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. REGIME HÍBRIDO. REFORMA PARCIAL DO JULGADO.

- Incidente de juízo de retração, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

- A questão objeto do presente incidente cinge-se, tão somente, à parte do v. acórdão recorrido que entendeu inaplicável as regras de transição previstas no artigo 9º da EC nº 20/98, para fins de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria concedido, com o cômputo de tempo de serviço posterior a promulgação da EC nº 20/98, ao fundamento de que a parte autora já possuía direito adquirido ao referido benefício na data de sua publicação.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu inexistir direito adquirido a determinado regime jurídico, sendo inadmissível o cálculo do benefício previdenciário em conformidade com normas vigentes antes do advento da EC nº 20/98,

quando computar-se tempo de serviço posterior a ela.

- O v. acórdão recorrido ao afastar a incidência das regras de transição para fins do cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido, a par de ter reconhecido o cômputo de tempo de serviço posterior a publicação da EC nº 20/98, aplicou na espécie regime híbrido incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

- Em juízo de retratação, impõe-se a reforma parcial do julgado para, em consonância com o entendimento sufragado no RE nº 575.089-2/RS, afastar a restrição imposta quanto à aplicabilidade do artigo 9º da EC nº 20/98 ao caso dos autos, mantendo no mais o v. acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, reformar parcialmente o julgado para, em consonância com o entendimento sufragado no RE nº 575.089-2/RS, afastar a restrição imposta quanto à aplicabilidade do artigo 9º da EC nº 20/98 ao caso dos autos, mantendo no mais o v. acórdão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de outubro de 2009.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): - Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela e. Vice-Presidente desta Corte, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, em decisão de seguinte teor:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão deste Egrégio Tribunal que, por unanimidade,

deu parcial provimento ao reexame necessário e negou provimento ao recurso de apelação do Instituto Nacional do Seguro Social, mantendo a sentença no que se refere à concessão do benefício de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição.

Da decisão em segunda instância foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados, havendo sido admitida, nessa ocasião, a possibilidade do cômputo de tempo de serviço posterior à data de publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, para efeito de cálculo da renda mensal inicial do benefício, sem a aplicação das regras de transição.

A parte recorrente alega que há repercussão geral a ensejar a admissão do presente recurso, nos termos do artigo 543-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.418/2006.

Sustenta, ainda, que o acórdão recorrido, ao rejeitar os embargos declaratórios, violou o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, incorrendo também, quanto à questão de fundo, em ofensa ao disposto nos artigos 3º e 9º da Emenda Constitucional nº 20/98.

Ocorre que a matéria ora controvertida já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no regime da Lei nº 11.418/2006, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 575.089, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral do tema e decidido, quanto ao mérito, pela impossibilidade de ser computado tempo de serviço posterior à EC nº 20/98 com base na legislação anterior, não obstante a aquisição de direito à aposentadoria proporcional nos termos de seu artigo 3º, conforme denota o aresto que transcrevemos:

‘EMENTA: INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES

ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO. I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários. IV - Recurso extraordinário improvido.’

‘EMENTA. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA SOB A ÉGIDE DA LEI 8.212/91. DIREITO ADQUIRIDO. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL POSTERIOR À EC 20/98. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE.’

‘Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou pelo recorrido a Dra. Vanessa Mirna Barbosa Guedes do Rego. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.09.2008.’

‘Decisão: O Tribunal, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (art. 324, parágrafo único, do RISTF), reputou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, tendo manifestado pela recusa do recurso extraordinário os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Menezes Direito e pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.’

(RE - 575089/RS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI - Julgamento: 10/09/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO, DJE-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008, EMENT VOL - 02338-09 PP - 01773)

Constata-se, assim, da decisão acima transcrita que a questão foi reapreciada sob a égide da nova sistemática, tendo sido firmada jurisprudência pela Corte Suprema acerca da matéria ventilada, pelo que os Tribunais e Turmas Recursais poderão, nesses casos, examinar novamente e exercer juízo de retratação, quando suas decisões forem contrárias ao entendimento sufragado pelo E. Supremo Tribunal Federal, ou declarar prejudicados os recursos, quando suas decisões forem consentâneas com a orientação firmada, conforme previsto no art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

No caso concreto, verifica-se que o acórdão não reproduz o entendimento da Corte Suprema.

Ante o exposto e considerando estar a r. decisão proferida em dissonância com o entendimento consolidado na Corte Suprema, *determino a devolução dos autos à colenda Turma julgadora para que o Exmo. Sr. Relator proceda conforme previsto no art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil*, após voltem os autos conclusos para apreciação do recurso especial interposto nestes autos, caso ainda persista o interesse recursal.”

Apresento o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE

DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, CPC. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. REGIME HÍBRIDO. REFORMA PARCIAL DO JULGADO.

- Incidente de juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

- A questão objeto do presente incidente cinge-se, tão somente, à parte do v. acórdão recorrido que entendeu inaplicável as regras de transição previstas no artigo 9º da EC nº 20/98, para fins de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria concedido, com o cômputo de tempo de serviço posterior a promulgação da EC nº 20/98, ao fundamento de que a parte autora já possuía direito adquirido ao referido benefício na data de sua publicação.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu inexistir direito adquirido a determinado regime jurídico, sendo inadmissível o cálculo do benefício previdenciário em conformidade com normas vigentes antes do advento da EC nº 20/98, quando computar-se tempo de serviço posterior a ela.

- O v. acórdão recorrido ao afastar a incidência das regras de transição para fins do cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido, a par de ter reconhecido o cômputo de tempo de serviço posterior a publicação da EC nº 20/98, aplicou na espécie regime híbrido incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

- Em juízo de retratação, impõe-se a reforma parcial do julgado para, em consonância com o entendimento sufragado no RE nº 575.089-2/RS, afastar a restrição imposta quanto à aplicabilidade do artigo 9º da EC nº 20/98 ao caso dos autos, mantendo no mais o v. acórdão recorrido.”

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): - Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido - na parte em que admitiu a possibilidade do cômputo de tempo de serviço posterior à data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, para efeito de cálculo da renda mensal do benefício, sem a aplicação das regras de transição - por encontra-se em dissonância com o entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito na repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, passo da exame da matéria.

O v. acórdão recorrido (fls. 309/317) deu parcial provimento ao reexame necessário, para isentar o réu do pagamento de custas e despesas processuais, mantendo no mais a r. sentença, que reconheceu o tempo de serviço laborado em atividade especial, nos períodos de 30.09.1974 a 12.04.1975, 12.06.1975 a 23.02.1978, 11.06.1979 a 10.01.1980, 12.02.1980 a 27.04.1984, 28.04.1984 a 19.05.1989, 19.06.1989 a 11.10.1991 e 18.04.1994 a 12.11.1998, condenando o INSS à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a partir do requerimento administrativo (02.06.1999), com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

Não estão submetidos ao crivo do juízo de retratação, o reconhecimento e contagem de tempo de serviço especial, com a conseqüente concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço pela decisão impugnada.

A questão objeto do presente incidente cinge-se, tão somente, à parte do v. acórdão recorrido que entendeu inaplicável as regras de transição previstas no artigo 9º da EC nº 20/98, para fins de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria concedido, com o cômputo de tempo de serviço posterior a promulgação da EC nº 20/98, ao fundamento de que a parte autora já possuía direito adquirido ao referido benefício na data de sua publicação.

Quanto à matéria controversa, consignou o e. Relator em seu voto (fls. 314): “Não é aplicável ao caso dos autos a regra de transição prevista no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, mas sim, a legislação anteriormente vigente, porquanto a parte autora já possuía direito adquirido ao

benefício de aposentadoria por tempo de serviço na data da publicação de referida emenda constitucional (DOU de 16/12/1998).”

Em sede de embargos de declaração opostos pela autarquia previdenciária, ratificou tal entendimento (fls. 336/338 vº), *in verbis*:

“No tocante ao cômputo de tempo de serviço, importante frisar que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988, introduziu alterações na sistemática de concessão de aposentadorias, porém ressalvou expressamente, em seu artigo 3º, o direito adquirido, dispondo:

‘É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente’. Assim, o segurado que, cumprida a carência exigida, possuisse tempo de serviço igual ou superior a 30 anos à data da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, estava infenso às novas regras de aposentadoria, uma vez que satisfazia o disposto no inciso II do artigo 53 da Lei nº 8.213/91, legislação até então vigente.

Feito tal esclarecimento, observa-se que, à data da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 o autor possuía mais de 30 (trinta) anos de tempo de serviço, totalizando 31 (trinta e um) anos, 11 (onze) meses e 14 (quatorze), e contava com 108 (cento e oito) contribuições exigidas para fins de carência no ano de 1999, conforme a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

O segurado que antes da Emenda Constitucional nº 20/98 cumpriu todos os requisitos para a aposentadoria proporcional adquiriu o direito ao cálculo de seu benefício de acordo com as regras jurídicas revogadas, não havendo impeço quanto ao aproveitamento de tempo de serviço posterior para fins de apuração da renda mensal inicial. Em suma, se o direito à proporcionalidade da aposentadoria por tempo

de serviço já se incorporou ao patrimônio do segurado, o tempo de serviço que se acrescentar após a Emenda Constitucional nº 20/98 deve ser computado até o mês anterior à data do início da aposentadoria.

A regra de transição prevista no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20/98 não é aplicável ao segurado que já havia consolidado no seu patrimônio o direito à aposentadoria com base na anterior legislação, cumprindo todos os requisitos então previstos.

Diferente é a situação do segurado que, não possuindo período aquisitivo completo à data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, pretenda somar o tempo de serviço posterior com o anterior para obtenção de aposentadoria proporcional. Na hipótese, o procedimento é inviável, porquanto baseado em hibridismo de legislações, devendo o segurado se submeter à regra de transição do artigo 9º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 20/98, pois não se acha protegido pela regra principiológica do direito adquirido.

Assim sendo, não há impeço para o cômputo de tempo de serviço posterior à promulgação da EC nº 20/98, uma vez que o autor tem direito à aplicação da legislação anterior, não estando exposto a qualquer restrição ou regra de transição.”

Não merece subsistir, neste ponto, o v. acórdão recorrido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da repercussão geral no RE nº 575.089-2/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu em 10.09.2008, por maioria, inexistir direito adquirido a determinado regime jurídico, sendo inadmissível o cálculo do benefício previdenciário em conformidade com normas vigentes antes do advento da EC nº 20/98, quando computar-se tempo de serviço posterior a ela.

Colhe-se do v. acórdão que o Relator ao afastar a incidência das regras de transição para fins do cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido, a par de ter reconhecido o cômputo de tempo de serviço posterior a publicação da EC nº 20/98, aplicou na espécie regime híbrido incompatível com a sistemática

de cálculo dos benefícios previdenciários, pelo que é de ser reformado o julgado, neste aspecto, para adequá-lo ao entendimento sufragado pelo C. Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, em juízo de retratação, impõe-se a reforma parcial do julgado para, em consonância com o entendimento sufragado no RE nº 575.089-2/RS, afastar a restrição imposta quanto à aplicabilidade do artigo 9º da EC nº 20/98 ao caso dos autos, mantendo no mais o v. acórdão recorrido.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)**Registro 2004.61.00.011973-3**

Apelante: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A

Apelado: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MOEMA ROYAL LIGHT

Parte Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 289455

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2009

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - ENERGIA ELÉTRICA - FRAUDE. DESCONTINUIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO CONFIGURADA.

1 - O art. 6º, § 3º, incisos, I e II, da Lei 8.987/75, admite a interrupção do fornecimento de energia elétrica, por razões de ordem técnica ou segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade, diante do art. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor.

2 - A empresa concessionária ao constatar a irregularidade alegada, através do Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI o fez de forma clara na presença de testemunha, notificando a parte sobre o ocorrido, bem como abriu prazo para resposta e esclarecimentos, não sendo caso de ofensa ao contraditório e da ampla defesa.

3 - Caracaterizada a má-fe na relação entre prestador e usuário, não há de se falar em direitos constitucionais de continuidade de serviço essencial ou defesa consumerista.

4 - Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de setembro de 2009.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado em face do Presidente da ELETROPAULO Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A e do Diretor-Geral da Agencia Nacional de Energia Eletrica - ANEEL, visando à continuidade do fornecimento de energia elétrica.

Distribuído o feito, foi deferida a liminar pleiteada, fls. 32/35 e prestadas informações pela parte impetrada, fls. 89/99.

Opinou o ilustre órgão do Ministério Público Federal pela concessão da ordem, fls. 123/125.

A r. sentença, fls. 129/136, julgou extinta a ação em relação ao Diretor-Geral da ANEEL, por ilegitimidade passiva, e concedeu a segurança pleiteada, ratificando a liminar deferida.

Tempestivamente, apelou a parte impetrada, alegando a constitucionalidade e legalidade no corte de fornecimento de energia elétrica, pois o mesmo se deu em virtude de fraude no medidor de energia elétrica, obedecida a lei no procedimento realizado.

Com contrarrazões, subiram os autos e esta corte.

O parecer do ilustre representante da Procuradoria Regional Federal é no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cinge-se a controvérsia na legalidade da conduta da

parte apelante em suprimir o fornecimento de energia elétrica, fulcrada no art. 6º, § 3º, incisos, I e II, da Lei 8.987/75, que admite a interrupção do fornecimento de energia elétrica, por razões de ordem técnica ou segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade, diante do art. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor.

A continuidade do serviço público de fornecimento de energia é uma garantia do usuário, dada a sua essencialidade. Contudo, a parte apelante ao constatar a irregularidade alegada, através do Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI, fl. 22, o fez de forma clara na presença de testemunha, notificando a parte sobre o ocorrido, bem como abriu prazo para resposta e esclarecimentos, não sendo caso de ofensa ao contraditório e da ampla defesa.

Portanto, com a alegada adulteração do equipamento medidor de consumo, evento constatado pelo TOI, que beneficiou a parte apelada pela diminuição do consumo, identificou-se o ato ilícito praticado.

Ademais, caracterizada a má-fe na relação entre prestador e usuário, não há de se falar em direitos constitucionais de continuidade de serviço essencial ou defesa consumerista.

Assim, persistindo o inadimplemento do consumidor após o recebimento da notificação, é legítima a interrupção do serviço essencial.

Na espécie, coibir o corte seria uma forma de incentivar a má-fé e a prática dos atos ilícitos, indo contra todos princípios das relações de direito.

Neste sentido a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - CORTE - FALTA DE PAGAMENTO - FRAUDE - ALTERAÇÃO NO MEDIDOR - ARTS. 22 e 42 DO CDC - INTERPRETAÇÃO.

1. O não-pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento, desde que haja

inadimplência por parte do consumidor, tendo sido o mesmo avisado de que seria interrompido o fornecimento. Hipótese em que constatada, ainda, a fraude praticada pelo consumidor para alterar o medidor de energia.

2. Recurso especial improvido.”

(STJ - RESP - 631843 - 200302102093 - MG - SEGUNDA TURMA - 28/06/2005 - STJ000240790DJ - 15/08/2005 - PG 00256 Min. ELIANA CALMON)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE. DESCONTINUIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO CONFIGURADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tendo a autoridade impetrada constatado que o medidor de energia elétrica instalado na residência do impetrante teria sido adulterado, notificou-o regularmente para se defender, não havendo que se falar, assim, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

2. ‘A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público’ (Corte Especial do STJ, AgRg na SLS nº 216/RN, DJU de 10.04.06).

3. Como a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento ou fraude encontra-se expressamente prevista nos diversos atos normativos que regem a matéria, mais especificamente o art. 6º, § 3º, I e II, da Lei nº 8.987/95 e art. 90, inc. I, e art. 91, inc. I, ambos da Resolução 456/2000 da ANEEL, não há que se falar em prática, pela impetrada, de ameaça ou constrangimento na cobrança de seus créditos, inavendo, assim, violação ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

4. Recurso de apelação conhecido, mas improvido.”

(TRF3 - AMS - 273687 - 200461000334840 - SP - TERCEIRA

TURMA - 07/02/2007 - TRF300112748DJU - 28/2/2007
PÁG 200 - JUIZ ALEXANDRE SORMANI)

Por fim, com base no art. 6º, § I e II, da Lei nº 8.987/95 e art. 90, I, e art. 91, I, da Resolução da ANEEL, não caracteriza ameaça ou constrangimento a cobrança em tela, sendo legítimo e regular o exigido.

Assim, voto pela reforma da r. sentença, denegando a ordem pleiteada.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
Registro 2005.61.00.010623-8

Apelante: ONOFRE BERNARDES DA SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: AMS 295719
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2009

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. “OPÇÃO PELA EXTINÇÃO INDENIZADA DO DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS”. ACORDO COLETIVO. CARÁTER INDENIZATÓRIO, CF, ART. 153. CTN, ART. 43, INCS. I E II.

1. O pagamento de verbas rescisórias, em qualquer contexto que seja (rescisão ordinária de contrato de trabalho, ou adesão ao plano de demissão voluntária ou de aposentadoria incentivada), não acarreta a incidência de imposto de renda, se configurada a sua natureza jurídica de indenização.
2. Não caracteriza hipótese de incidência do Imposto de Renda as verbas pagas a título de indenização referente a “Opção pela extinção do direito à Complementação de Benefícios Previdenciários” (Convenção Coletiva de Trabalho).
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, por unanimidade dar provimento à apelação nos termos do relatório e do voto do Desembargador Federal na conformidade da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de julho de 2009. (data do julgamento).
Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de apelação em face da sentença proferida nos autos de mandado de segurança em que se objetiva provimento jurisdicional no sentido de terminar à autoridade impetrada que se abstenha de efetuar a cobrança e a arrecadação do imposto de renda sobre as verbas que receberá do Termo de Opção, em decorrência da extinção de seu direito à aposentadoria complementar.

Sustenta-se, em síntese, que a indenização em questão, não constitui fato imponible de tributação.

Indeferida a liminar. Contrário a essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento, no qual foi concedida parcialmente a tutela antecipada para determinar o depósito em juízo do valor da exação (fls. 79).

A MMª Juíza denegou a segurança a segurança pleiteada. Sem honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105 do STJ (fls. 128/134).

Irresignado apela o impetrante pugnando pela reforma da r. sentença, sustentando que a indenização a receber tem caráter indenizatório, não incidindo a exação.

Sem as contra-razões subiram os autos a este E. Tribunal.

O representante do Ministério Público Federal em seu parecer nesta instância opina pela manutenção da r. sentença.

Dispensada a revisão nos termos do artigo 33, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

A questão aqui versada diz respeito à correta definição da amplitude da hipótese de incidência do Imposto de Renda. Sucinamente, procura-se destrinçar a controvérsia relativa à incidência do tributo em cotejo sobre as verbas recebidas por pessoa física a título de rescisão do contrato de trabalho.

Como é cediço, o sistema tributário pátrio tem sua regra matriz de incidência desenhada na Constituição Federal. No caso específico do imposto de renda, o art. 153, inc. III conferiu à União a competência para instituir imposto sobre renda e proventos da qualquer natureza.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, buscou dar a exata definição da hipótese de incidência tributária descrita no texto constitucional. Neste sentido, o art. 43 do CTN definiu que renda é o produto de capital, do trabalho ou da combinação de ambos (inciso I) e, por outro lado, que proventos são os acréscimos patrimoniais não compreendidos na hipótese anterior (inciso II).

A controvérsia firmada no presente caso situa-se exatamente neste plano de indagação: as verbas rescisórias do contrato de trabalho constituem remuneração e incremento patrimonial ou, ao contrário, apenas indenização ou compensação?

O primeiro passo para a solução desta questão está em distinguir, de forma precisa, os conceitos de indenização e renda para, após, verificar se as importâncias recebidas têm natureza de verba indenizatória.

Neste sentido, o escólio de Roque Carrazza merece lembrança. São seus ensinamentos:

“A nosso pensar, o conceito de ‘renda e proventos de qualquer natureza’, constitucionalmente abonado, pressupõe ações humanas que revelem ‘mais valia’, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de ‘acréscimos patrimoniais’). Só quando há uma realidade econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente, traduzindo nova disponibilidade de riqueza, é que podemos falar em ‘renda e proventos de qualquer natureza’. Vai daí que as indenizações recebidas,

os custos da empresa, a energia elétrica consumida, o capital empregado, etc. não são nem rendimentos, nem proventos de qualquer natureza. Escapam da tributação por via do IR.” (*Curso Constitucional Tributário*, Ed. Malheiros, pág. 352, nota de rodapé)

Seguindo esta linha de raciocínio, este culto tributarista, em brilhante matéria publicada na *Revista de Direito Tributário* nº 52, assim trata a questão relativa às verbas de natureza indenizatória:

“Na indenização, como é pacífico e assente, há compensação em pecúnia, por dano sofrido. Noutros termos, o direito ferido é transformado em quantia em dinheiro. O patrimônio da pessoa lesada, não aumenta de valor, mas simplesmente é reposto no estado em que se encontrava antes do advento do gravame (*status quo ante*).

Em apertada síntese, na indenização inexistente riqueza nova, não pode haver incidência do IR ou de qualquer outro imposto de competência residual da União (neste último caso, por ausência de indício de capacidade contributiva, que é o princípio que informa a tributação por meio de imposto, *ex vi* do artigo 145, § 1º da Constituição Federal).”

Complementando este raciocínio, manifesta-se Hugo de Brito Machado:

“É possível, portanto, afirmar-se que a indenização, quando não consubstancia um acréscimo patrimonial, não enseja a incidência do imposto de renda, nem da contribuição social sobre o lucro. Certamente a incidência, ou não, desses tributos, depende da natureza jurídica do dano a ser reparado, pois é a partir da natureza desse dano que se pode concluir pela ocorrência, ou não, de acréscimo patrimonial. (...) A indenização por dano patrimonial pode ensejar, ou não, um acréscimo patrimonial. Isto depende do critério de sua fixação. Se fixada a indenização mediante a avaliação

do dano, evidentemente não se pode falar em acréscimo patrimonial. A indenização neste caso apenas repara, restabelecendo a integridade do patrimônio. É possível, porém, que em se tratando de indenização cujo valor seja previamente fixado em lei, ou em contrato, ou resulte de acordo de vontades, ou de arbitramento, termine por implicar um acréscimo patrimonial. Neste caso, sobre o que seja efetivamente um acréscimo patrimonial incidirão os tributos que tenha neste o respectivo fato gerador”. (*Regime Tributário das Indenizações*, obra coletiva coordenada por Hugo de Brito Machado, SP, Dialética, 2000, p. 108)

Sob o enfoque jurisprudencial, o Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp nº 765.498, procurou esclarecer, com esmero, o regime jurídico das indenizações. Eis breve trecho de seu voto:

“Considerando o sentido estrito do patrimônio, o pagamento de indenização, já se percebe, pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza jurídica do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano causado ao patrimônio patrimonial, o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida. Nesses casos, evidentemente, a indenização não tipifica fato gerador de imposto de renda, já que não acarreta aumento no patrimônio. Todavia, ocorre inegavelmente acréscimo patrimonial quando a indenização por dano material não se destina, não apenas a recompor um prejuízo já ocorrido (= dano emergente), mas também a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante). Da mesma forma, há acréscimo patrimonial quando o valor pago a título de indenização é maior do que o dos danos ocorridos (v. g., quando, além da indenização propriamente dita, há pagamento de multa).

Por outro lado, quando a indenização se refere a dano causado a bem jurídico imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material), o pagamento (= entrega de dinheiro,

bem material) acarreta, natural e necessariamente, um acréscimo ao patrimônio material e, portanto, configura fato gerador do imposto de renda.

Em suma: a indenização que não acarreta acréscimo patrimonial é apenas aquela que se destina a recompor o dano material efetivamente causado pela lesão (= dano emergente ao patrimônio material). Relativamente a ela, não se configura fato gerador do imposto de renda. Todavia, acarreta acréscimo patrimonial (e, portanto, constitui fato gerador do imposto de renda) a indenização (a) por danos ao patrimônio imaterial (= moral), ou (b) referente a lucros cessantes ou (c) em valor que exceda o da redução patrimonial causada pela lesão ...” (STJ, AgRg REsp 638.389/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28.06.05)

Estabelecidas essas premissas, passo a examinar a natureza jurídica das verbas enfocadas na presente ação.

I - Da indenização referente a “Opção pela extinção do direito à Complementação de Benefícios Previdenciários” (Convenção Coletiva de Trabalho);

A lei isenta do imposto de renda a indenização por despedida ou rescisão de contrato de trabalho até o limite garantido por lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas, homologadas pela Justiça do Trabalho.

In casu, em razão do acordo coletivo de trabalho com a empregadora BANESPA o direito à complementação de aposentadoria foi extinto e substituído por uma indenização assegurado pelas cláusulas 42ª e 43ª do ACT 2004/2006. Portanto trata-se de uma verba indenizatória, instituída através de Convenção Coletiva de Trabalho, conforme se vê às fls. 27, portanto, está excluída pela isenção legal prevista no inciso XX do artigo 39 do Decreto 3000/99, “in verbis”:

“Art. 39 Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);”

Portanto, sobre tal verba, não incide o imposto de renda, vez que não se trata de mera liberalidade do empregador, não possui natureza renumeratoria e, tampouco patrimonial.

À propósito trago à colação o seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS INSTITUÍDAS POR ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. FÉRIAS. ISENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.

I - Não foi prequestionado o art. 111, II, do CTN, porquanto o aludido dispositivo não foi abordado pelo Tribunal *a quo*, nem tampouco foram opostos embargos de declaração objetivando prequestioná-lo, insurgindo-se na espécie a incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF.

II - A verba percebida pelo empregado sob a denominação de indenização, instituída por acordo coletivo de trabalho, não é paga por mera liberalidade do empregador o que afasta a incidência do imposto de renda. Precedente: REsp nº 644.840/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/07/2005.

III - A jurisprudência do STJ é no sentido de que são isentos do imposto de renda os valores percebidos a título de férias em razão da rescisão do contrato de trabalho.

Precedentes: REsp nº 763.086/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 03/10/2005 e AgRg no Ag nº 672.779/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 26/09/2005.

IV - Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, Improvido”.

(REsp 853992/SP. Recurso Especial. Rel. Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. DJU: 23.10.2006 p. 278)

De todo o exposto, considero ilegítima a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de Indenização em face da opção pela extinção do direito à complementação dos benefícios previdenciários, constante nas cláusulas 42ª e 43ª do Acordo Coletivo com a ex-empregadora, razão pela qual a reforma da r. sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação*.

Incabíveis os honorários advocatícios, a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

É o voto.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
Registro 2005.61.17.001083-0

Apelante: LUIZ CARLOS DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: AMS 270534
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2009

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SUSPENSO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - DENUNCIA ANÔNIMA - IMPETRANTE VOLTOU A EXERCER ATIVIDADE REMUNERADA - APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA.

O mandado de segurança se presta a combater ato da Administração, desde que se verifique a ofensa a um direito líquido e certo do impetrante.

Pedido de restabelecimento de benefício previdenciário concedido administrativamente e suspenso em razão de denúncia anônima de que o Impetrante estaria exercendo atividade remunerada.

A r. sentença indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 295, inc V, do CPC, por entender inadequada a via eleita, considerando depender de provas a questão de mérito.

O documento de fls. 40 revela que o Impetrante passou a exercer atividade laborativa como médico veterinário responsável pela produção dos estabelecimentos em períodos posteriores ao benefício por incapacidade.

A prova produzida nestes autos justificam o ato da autoridade administrativa, tornando-o legítimo na forma da lei, art. 46 da Lei 8.213/91.

Apelação do autor improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de agosto de 2009.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

Cuida-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por LUIZ CARLOS DA SILVA, em 28 de abril de 2005, visando a concessão de ordem, a fim de que seja restabelecido o benefício de aposentadoria por invalidez, concedido administrativamente em 12 de abril de 2003, sob nº 32/131.780.018-1, suspenso na data de 03 de fevereiro de 2005, em razão de denúncia anônima de que o impetrante estaria exercendo atividade remunerada.

A r. sentença (fls. 57/58), proferida em 06 de junho de 2005, indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 295, inc V, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de existência de fraude por parte do segurado, que voltou a prestar serviços, em afronta ao disposto no art. 46 da Lei nº 8.213/91 e por não satisfazer os requisitos previstos no art. 5º, inc LXIX, da Constituição Federal. Isentou o autor do pagamento de honorários advocatícios ante a ausência de notificação. Custas *ex lege*.

A parte autora interpôs apelação (fls. 61/71), alegando que preenche os requisitos legais necessários à concessão do *mandamus*. Aduz, em síntese, que houve ilegalidade da Autarquia-ré no momento da suspensão do benefício previdenciário, uma vez que não foram observados os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Em parecer recursal (fls. 74/76), o Ministério Público

Federal opinou pelo improvimento da apelação da autora.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

O Impetrante propôs o *Mandamus* contra ato da administração do INSS, com o objetivo de ver restabelecido seu benefício de aposentadoria por invalidez cancelado pela autoridade coatora sob acusação de fraude.

Aduz que, à vista de denúncia anônima, o INSS efetuou fiscalização na empresa “Garatéria”, onde o Impetrante estaria trabalhando consoante informação obtida, prova essa que foi suporte para cessação do benefício, ato ilegal no entender do Impetrante.

A r. sentença de fls. 57/58 extinguiu o processo sem apreciação do mérito nos termos do artigo 295, inciso V, do Código de Processo Civil, visto depender de provas a questão de mérito, inadequada a via escolhida.

A r. sentença deve ser mantida.

O artigo 46 da Lei nº 8.213/91 dispõe:

“O aposentado por invalidez que retorna voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria cancelada automaticamente, a partir da data do retorno.”

Os documentos de fls. 11/26 demonstram que o Impetrante após um período de recebimento de auxílio-doença, passou a receber o benefício de aposentadoria por invalidez espécie 32 NB nº 131.780.018-1.

A aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, é benefício concedido a segurado “considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.”

O documento de fls. 40 revela que o Impetrante *inválido perante a Previdência Social* (g. n.) passou a exercer atividade laborativa como médico veterinário responsável pela produção dos estabelecimentos nos seguintes períodos:

1 - Frango na Brasa Jáú Roticerie Ltda ME.

Período: Outubro de 2003 a Outubro de 2004.

2 - Igarçu Pescados - Município Igarçu do Tietê

Período: Janeiro de 2004 a Outubro de 2004.

3 - Capril Santa Lúcia - Município Macatuba

Período: Abril de 2004 a Outubro de 2004.

Esse documento, cujos períodos de trabalho são posteriores ao benefício por incapacidade, foi expedido pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento, Escritório de Defesa Agropecuária de Jáú e sequer foi contestado ou contrariado pelo Impetrante e constitui prova firme que contraria suas alegações iniciais.

A prova no Mandado de Segurança deve ser pre-constituída e documental para amparo do direito líquido e certo que se alega lesado.

Não é o que ocorre.

A prova produzida nestes autos justificam o ato da autoridade administrativa, tornando-o legítimo e procedido na forma da lei, art. 46 retro transcrito.

De igual modo não procede a alegação de ofensa ao devido processo legal, considerando que a Carta, cuja cópia está anexada às fls. 44, comunicou ao Impetrante as irregularidades no benefício de aposentadoria por invalidez e facultou-lhe apresentação de defesa e documentos no prazo de 10 (dez) dias.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso de Apelação para manter a r. sentença.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2006.61.08.003485-0

Apelantes: UNIÃO FEDERAL E ESTADO DE SÃO PAULO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO
Classe do Processo: AC 1347310
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2009

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO - PRELIMINARES AFASTADAS - NECESSIDADE DE EIA/RIMA - ESCOLHA DE OUTRO LUGAR PARA A CONSTRUÇÃO - ALTERAÇÃO FÁTICA QUE NÃO ELIDE A PROIBIÇÃO CONSTANTE DA SENTENÇA.

1. O agravo retido não merece ser conhecido, ante a ausência de apelação por parte do IBAMA.
2. A apelação interposta pela União não merece ser conhecida, mas somente no que tange à alegação de nulidade da sentença, por ser extra petita, considerando a ausência de interesse recursal, diante do acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo autor e conseqüente integração do julgado no sentido de corrigir a apontada contradição.
3. Quanto à preliminar de incompetência do juízo de Bauru e suposta prevalência do foro de eleição, não merece acolhida, uma vez que não se discute o contrato de repasse, ajustado entre a União e o Estado de São Paulo. O foro de eleição somente tem lugar nos casos de competência relativa, o que não ocorre no presente caso, de modo que não tem ele o condão de se sobrepor à competência fixada em lei, qual seja, a do local do dano, conforme preceitua o artigo 2º da Lei 7.347/85.
4. Não prospera a alegada ilegitimidade passiva da União Federal, na medida em que a construção do presídio em

questão será realizada, em parte, com recursos da União, no importe de R\$ 22.200.000,00 (vinte e dois milhões e duzentos mil reais), por força do contrato de convênio celebrado pelo Ministério da Justiça e o Governo do Estado de São Paulo.

5. Inexiste litisconsórcio com a Caixa Econômica Federal, pois esta apenas representou a União Federal na assinatura do instrumento de acordo.

6. No mérito, a alteração da situação fática noticiada nos autos não é apta a contornar a proibição constante da sentença hostilizada, por ter a mesma estabelecido a necessidade de prévio EIA/RIMA para a construção de estabelecimento prisional no Município de Presidente Alves. Assim, persistindo o réu no intento de construir presídios no citado município, deverá, antes, proceder ao competente Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental que forneça, com segurança, as informações sobre as vantagens e desvantagens do projeto, bem como sobre as consequências ambientais da sua implementação.

7. O Estudo Ambiental Simplificado - EAS, com o qual pretende o réu Estado de São Paulo viabilizar a obra, somente tem lugar para avaliar as consequências ambientais de atividades e empreendimentos considerados de impactos ambientais muito pequenos e não significativos, o que não é o caso dos autos.

8. As obras das penitenciárias em Presidente Alves se adequam à previsão contida na atividade prevista no Anexo I da Resolução 237 do CONAMA - editada conforme o artigo 10 da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), na hipótese assim identificada: "Serviços de utilidade - tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, inclusive aqueles provenientes de fossas", sendo necessário o estudo de impacto ambiental para a realização da obra (artigo 8º, inciso I, Resolução CONAMA 237/1997). Demais disso, pelo princípio da precaução, a ausência de certeza científica formal acerca da existência de um risco de dano

sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever esse dano.

9. Preliminares rejeitadas. Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de setembro de 2009.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, inicialmente em face do IBAMA e do ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando impedir a construção de duas penitenciárias na cidade de Presidente Alves/SP, até que seja expedida Licença Ambiental baseada em criterioso Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) que considere as unidades de conservação envolvidas, identificadas como *Área de Proteção Ambiental Bacia do Rio Batalha* (Lei Estadual/SP 10.773/2001) e *Reserva Particular do Patrimônio Natural Trilha Coroados*, cujo reconhecimento imediato pelo IBAMA, independentemente do cumprimento de novas exigências, também foi pleiteado.

A petição inicial foi emendada em 04/05/2006, para incluir a União no pólo passivo da demanda, em razão da obra em questão ser financiada com recursos federais, no importe de R\$ 22.200.000,00 (vinte e dois milhões e duzentos mil reais), oriundos do contrato de repasse nº 0184633-10/2005, processo nº 2573.0184633-10, celebrado entre a União (representada pela

Caixa Econômica Federal) e o Estado de São Paulo, tendo como interveniente executor a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

O autor alegou, em síntese, que a construção das penitenciárias deve ser precedida de estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), em razão da área escolhida para a construção estar localizada dentro da Área de Proteção Ambiental e, além disso, próxima a futura Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), cujo reconhecimento oficial somente não foi deferido em razão da morosidade e negligência do IBAMA na análise do processo administrativo, embora cumpridas todas as exigências legais à época.

Dessa forma, sustentou que a fauna e a flora da Trilha Coroados-FB estão sob ameaça de danos irreparáveis, considerando também que o esgoto gerado pela população carcerária será totalmente lançado no Rio Feio, que ainda se constitui um dos rios mais bem preservados do Estado de São Paulo e cuja nascente e cabeceira estão localizadas no interior da Trilha Coroados - FB, insurgindo-se, também, contra o fato das licenças para a referida construção terem sido requeridas através de Estudo Ambiental Simplificado (EAS).

Concedida a liminar às fls. 338/353, a União opôs embargos de declaração às fls. 376/380 (apreciados às fls. 386/391) e o IBAMA e o Estado de São Paulo interpuseram, respectivamente, agravo retido (428/432) e agravo de instrumento (436/473), sendo que, através deste último, o Estado de São Paulo logrou obter a suspensão da execução da liminar, nos termos da decisão encartada às fls. 497/504.

Regularmente citada, a União apresentou contestação às fls. 507/515, arguindo, em preliminar, a incompetência da Seção Judiciária de Bauru, uma vez que o contrato assinado com o Estado de São Paulo elegia o foro da Seção Judiciária de São Paulo; a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo e a necessidade de que a Caixa Econômica Federal integre a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário. No mérito, sustentou a improcedência dos pedidos.

Citado, o Estado de São Paulo ofertou contestação às fls. 624/654. Como prejudicial ao exame de mérito, suscitou a inépcia da inicial, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, e a incompetência absoluta da Justiça Federal para o deslinde da questão posta. No mérito, argumentou que para a construção as penitenciárias não seria necessário o EIA/RIMA, uma vez que o empreendimento não causaria significativa degradação ao meio ambiente, nos termos do artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal.

O IBAMA, embora regularmente citado, não ofertou resposta (fl. 711).

Instado a se manifestar sobre as respostas apresentadas, às fls. 720/737 o Ministério Público Federal ofertou impugnação às questões prejudiciais argüidas, bem como contrariou todos os argumentos trazidos nas contestações.

Por intermédio do pedido anexado à fl. 740, o IBAMA comunicou o reconhecimento da Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN, levado a efeito pela Portaria nº 78, de 09.10.2006, publicada no DOU de 10.10.2006.

Sobreveio a sentença de procedência dos pedidos (fls. 750/779), condenando:

1) o *IBAMA* a criar a Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN “Trilha Coroados”.

2) a *União Federal* a: *i*) não repassar qualquer valor ao Estado de São Paulo para a construção ou projeto da Penitenciária Compacta Dupla de Presidente Alves, sem que haja Licenciamento Ambiental fundado em EIA/RIMA, e *ii*) não permitir que resíduos líquidos do empreendimento sejam lançados “em qualquer corpo d’água, notadamente no Rio Feio ou Bacia do Rio Batalha”;

3) o *Estado de São Paulo* a: *i*) se abster de realizar qualquer dispêndio e atos destinados à construção de penitenciárias em Presidente Alves/SP, sem que seja expedida Licença Ambiental fundamentada em EIA/RIMA, além da autorização prevista no artigo 36, § 3º, da Lei 9.985/00 e *ii*) efetuar EIA/RIMA e obter a citada autorização.

A União apelou às fls. 804/820, reiterando seus argumentos, além de defender que a sentença é *extra petita*, uma vez que sua

segunda condenação foi pleiteada pelo autor, na realidade, em face do Estado de São Paulo.

O Estado de São Paulo também apelou, às fls. 821/843, sustentando novamente a desnecessidade de estudo de impacto ambiental.

O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, apontando a ocorrência de contradição, porquanto no dispositivo restou consignada a condenação da União a não permitir que o esgoto e efluentes da Penitenciária sejam lançados no Rio Feio ou no corpo d'água da Bacia do Rio Batalha, quando esse pedido foi especificamente deduzido contra o Estado de São Paulo.

Os embargos foram acolhidos, sanando-se a apontada contradição, nos termos da decisão encartada às fls. 868/873.

Intimada da decisão, a União Federal reiterou seu apelo (fl. 885). Já o Estado de São Paulo interpôs nova apelação, repetindo suas alegações (fls. 886/909).

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões de apelação às fls. 851/866.

O Estado de São Paulo peticionou às fls. 932/934, noticiando a escolha de outra área para a construção dos presídios, em gleba localizada na zona rural do Município de Presidente Alves, fora dos limites da Área de Proteção Ambiental e distante da RPPN Trilha Coroados, portanto, longe de áreas de interesse ambiental. Afirmar não existir remanescentes de vegetação no local, motivo pelo qual não há que se falar em impactos ambientais desconhecidos que justificariam a necessidade de EIA/RIMA, mas tão somente o EAS - Estudo Ambiental Simplificado, nos termos da resolução CONAMA 237/97, artigo 12, § 1º e Resolução SMA 54/04, artigo 3º. Alega também que, com relação ao esgoto, a infra-estrutura contará com Estação de Tratamento de Esgoto compacta para tratamento de efluentes. Assim, defende que a sentença ora impugnada não constitui óbice à realização dessa nova obra, requerendo a reforma da decisão “constando que a nova área escolhida para instalação dos presídios não está abarcada pela decisão visto que não está inserta na Área de Proteção Ambiental do Rio Batalha ou mesmo na RPPN Trilha Coroados”.

Este relator deixou de apreciar tal pedido, tendo em vista que a construção da penitenciária em nova área, diferente do local indicado na petição inicial “não se encontra em discussão neste feito” (fl. 1099).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal em segunda instância, o mesmo se manifestou pelo não conhecimento do agravo retido e dos recursos de apelação, eis que a apelante - Estado de São Paulo - informou que está tomando providências para a construção de penitenciária em outro local, não objeto deste feito, pelo quê entende não abarcado pelos efeitos da sentença ora combatida. Caso superada a preliminar suscitada, manifestou-se pelo parcial conhecimento do apelo da União Federal e, na parte conhecida, pelo seu desprovimento, e desprovimento da apelação do Estado de São Paulo.

A União se manifestou às fls. 1117/1126, alegando subsistir interesse recursal, exceto quanto ao pedido de nulidade da sentença.

O Estado de São Paulo se manifestou às fls. 1127/1132, afirmando a permanência de seu interesse recursal quanto à possibilidade de construção das unidades prisionais fora da APA do Rio Batalha, considerando que a decisão atacada “parece abranger todo o Município de Presidente Alves”, insistindo, assim, pela reforma do julgado.

Às fls. 1163/1169 foi juntada cópia da decisão por meio da qual a Excelentíssima Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargadora Marli Ferreira, concedeu a suspensão da segurança pleiteada pelo réu Estado de São Paulo, ao fundamento de estar caracterizado o risco de grave lesão à ordem e economia públicas.

É o relatório.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

Inicialmente consigno o não-conhecimento do agravo retido

interposto às fls. 428/432, ante a ausência de apelação por parte do IBAMA.

Consigno, também, o não conhecimento parcial da apelação interposta pela União, no que tange à alegação de nulidade da sentença, por ser *extra petita*, considerando a ausência de interesse recursal, diante do acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo autor e conseqüente integração do julgado no sentido de corrigir a apontada contradição, nos termos da decisão encartada às fls. 868/873. Ademais, a própria recorrente reconhece não ter mais interesse nessa questão (fl. 1120).

Entretanto, no que concerne às demais questões, permanece íntegro o interesse recursal da União Federal, bem assim o do Estado de São Paulo, mesmo diante dos fatos novos noticiados por este último, tendo em vista que o comando normativo combatido proíbe o repasse de qualquer recurso financeiro ao Estado de São Paulo para a construção da Penitenciária Compacta Dupla em Presidente Alves, sem que haja Licenciamento Ambiental, com prévio EIA/RIMA que considere as unidades de conservação envolvidas (Área de Proteção Ambiental Bacia do Rio Batalha e a Reserva Particular do Patrimônio Natural Trilha Coroados). Dessa forma, diante da renitência do réu Estado de São Paulo em realizar o multicitado Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), permanece a proibição do ente federal em efetuar os mencionados repasses. Em outras palavras, a alteração da situação fática noticiada nos autos não é apta a contornar a proibição constante da sentença impugnada, por ter a mesma estabelecido a necessidade de prévio EIA/RIMA para a construção de estabelecimento prisional no Município de Presidente Alves, sem precisar o local.

Estabelecidas tais premissas, passo ao exame das preliminares trazidas pela União Federal.

Quanto à preliminar de incompetência do juízo de Bauru e suposta prevalência do foro de eleição, entendo que a mesma não merece acolhida.

Conforme assentado anteriormente, não se aplica ao presente caso a disposição contratual constante na cláusula vigésima

do contrato de repasse ajustado entre a União e o Estado de São Paulo, segundo a qual se elegeu a Seção Judiciária do São Paulo para a solução de conflitos decorrentes do referido contrato.

Isso porque a presente causa não tem por objeto discutir a relação jurídica contratual entabulada entre a União e o Estado de São Paulo, ou seja, a demanda não é oriunda do sobredito contrato de repasse.

Demais disso, é pacífico o entendimento segundo o qual o foro de eleição somente tem lugar nos casos de competência relativa, de modo que não tem ele o condão de se sobrepor à competência fixada em lei, qual seja, a do local do dano, conforme preceitua o artigo 2º da Lei 7.347/85. Nesse ponto, cumpre frisar que se trata de competência territorial absoluta, que não cede diante de mera cláusula contratual.

De igual forma, também não prospera a alegada ilegitimidade passiva da União Federal.

A legitimidade existe quando o autor da ação é o titular do direito ao qual a prestação da atividade jurisdicional protegerá, e o réu é o responsável, direto ou indireto, pelo fato lesivo.

Para verificar se há legitimidade deve-se isolar a causa remota da razão de pedir e verificar sua pertinência em relação ao autor bem como em relação ao réu. Se ambos estiverem relacionados com a matéria, a conclusão que se impõe é de que a legitimação (ativa e passiva) está presente.

No caso dos autos é evidente a legitimidade passiva do ente federal, na medida em que a construção do presídio em questão será realizada, em parte, com recursos da União, no importe de R\$ 22.200.000,00 (vinte e dois milhões e duzentos mil reais), por força do contrato de convênio celebrado pelo Ministério da Justiça e o Governo do Estado de São Paulo.

A mera alegação no sentido de ser do Estado de São Paulo a responsabilidade pela observância das normas ambientais para a construção dos presídios não afasta a legitimidade da União. Tal acontece porque não se está aqui discutindo a responsabilidade da União no tocante à observância das normas ambientais. Apenas pleiteia-se a suspensão temporária dos repasses até que sejam

atendidas as exigências ambientais pelo Estado de São Paulo.

Por fim, também não há que se falar com litisconsórcio com a Caixa Econômica Federal, pois esta apenas representou a União Federal na assinatura do instrumento de acordo.

O contrato de repasse é claro ao estabelecer que a contratante é a União, cabendo à CEF apenas representá-la na assinatura do contrato e atuar como agente operador, fato este que não altera a titularidade dos recursos, que continuam pertencendo à União. Ademais, o pedido do autor é mais abrangente, para que a União não repasse “qualquer recurso financeiro ao Estado de São Paulo” (fl. 136), seja ele proveniente do mencionado contrato ou de qualquer outro para a construção das penitenciárias em Presidente Alves.

Superadas as preliminares, passo agora ao exame do mérito.

Pretende-se na presente ação obstar a construção de duas penitenciárias sem que seja realizado o competente Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, por estar a área localizada dentro de Área de Proteção Ambiental e, além disso, próxima a futura RPPN - Reserva Particular do Patrimônio Natural, área assim reconhecida oficialmente pelo IBAMA no decorrer desta ação civil pública.

Diante da respeitável sentença de fls. 750/779 e 868/873, que julgou procedentes os pedidos, o Estado de São Paulo peticionou às fls. 932/934, noticiando a escolha de outro local para a construção dos presídios, longe de áreas de interesse ambiental, motivo pelo qual sustenta ser desnecessária a realização do EIA/RIMA, sendo suficiente apenas o EAS - Estudo Ambiental Simplificado, nos termos da resolução CONAMA 237/97, artigo 12, § 1º e Resolução SMA 54/04, artigo 3º.

Contudo, entendo necessária a realização do prévio Estudo de Impacto Ambiental para o projeto em questão, nos moldes como estabelecido pela bem lançada sentença monocrática, a qual deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conforme afirmei anteriormente, a alteração da situação fática noticiada nos autos não é apta a contornar a proibição constante da sentença hostilizada, por ter a mesma estabelecido a

necessidade de prévio EIA/RIMA para a construção de estabelecimento prisional no Município de Presidente Alves. Assim, persistindo o réu no intento de construir presídios no citado município, deverá, antes, proceder ao competente Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental que forneça, com segurança, as informações sobre as vantagens e desvantagens do projeto, bem como sobre as consequências ambientais da sua implementação.

Ademais, entendo que o réu - Estado de São Paulo - faz afirmações que somente poderiam ser cabalmente demonstradas por meio do referido estudo (EIA/RIMA), que é o instrumento adequado para prever as consequências ambientais resultantes do desenvolvimento do projeto de que tratam os autos.

E nem se venha argumentar que presídios “não são obras potencialmente lesivas” (fl. 632). Efetivamente, há a necessidade de realização do estudo de impacto ambiental antes do início de toda e qualquer obra de grande porte que tenha poder de interferir no meio ambiente, seja em vista da utilização de recursos existentes, seja pela geração de detritos e efluentes sólidos nos meios líquidos naturais da região, ou, finalmente, seja em vista da pavimentação de largo perímetro com impermeabilização do solo etc.

O Estudo Ambiental Simplificado - EAS, com o qual pretende o réu Estado de São Paulo viabilizar a obra, somente tem lugar para avaliar as consequências ambientais de atividades e empreendimentos considerados de *impactos ambientais muito pequenos e não significativos*, nos termos da resolução CONAMA 237/97, artigo 12, § 1º e Resolução SMA 54/04, artigo 3º, que ora se transcreve:

“Resolução CONAMA Nº 237, de 19/12/1997.

Art. 12 - O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

§ 1º - Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.”

“Resolução SMA nº 54, de 30/11/2004. (Dispõe sobre procedimentos para o licenciamento ambiental no âmbito da Secretaria do Meio Ambiente).

Artigo 3º: o procedimento que tem como objetivo a concessão de licença prévia (LP) a empreendimentos ou atividades considerados de impacto ambiental muito pequeno e não significativo se iniciará com a protocolização do EAS na SMA/DAIA, na Capital, ou nas dependências das Diretorias Regionais do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais - DEPRN, no Interior, dando-se a exigida publicidade a esse pedido.”

Este, sem dúvida, não é o caso destes autos. A área de construção será grande. O número de pessoas que passarão a ocupar o local será enorme: presos, policiais, escoltas, visitas, funcionários do presídio, comércio que naturalmente procurará se instalar no seu entorno, fluxo de veículos, com toda a certeza gerará danos ambientais. Assim, mesmo que seja possível a utilização daquela área, não poderia ser objeto de um simples estudo, como se pretende no caso. Em suma, não se trata de empreendimento de pequeno ou insignificante impacto ambiental.

Assim, como corretamente afirmado na sentença monocrática, as obras das penitenciárias em Presidente Alves se adequam à previsão contida na atividade prevista no Anexo I da Resolução 237 do CONAMA - editada conforme o artigo 10 da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), na hipótese assim identificada: “Serviços de utilidade - tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, inclusive aqueles provenientes de fossas”, sendo necessário o estudo de impacto ambiental para a realização da obra (artigo 8º, inciso I, Resolução CONAMA 237/1997).

Demais disso, pelo princípio da precaução, a ausência de

certeza científica formal acerca da existência de um risco de dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever esse dano. Nesse ponto, merece destaque as palavras do mestre Paulo Affonso Leme Machado, nos seguintes termos:

“Já salientei que não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá o dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente...” (*Direito Ambiental Brasileiro*, ed. Malheiros, 6ª edição, pp. 506/507).

Saliento que esta E. Corte não desconhece a premente necessidade de construção de presídios no Estado de São Paulo em decorrência do grave problema carcerário e de segurança pública reinante, sendo louváveis todas as iniciativas tendentes a resolver, ainda que paulatinamente, a questão proposta.

Todavia, torna-se necessário enfatizar que a solução de um problema - carcerário e de segurança pública - não pode ser implementada de forma açodada a ponto de permitir a criação de outro problema que venha a atingir bem de igual interesse da coletividade, qual seja, o meio ambiente.

Dessa forma, imperativa a necessidade de se adotar todas as medidas tendentes a evitar o possível dano ambiental, dentre as quais se inclui a obrigação de não fazer, imposta à União Federal, no sentido de não repassar qualquer recurso financeiro ao Estado de São Paulo, para a construção ou projeto de penitenciária no Município de Presidente Alves/SP, enquanto não apresentado o EIA/RIMA.

Por fim, com relação ao IBAMA, verifico que a ação perdeu objeto, tendo em vista que o referido ente, mesmo antes da sentença condenatória, criou a pretendida Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN “Trilha Coroados-FB”, de modo a satisfazer, voluntariamente, a pretensão deduzida contra si na inicial.

Por todo exposto, nego provimento às apelações interpostas.
É com voto.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

- Sobre a construção de presídio no município de Presidente Alves, veja também a decisão proferida na SuExSe 2009.03.00.018677-7/SP, Desembargadora Federal Marli Ferreira - Presidente, publicada na RTRF3R 95/16.

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2007.61.83.001765-0

Apelante: JOSÉ ALVES DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1423485
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECESSO FORENSE. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS. RECURSO INTEMPESTIVO.

- 1 - Nos termos do art. 62, inc. I, da Lei nº 5.010/66, o *recesso forense* da Justiça Federal é considerado feriado, e, portanto, é contínuo e não interrompe ou suspende os prazos processuais, que ficam somente prorrogados até o primeiro dia útil subsequente (art. 178 c/c art. 184, § 1º, do CPC).
- 2 - Não há que se falar em suspensão dos prazos processuais no período do recesso forense por equiparação às férias coletivas do Poder Judiciário, as quais foram extintas no âmbito dos Juízos e Tribunais de segundo grau pela Emenda Constitucional nº 45/04.
- 3 - Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, não conhecer da apelação, nos termos do voto do relator, com quem votou a Sra. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, vencida a Sra. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, que dela conhecia.

São Paulo, 24 de agosto de 2009.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de ação ajuizada por José Alves da Silva em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando o reconhecimento do caráter especial das atividades desenvolvidas no período de 16/7/79 a 5/3/97, bem como a concessão de aposentadoria por tempo de serviço a partir da data do requerimento administrativo, corrigida monetariamente, bem como honorários advocatícios de 20% sobre o valor total da condenação.

Foram deferidos ao autor (fls. 60) os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A MMª. Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o ora apelante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, “que ora deixa de ser exigido em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita” (fls. 99).

Inconformado, apelou o demandante, pleiteando a reforma integral do *decisum*.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Inicialmente, analiso a tempestividade da apelação interposta pelo Instituto-réu.

Com efeito, o recurso, para ser admissível, deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei. Caso não seja exercido o direito de recorrer dentro deste, operar-se-á a preclusão temporal.

Preceitua o art. 508 do Código de Processo Civil:

“Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de quinze dias.” (grifos meus)

Com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.950/94, o mencionado dispositivo legal unificou os prazos da maioria dos recursos, prevendo o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição do recurso de apelação, tendo o Instituto Nacional do Seguro Social a prerrogativa do prazo em dobro (art. 188 do CPC).

Outrossim, nos termos do art. 506, inc. II, do CPC, *in verbis*: “O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;”.

Observo, por oportuno, que, nos termos do art. 62, da Lei nº 5.010/66: “Além dos fixados em lei, serão *feriados* na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores: I - os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, inclusive”, período esse conhecido por “recesso forense”.

Impende ressaltar, ainda, que o art. 178 do CPC prevê que “O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, *não se interrompendo nos feriados*”, considerando-se “prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em *feriado*”, conforme dispõe o § 1º, do art. 184, do CPC.

Da leitura dos dispositivos legais acima mencionados, depreende-se que o recesso forense não interrompe e nem suspende os prazos processuais, mas somente os prorroga até o primeiro dia útil subsequente caso o vencimento se dê entre 20 de dezembro e 6 de janeiro.

Na hipótese em exame, tendo a R. sentença sido disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 9/12/08, terça-feira, considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente, 10/12/08 (fls. 100), quarta-feira. Assim, a contagem do prazo iniciou-se em 11/12/08, quinta-feira, findando-se em 25/12/08, quinta-feira. Tendo em vista que o vencimento deu-se em feriado, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, *in casu*, 7/1/09.

O recurso, no entanto, foi interposto somente em 9/1/09 (fls. 104), donde exsurge a sua manifesta extemporaneidade.

Nem se argumente que o recesso forense se equipararia às

férias coletivas do Poder Judiciário, uma vez que estas, embora suspendam os prazos processuais, foram extintas no âmbito dos Juízos e Tribunais de segundo grau pela Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o inc. XII no art. 93 da Constituição Federal, *in verbis*:

“A atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”

Versando sobre a matéria em análise, merecem destaque os acórdãos abaixo, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL - PRAZO RECURSAL SUSPENSÃO - FÉRIAS COLETIVAS NOS TRIBUNAIS - TURMA ESPECIAL DE FÉRIAS - ART. 179 CPC.

1. *O art. 179 CPC estabelece que o prazo processual fica suspenso com o advento das férias forense, sistemática que foi alterada com a proibição de férias coletivas e funcionamento continuado dos diversos órgãos do Poder Judiciário, com a só exceção dos Tribunais Superiores (EC 45/2004).*

2. Os Tribunais que instituíam Turmas Especiais de Férias, para atender às urgências, não alteraram a antiga sistemática, pela excepcionalidade, ou seja, só atender às urgências, mantendo tais Cortes precariedade em seu funcionamento.

3. Recurso especial provido.”

(STJ, REsp nº 800. 462/DF, 2ª Turma, Relatora Min. Eliana Calmon, j. 22/8/06, v. u., DJ 1º/9/06, grifos meus)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECESSO FORENSE. ARTIGO 62, INCISO I, DA LEI Nº 5.010/66 E ARTIGO 178 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS. APELAÇÃO INTEMPESTIVA.

O artigo 62, inciso I, da Lei nº 5.010/66, considera

feriado na Justiça Federal os dias compreendidos entre 20 de dezembro a 06 de janeiro.

O diploma processual prevê no artigo 178 que os prazos processuais são contínuos e não se interrompem nos feriados.

Na hipótese dos autos, o prazo para interposição do recurso pela agravante iniciou-se em 11.12.2006 e findou-se em 26.12.2006, no entanto, diante do recesso forense, foi prorrogado para o primeiro dia útil, qual seja, 09.01.2006.

Protocolizado o recurso em 16.01.2007, é de rigor o reconhecimento da intempestividade da apelação.

Agravo improvido.”

(TRF - 3ª Região, AI nº 2007.03.00.034272-9, 1ª Turma, Relatora Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 19/2/08, v. u., DJF3 11/7/08, grifos meus)

Ante o exposto, não conheço da apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2008.03.99.029744-2

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: FRANCISCO FERNANDES

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ATIBAIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 1322461

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2009

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. AVERBAÇÃO. FEIRANTE. EMPRESÁRIO. AUTÔNOMO. RECOLHIMENTOS. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS.

I - O feirante é considerado contribuinte individual, estando obrigado, por iniciativa própria, ao recolhimento das contribuições previdenciárias, a teor do disposto no art. 79, III, da Lei 3.807/60, norma vigente à época, dispositivo sempre repetido nas legislações subseqüentes, inclusive no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91.

II - Ausente as contribuições previdenciárias, não pode ser computado para fins de averbação e revisão de tempo de serviço os períodos para os quais não foram apresentados os recolhimentos previdenciários.

III - Não há condenação do autor aos ônus da sucumbência (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do INSS e remessa oficial tida por interposta providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de outubro de 2009.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido formulado em ação previdenciária para determinar a averbação do período de janeiro de 1972 a junho de 1975 e de agosto de 1975 a outubro de 1975, a função de produtor, na condição de contribuinte individual. Em consequência, o réu foi condenado a proceder à revisão da aposentadoria por tempo de serviço, com valor reajustado desde 15.12.2004, data do requerimento administrativo, acrescido de correção monetária e juros de mora. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Sem condenação em custas.

Pugna o réu pela reforma da r. sentença alegando, em síntese, que o autor não apresentou documentos comprobatórios do tempo de serviço requerido na petição inicial, restando insuficiente para tanto a prova exclusivamente testemunhal, a teor do disposto no art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e art. 62 e 63 do Decreto 3.048/99. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios de forma a não ultrapassar 10% das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos do art. 20, § 4º c/c a Súmula 111 do STJ.

Contra-razões da parte autora (fl. 156/158).

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Da remessa oficial tida por interposta

A r. sentença recorrida encontra-se sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.469, de 10.07.97, razão pela qual tenho por interposta a remessa oficial, não se aplicando ao caso em tela o disposto no artigo 475, § 2º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

Do mérito

Busca o autor, nascido em 05.01.1950, beneficiário de aposentadoria por tempo de serviço (32 anos, 00 meses e 22 dias de tempo de serviço; fl. 11/12), desde 15.12.2004, a averbação do período de janeiro de 1972 a junho de 1975 e de agosto de 1975 a outubro de 1975, na condição de produtor, contribuinte individual, e a revisão da renda mensal inicial, a contar de 15.12.2004, data do requerimento administrativo.

Na petição inicial o autor afirma que recolheu contribuições previdenciárias desde março de 1971, todavia, o INSS computou-lhe apenas parte do período, deixando de averbar os períodos de 01/1972 a 06/1975 e de 08/1975 a 10/1975 embora não houvesse suspensão de suas atividades.

Compulsando os autos do processo administrativo, verifica-se que o autor apresentou os seguintes documentos: cartão de permissão de uso emitido pela Prefeitura de São Paulo - Categoria Feirante, com início das atividades em 19.03.1971 (fl. 29), Cartão de Identificação de Feirante (1978; fl. 30), ICMS (1972/1973; fl. 31/33), Comunicação ao Posto Fiscal relativa ao encerramento das atividades a partir de 31.12.1989 (fl. 34), certidão de casamento, qualificado como comerciante (1984; fl. 38), Alvará para exercer a atividade de feirante (1999; fl. 49), Declaração Cadastral relativa à firma da qual era sócio - Mini Mercado Betina Ltda (início 1980, encerramento 1981; fl. 50), Registro de Firma Individual com início das atividades em março de 1971 (fl. 55/56), e inscrito perante o INSS na condição de empresário desde dezembro de 1975 (CNIS fl. 43/45).

Apresentou, ainda, guias de recolhimento de 03/1971 a 12/1971, de 11/1975 a 12/1984, regularmente computados ao tempo de serviço para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Outrossim, na prova testemunhal produzida em 1ª instância (fl. 122/133) os depoentes foram uníssonos em afirmar que conhecem o autor há mais de trinta anos e que ele sempre exerceu a atividade de feirante; que comprava frutas para revender na feira, e que sempre trabalhou por conta própria.

Do cotejo de tais informações, resta claro que o autor não exerceu a atividade de “produtor”, mas sim a de feirante, segurado obrigatório da Previdência Social na condição de contribuinte individual, antigo empresário e autônomo, segurados que estão obrigados, por iniciativa própria, ao recolhimento das contribuições previdenciárias, a teor do disposto no art. 79, III, da Lei 3.807/60, norma vigente à época, dispositivo sempre repetido nas legislações subseqüentes, inclusive no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91.

Nesse sentido, confira-se julgado proferido por esta Corte que porta a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. SEGURADO EMPRESÁRIO. CARÊNCIA NÃO CUMPRIDA. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES COM ATRASO.

(...)

III - *A contagem do tempo de serviço de segurado empresário e autônomo, diversamente do que ocorre com o segurado empregado, é condicionada ao recolhimento das respectivas contribuições, mesmo que a título de indenização das contribuições em atraso relativas a período de trabalho reconhecido em ação judicial, hipótese em que não são contadas para fins de carência, nos termos da legislação específica (artigo 27, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e artigo 45, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.212/91, bem como artigo 39 do Decreto nº 2.172, de 05.03.97). Precedentes.*

IV - *Recurso improvido*”. (grifo nosso)

(AC nº 2000.61.14.005125-0/SP; 2ª Turma; Rel. Juiz Conv. Souza Ribeiro; julg. 25.06.2002; DJU 09.10.2002; pág. 423)

Sendo assim, correta a decisão da autarquia previdenciária que, após instar o segurado a apresentar os comprovantes dos recolhimentos das contribuições previdenciárias relativas ao período ora reclamado - carta de exigência à fl. 62 - e ante a afirmativa da parte autora de que não possuía tais recolhimentos - declaração à fl. 61 - deixou de computar tais períodos para efeito de contagem de tempo de serviço.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta para julgar improcedente o pedido de averbação de atividade urbana e revisão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço. Não há condenação do autor aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

Registro 2008.03.99.039513-0

Apelante: MARIA EUNICE DE OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AC 1339021
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. FALECIMENTO DA AUTORA ANTES DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA. DOCUMENTAÇÃO ROBUSTA ACERCA DA DOENÇA DA AUTORA. QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO - INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ARTIGO 515 DO CPC. PROCEDÊNCIA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

I. Estando presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e estando o processo em condições de imediato julgamento, cabível a aplicação do disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil.

II. Por meio de provas robustas presentes nos autos, restou suficientemente evidenciado que a doença que acometia a autora resultou no seu falecimento, de modo a garantir-lhe o direito à análise dos requisitos para a concessão dos benefícios pleiteados.

III. Quanto à incapacidade da autora para o trabalho, esta restou devidamente comprovada nos autos, verificando-se ter sido indevida a cessação do auxílio-doença que estava em gozo, pois as doenças que a acometiam perduraram até o seu óbito.

IV. Tendo a parte autora preenchido todos os requisitos

necessários, faz jus à concessão do benefício de auxílio-doença, tendo em vista já ter recebido administrativamente o referido benefício em razão da mesma doença, de acordo com a documentação médica acostada aos autos.

V. O auxílio-doença será devido do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença até a data do óbito, conforme requerido pela parte autora.

VI. A correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

VII. Juros de mora à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, a contar do termo inicial do benefício, conforme Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

VIII. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IX. No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas das mesmas, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, porém devem reembolsar as despesas processuais comprovadas nos autos.

X. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte autora para reformar a R. sentença e, por força do disposto no artigo 515, parágrafo 3º do CPC, julgar parcialmente procedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de outubro de 2009.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de ação condenatória, ajuizada em 30-06-2006, em face do INSS, citado em 04-08-2006, pleiteando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos dos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91, desde 07-07-2005 (dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, NB 502.523.375-1).

Após a citação do INSS, o óbito da autora, ocorrido em 13-11-2006 (certidão de óbito, fl. 88), foi noticiado pelo seu patrono nas fls. 84/87 e alega que a *causa mortis* guarda pertinência com a doença que acometia a parte autora, fazendo jus ao benefício pleiteado.

A MMª. Juíza *a quo* determinou a habilitação dos herdeiros da falecida (fl. 95) e o patrono requereu a inclusão do cônjuge da falecida, Sr. Raimundo José de Oliveira e dos filhos do casal, Francisco Aguinaldo de Oliveira, José Nildo de Oliveira e Maria Valdenora de Oliveira, no pólo ativo da demanda como sucessores.

Foi deferida a habilitação dos herdeiros e determinada alteração do pólo ativo da demanda (fl. 112).

A r. sentença, proferida em 06-02-2008, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, incisos IV e IX, e do artigo 264, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, sob a fundamentação de que o direito pleiteado pela autora é personalíssimo, sendo intransferível aos seus herdeiros o direito de pleitear o benefício da aposentadoria. Revogou o deferimento da habilitação de herdeiros da fl. 112, uma vez que o processo não pode prosseguir com os sucessores da falecida autora, não havendo, ainda, que se falar em conversão do pedido de aposentadoria por invalidez em pensão por morte, pois já ocorreu o saneamento do processo. Não há custas dada a gratuidade processual atribuída à autora.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da r. sentença, para que seja julgada procedente, uma vez que preenche todos os requisitos necessário à

concessão do benefício pleiteado, alegando que a doença que ocasionou o falecimento guarda pertinência com a que deu origem à concessão do auxílio-doença indevidamente cessado em 06-07-2005, qual seja, Diabetes Mellitus tipo 2 e nefropatia. Requer o pagamento dos valores correspondentes ao benefício previdenciário entre 07-07-2005 (dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, NB 502.523.375-1) e 13-11-2006 (data do óbito, fl. 88).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, incisos IV e IX, e do artigo 264, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, sob a fundamentação de que o direito pleiteado pela autora é personalíssimo, sendo intransferível aos seus herdeiros o direito de pleitear o benefício da aposentadoria. Revogou o deferimento da habilitação de herdeiros da fl. 112, uma vez que o processo não pode prosseguir com os sucessores da falecida autora, não havendo, ainda, que se falar em conversão do pedido de aposentadoria por invalidez em pensão por morte, pois já ocorreu o saneamento do processo.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da r. sentença, para que seja julgada procedente, uma vez que preenche todos os requisitos necessário à concessão do benefício pleiteado, alegando que a doença que ocasionou o falecimento guarda pertinência com a que deu origem à concessão do auxílio-doença indevidamente cessado em 06-07-2005, qual seja, Diabetes Mellitus tipo 2 e nefropatia. Requer o pagamento dos valores correspondentes ao benefício previdenciário de auxílio-doença entre 07-07-2005 (dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, NB 502.523.375-1) e 13-11-2006 (data do óbito, fl. 88).

Passo à análise da questão.

Compulsando detidamente os autos, observa-se que a parte autora, ora falecida, sofria de Diabetes Mellitus tipo 2, com complicações instaladas, neuropatia periférica grave e nefropatia, conforme documentação médica acostada aos autos (fls. 41/43, 45 e 89/92), tendo recebido, em razão das referidas moléstias, o benefício de auxílio-doença NB 502.523.375-1, de 10-06-2005 a 06-07-2005.

Dessa forma, por meio de elementos de provas robustos presentes nos autos, restou suficientemente evidenciado qual doença que acometia a autora, Diabetes Mellitus tipo 2, com complicações instaladas, neuropatia periférica grave e nefropatia e, tendo em vista que a causa da sua morte foi septicemia, insuficiência renal aguda e Diabetes Mellitus, pode-se concluir que a somatória das doenças ocasionaram o seu falecimento, razão pela qual evidencia-se a possibilidade jurídica do pedido no tocante à análise dos benefícios pleiteados, afastando-se, assim, a extinção do feito, sem resolução de mérito.

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ÓBITO ANTERIOR À PERÍCIA. CONCESSÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONJECTÁRIOS.

1. *Nas ações em que se objetiva a concessão de auxílio-doença, o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial. Entretanto, sobre vindo o óbito da parte autora antes da realização da perícia judicial, deverá o magistrado formar sua convicção por meio do conjunto probatório disponível nos autos.*

2. Demonstrado que a incapacidade laborativa da autora persistiu no período compreendido entre as duas concessões administrativas do benefício, deve ser reconhecido seu direito ao recebimento do auxílio-doença, no período compreendido entre o cancelamento administrativo e o dia imediatamente anterior à nova concessão administrativa. (...)” (grifo nosso)

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL 2005.04.01.021612-0/RS, QUINTA TURMA, Relator: LUIZ ANTONIO BONAT, Data da decisão: 11/09/2007, D. E. 24/09/2007)

Ademais, a título esclarecedor, os herdeiros da parte autora não pleiteiam em sede recursal a conversão do benefício de aposentadoria por invalidez em pensão por morte, mas tão somente o direito à percepção das parcelas vencidas a que a autora faria jus a título de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença anteriores ao seu óbito, ocorrido em 13-11-2006.

Sendo assim, ainda que tenha ocorrido o óbito da parte autora antes do julgamento do feito, se da análise dos requisitos para a concessão do benefício concluir-se pela procedência do pedido, notório é que seus herdeiros têm direito adquirido às parcelas devidas pretéritas ao óbito da autora.

Dessa forma, estando presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, passo à análise do pedido inicial, em homenagem ao disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que possibilitou a esta Corte, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, dirimir de pronto a lide, desde que esteja em condições de imediato julgamento, o que “veio atender aos reclamos da sociedade em geral pela simplificação e celeridade do processo, dando primazia ao julgamento final de mérito das causas expostas ao Poder Judiciário, pelo que não há qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, princípio constitucional inferido apenas implicitamente e que pode ser melhor definido pela lei, em atenção também aos demais princípios constitucionais de amplo acesso à Justiça.” (AC nº 1999.61.17.000222-3, TRF 3ª Região, Rel. Juiz Souza Ribeiro, Segunda Turma, un., DJU 09.10.2002, p. 408).

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, após cumprida a carência exigida em lei, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta

a própria subsistência.

Sob outro aspecto, o auxílio-doença é devido ao segurado que, após cumprida a carência exigida em lei, for considerado incapaz, todavia, suscetível de reabilitação para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a própria subsistência.

No que tange à comprovação da carência exigida, as provas documentais acostadas nos autos, mais precisamente as guias de recolhimento à previdência (fls. 19/36) e o Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 60/61) indicam que a requerente contribuiu de fevereiro/2002 a novembro/2005 e de janeiro/2006 a junho/2006 e dezembro/2006, cumprindo, assim, o número mínimo de contribuições exigidas e, tendo ajuizado a presente ação em 30-06-2006, manteve, por isso, a qualidade de segurada.

Quanto à incapacidade da autora para o trabalho, esta restou devidamente comprovada nos autos, verificando-se ter sido indevida a cessação do auxílio-doença que estava em gozo, pois as doenças que a acometiam perduraram até o seu óbito.

Dessa forma, tendo a parte autora preenchido todos os requisitos necessários, faz jus à concessão do benefício de auxílio-doença, tendo em vista já ter recebido administrativamente o referido benefício em razão da mesma doença, de acordo com a documentação médica acostada aos autos.

O auxílio-doença será devido de 07-07-2005 (dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, NB 502.523.375-1) a 13-11-2006 (data do óbito, fl. 88), conforme requerido na inicial.

Com relação aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Por fim, impõe-se esclarecer que deixo de suspender o feito nesta Instância, a fim de se regularizar a habilitação com a junta dos documentos pertinentes, ante o princípio da celeridade processual, consagrado pela EC nº 45/2004, ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, bem como em razão de não vislumbrar qualquer prejuízo para as partes, podendo ser procedida a regular habilitação, quando de seu retorno ao Juízo de origem, nos termos do disposto no artigo 296 do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

Isto posto, *dou parcial provimento à apelação da parte autora, para reformar a r. sentença e, por força do disposto no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido* para conceder-lhe o benefício de auxílio-doença de 07-07-2005 (dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, NB 502.523.375-1) a 13-11-2006 (data do óbito, fl. 88), conforme requerido na inicial, esclarecendo que a correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com incidência de juros de mora à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, a contar do termo inicial do benefício, conforme Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. As autarquias são isentas das custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, porém devem reembolsar as despesas processuais comprovadas nos autos. Habilitação de herdeiros a ser procedida no Juízo de origem, nos termos do disposto no artigo 296 do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Registro 1999.61.81.001392-4

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: ABRAMO DOUEK

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: ACr 10817

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2009

EMENTA

PENAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 7.492/86 – COMPRA E VENDA DE LOTE DE OURO SEM O DEVIDO LASTRO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS AMPLAMENTE COMPROVADAS – FATO QUE SE AMOLDA AO TIPO PENAL DESCRITO NA DENÚNCIA – TIPICIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA QUE PRESCINDE DE RESULTADO DANO-SO NO CAMPO MATERIAL – RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA INEXISTENTE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADAS – HABITUALIDADE DES-NECESSÁRIA – DECISÃO NA ÚLTIMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA NÃO INTERFERE NA SEARA CRIMINAL – INSTÂNCIAS INDEPENDENTES – INAFESTABILIDADE DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO – AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE UM GRAU DE JURISDIÇÃO – SENTENÇA REFORMADA PARA CONDENAR O RÉU – REGIME INICIAL ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO DA ACUSAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL DECRETADA DE OFÍCIO.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo procedimento administrativo instaurado pelo BACEN e pela farta prova documental que o acompanha (fls. 05/700), que dão conta de que o apelado, na condição de administrador da instituição financeira “Banco Cidade S/A Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio” realizou com a “Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos” operação temerária de venda e recompra da mesma quantidade de lote de ouro inexistente na data da operação no mercado de balcão, sem lastro ou garantia suficiente para tal operação, bem como pela penalidade administrativa imposta ao réu pelo BACEN, e, posteriormente, em grau de recurso, pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que confirmou a responsabilidade do apelado, apenas havendo uma mitigação da penalidade a ele aplicada, convertendo-a para pena pecuniária.

A autoria delitiva, por sua vez, restou demonstrada pela própria admissão dos fatos, pelo réu, em Juízo, bem como pela prova testemunhal coligida.

Consoante se verifica do cotejo dos elementos contidos nos autos, a conduta descrita na denúncia pelo Ministério Público Federal corresponde a infração contida na norma incriminadora, do que se conclui que a conduta do apelado amolda-se ao tipo penal, não sendo atípico o ilícito por ele perpetrado, como entendeu o Douto Magistrado “a quo”.

A norma incriminadora estampada no artigo 4º *caput* e § único da Lei 7.492/86 não contém descrição típica vaga e a existência de elemento normativo no tipo (“fraudulentamente” e “temerária”) passível de demarcação conceitual concreta, não afronta o princípio da reserva legal. Sobreleva registrar a existência, em nosso ordenamento jurídico, de tipos abertos (como, por exemplo, os culposos) ou a existência de diversas normas penais contendo elementos normativos (como, por exemplo, aquelas contidas nos arts. 217 e 219, ambos do Código Penal e aquela do art. 171 *caput*, parte final, do mesmo diploma legal, que, semelhantemente

ao art. 4º *caput*, aduz a emprego de outro meio fraudulento), e nem por isso se cogita de violação ao princípio da legalidade e da inaplicabilidade das referidas normas incriminadoras. A defesa sustenta em suas contra-razões (fls. 818/851) que o réu realizou uma única e isolada operação que foi considerada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional como mera “irregularidade” e que nada de temerário foi praticado, não havendo prejuízos ou riscos para quem quer que seja. É bom que se diga que, na verdade, a norma incriminadora tem como escopo proteger o sistema financeiro nacional, a política econômica do governo, exigindo de seus operadores lisura e regularidade em suas atuações, até porque a credibilidade do modelo econômico adotado pelo governo é que vai atrair o capital dos investidores nacionais e estrangeiros e tal desiderato só pode ser alcançado se as instituições financeiras agirem dentro da lei. Assim, o que a norma visa garantir é a confiança no mercado financeiro nacional, fator essencial para o bom desempenho da economia do país.

Enfim, o que está na mira do legislador é a credibilidade do sistema econômico vigente no país e não o prejuízo patrimonial, potencial ou efetivo, causado pela conduta delituosa. Por esse motivo, a doutrina tem conceituado tal crime como de mera conduta, a dispensar a produção de qualquer resultado lesivo no campo material.

Por certo podemos dizer que o sujeito ativo do crime em questão é aquele definido no artigo 25 da Lei nº 7.492/86. Ocorre que é fundamental que o agente tenha poderes de gestão na empresa, ou seja, estes agentes devem possuir poderes especiais para só assim praticar o delito (crime próprio), no caso concreto, não houve responsabilidade objetiva, pois, ficou evidenciado pelo Contrato Social acostado aos autos que o apelado tinha poder de gestão, e ademais, ele próprio admitiu e defendeu a prática da operação temerária de revenda de lote de ouro sem lastro à Sharp S/A,

justificando porém, que o negócio seria regularizado no primeiro dia útil subsequente.

Os nossos Tribunais tem decidido que é desnecessária a habitualidade da conduta para a configuração do delito de gestão fraudulenta, um só ato de gestão pode revelar-se temerário para fins de repressão penal. Verifica-se, no caso concreto, que houve uma situação de risco à higidez e lisura do Sistema Financeiro Nacional, porque o apelado, como administrador do “Banco Cidade S/A”, efetuou operação temerária de venda de lote de ouro à empresa Sharp S/A sem lastro, infringindo as normas determinadas pelo Banco Central do Brasil.

Embora a defesa sustente que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro ao apreciar o recurso voluntário do recorrido, reconheceu que não restou demonstrada a sua responsabilidade, é bom que se diga, que, na verdade, não houve absolvição ou determinação de arquivamento do processo administrativo. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro houve por bem convolar a pena de inabilitação temporária para o exercício de cargo de administração para a pena pecuniária, resultando, assim, na minimização da pena administrativa aplicada ao recorrido. E mais, a aplicação de pena de multa em última instância administrativa não impede que a conduta do apelado seja subsumida penalmente ao artigo 4º, § único da Lei 7.492/86, pois, não se pode olvidar que a seara penal independe da seara administrativa, não estando o Poder Judiciário vinculado às decisões tomadas na esfera administrativa - Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário – artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.

A questão de fundo, ou seja, o mérito da ação penal foi apreciada e decidida pelo Julgador “a quo” que concluiu pela atipicidade do fato, ou seja, foi dado um pronunciamento judicial de improcedência da peça acusatória, configurando sentença de mérito, esgotada a prestação jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, não sendo caso de retorno

dos autos ao juízo de origem, como pretende a defesa. Na verdade, o julgamento em 2º grau de jurisdição tomou como base todo o arcabouço fático apurado no Juízo de 1º grau para o reexame da matéria em grau recursal. Destarte, descabida a baixa dos autos para apreciação de teses defensivas, após a completa devolução à instância *ad quem* de toda a matéria posta em Juízo, tendo sido enfrentadas todas as teses de acusação e defesa por esta E. Corte Regional.

Atendendo às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu ABRAMO DOUEK é primário e não possui antecedentes criminais. Por outro lado, a sua culpabilidade, conduta social e personalidade, bem como os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime se mostram dentro dos parâmetros da normalidade, motivo pelo qual a pena base é fixada no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de um salário mínimo, em atenção às condições financeiras do acusado. Não havendo circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição, torno tais penas definitivas.

A pena corporal, a teor do artigo 33, do Código Penal, deverá ser cumprida, inicialmente, no regime aberto, em razão de ter sido fixada em patamar inferior a quatro anos, além do que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu. Nos termos do artigo 44 do Código Penal, a pena corporal é de ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

E, considerando a pena corporal de 02 (dois) aplicada, constatase que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, vez que tal sanção prescreve em 04 (quatro) anos, a teor do artigo 109, inciso V do Código Penal. Ora, entre as datas dos fatos (08/01/93 e 11/01/93 - fls. 02/03) e a data do recebimento da denúncia (23/03/99 – fl. 705) já transcorreu lapso de tempo muito superior a quatro anos, motivo pelo qual é de se decretar a extinção da punibilidade do

delito, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Recurso ministerial provido. Sentença absolutória reformada. Decretada a extinção da punibilidade, de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar ABRAMO DOUEK como incurso no artigo 4º, § único da Lei 7.492/86, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, arbitrados em um salário mínimo vigente à época dos fatos e, de ofício, decretar a extinção da punibilidade do delito, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 109, inciso V, c.c artigo 110, § 1º do Código Penal.

São Paulo, 31 de agosto de 2009 (data de julgamento).

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pela JUSTIÇA PÚBLICA, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo, que absolveu ABRAMO DOUEK da imputação contida no artigo 4º, § único da Lei nº 7.492/86, com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Consta da denúncia que:

“(...) o denunciado, na qualidade de administrador da

‘Bancocidade S/A – Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio’, realizou ato de gestão temerária de instituição financeira. Em 8 de janeiro de 1993 a *‘Sharp S/A Equipamentos Eletrônico’* obteve, do *‘BancoCidade S/A’*, empréstimo de Cr\$ 1.232.453.717,97, creditado na conta-corrente nº 000055.28 da agência Faria Lima desta instituição bancária. Este valor destinava-se a composição do saldo negativo ostentado pelo correntista, a partir do saque do cheque de nº 002689, no valor de Cr\$ 33.994.000.000,00, nominal à própria *‘Sharp S/A’* e que veio a ser depositado em outra conta-corrente da mesma empresa, agora no Bradesco S/A, nº 86.243-6. No mesmo dia 8 de janeiro de 1993, a *‘Bancocidade Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio’* vendeu, à *‘Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos’*, no mercado de balcão, a quantia de 4.635 lingotes de ouro, cada qual com o peso de 249,75 gramas consoante cópia da Nota de Negociação de Ouro de nº 1420, fl. 65 dos autos. O preço total de venda foi de Cr\$ 175.861.486.578,15. Naquele dia, porém, a Corretora dispunha, em seus estoques, de apenas 3.350 lingotes de ouro. Destarte, 1.285 (um mil, duzentos e oitenta e cinco) lingotes foram negociados sem lastro. Em 11 de janeiro de 1993, primeiro dia útil seguinte, a *‘BancoCidade CVMC’* recomprou, da mesma *‘Sharp S/A’* a quantidade de 4.635 lingotes de ouro, pelo preço de 177.093.940.296,12, tendo suportado um prejuízo de Cr\$ 1.232.453.717,97, *exatamente idêntico ao do empréstimo anteriormente concedido à Sharp S/A* (conforme cópia da Nota de Negociação de Ouro de nº 1463, fl. 101). Ambas as operações foram liquidadas, por diferença, em 11 de janeiro de 1993, embora o negócio representado pela nota nº 1420 fosse na modalidade *‘à vista’*. A diferença (Cr\$ 1.232.453.717,97) resultou em crédito na conta-corrente nº 000055-28, mantida pela *‘Sharp S/A’* junto ao *‘Bancocidade S/A’*, ag. Faria Lima. O Banco Central do Brasil apurou, analisando a movimentação de estoques da *‘BancoCidade CVMC’* (fls.

35 e 481) que os mesmos 1.285 lingotes irregularmente vendidos – pois não existiam nas posições da Corretora – foram ‘recomprados’ da *‘Sharp S/A’*. Desponta destes fatos que a *‘Bancocidade Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio’* efetuou negociação de lingotes de ouro sem lastro, voltada de antemão para a realização de prejuízo, como forma de compor as contas do *‘Bancocidade S/A’* com a *‘Sharp S/A’*. Esta operação desvia-se da diligência exigida na administração de instituição financeira e das regras de funcionamento normal do mercado, submetendo a risco os recursos de terceiros confiados à administração daquela sociedade. Por esta razão, o Banco Central do Brasil, após regular procedimento administrativo, aplicou aos administradores da Corretora a sanção de inabilitação temporária por três anos. Esta decisão foi confirmada pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, fls. 632/633, no que tange ao ora denunciado *Abramo Douek*, convolvando, porém, a sanção em pagamento de multa. *Abramo Douek*, conforme declarações prestadas, era responsável, à época, Diretor de Mercado de Capitais da *‘Bancocidade’*, estando sob sua responsabilidade a mesa de negociação de ouro. A coincidência entre prejuízo obtido pela Corretora e os valores devidos ao *‘Bancocidade’* pela *‘Sharp S/A’*, demonstrou que não se tratou de mero erro culposos na apreciação da posição de ouro da corretora, mas de deliberada utilização de mecanismo temerário para acerto de contas” (fls. 02/03).

O recebimento da denúncia se deu em 23.03.1999 (fls. 704/705).

O réu foi devidamente interrogado (fls. 712/715), tendo sido apresentada defesa prévia (fls. 718/719).

Não houve oitiva de testemunhas de acusação. Foram ouvidas as testemunhas de defesa (fls. 734/735, 736/738, 739/740, 741/742).

Em alegações finais, a acusação pediu a condenação do réu

(fls. 746/749), enquanto o acusado bateu-se pela absolvição (fls. 751/793).

Adveio a sentença absolutória proferida a fls. 798/806, entendendo o Juízo de primeiro grau ser atípica a conduta do apelado. A sentença foi publicada em 10.08.2000 (fl. 807).

Em razões de apelação (fls. 808/811), propugnou a acusação pela reforma da sentença absolutória, requerendo a condenação do réu, alegando que a autoria e a materialidade do delito estão devidamente provadas, bem como está provado que o réu agiu com dolo em sua conduta, que é típica, vez que a gestão temerária não pode ser tida como crime habitual, até porque se em uma série de atos de gestão se observar o dolo, como ocorreu nos autos, o tipo legal do crime estará configurado.

Em contra-razões, a defesa do apelado pugnou pela manutenção da decisão absolutória, sustentando, em apertada síntese, que o MM. Juiz “a quo” agiu com acerto ao reconhecer que o fato não constitui crime. Aduziu, ainda, que o réu realizou uma única e isolada operação que foi considerada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional como mera “irregularidade”, ato que não trouxe prejuízo ou benefício a ninguém. Invoca a inépcia da peça acusatória por falta de justa causa, até porque a acusação se baseia no simples fato de ser o apelado dirigente da instituição financeira na época dos fatos, imputando-lhe responsabilidade objetiva, não tendo ele participado da operação tida como temerária. Ainda argumenta que, para configuração do crime de gestão temerária de instituição financeira, é necessário que haja habitualidade, ou seja, que a ação criminosa se protraia no tempo, sendo que a própria acusação reconheceu que a operação tida como criminosa foi uma única venda de lingotes de ouro, não tendo havido, portanto, reiteração da conduta delituosa. Alega, ainda, que mesmo que a operação tivesse sido equivocada, não houve a intenção de prejudicar ou de colocar em risco a saúde e a segurança do Sistema Financeiro Nacional. Pugna pelo improvimento do recurso ministerial, com a manutenção da sentença absolutória que confirmou o que já havia decidido o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional quando do

julgamento na seara administrativa. Caso assim não se entenda, requer a devolução dos autos à Vara de origem a fim que sejam apreciadas “as demais teses argüidas pela defesa, principalmente no que se refere à inexistência de ação física do acusado no evento”, conforme constou da sentença, evitando-se, assim, a supressão de um grau de jurisdição (fls. 818/851).

Nesta Corte, o parecer ministerial foi pelo provimento do recurso ministerial (fls. 853/855).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

O Magistrado “a quo”, entendendo que o crime de gestão temerária exige habitualidade para a sua configuração, deu pela improcedência da ação penal, absolvendo o apelado, com fulcro no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Em razões de apelação (fls. 808/811), propugnou a acusação pela reforma da sentença absolutória, requerendo a condenação do réu, alegando que a autoria e a materialidade do delito estão devidamente provadas, bem como está provado que o réu agiu com dolo em sua conduta, que é típica, vez que a gestão temerária não pode ser tida como crime habitual, até porque se em uma série de atos de gestão se observar o dolo, como ocorreu nos autos, o tipo legal do crime estará configurado.

Em primeiro lugar, passo a tecer ponderações em relação à extensão e aplicabilidade do tipo previsto no art. 4º e seu § único da Lei 7.492/86, que tem a seguinte redação:

“Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - (...)

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

Para Fausto Martin De Sanctis, “por gestão fraudulenta deve-se compreender todo ato de administração no âmbito da empresa, dentre os poderes conferidos, ainda que apenas de fato, que visa a percepção de vantagem indevida em prejuízo alheio, empregando o administrador artifícios que levam a erro os demais administradores”. (*in ob. cit.* p. 66/67).

O doutrinador lembra, ainda, que “na apelação criminal nº 0101576-0 do TRF da 1ª Região, decisão unânime em 06.03.96, Relator Tourinho Neto, considerou-se a existência da gestão fraudulenta na conduta do gerente de uma agência de estabelecimento de crédito que a dirige empregando fraudes, ardis, como permitindo saque sobre saldo bloqueado, autorizando indevidamente desbloqueio de cheques antes do prazo de compensação.” (*in ob. cit.* p. 67, nota 78).

Tal definição pode ser adotada, também, para o delito de gestão temerária de instituição financeira, bastando que se exclua a ação fraudulenta e se inclua a ação precipitada ou imprudente do agente.

E, sabe-se, que tais condutas são punidas, não pelo risco que representam para a própria instituição financeira, mas pela interferência nociva que têm no Sistema Financeiro Nacional.

É de se consignar, por ser questão básica enfrentada pela doutrina e jurisprudência pátrias, que a Lei 7.492/86 tem sido duramente criticada em razão da técnica legislativa que a veiculou, seja pela falta de precisão de alguns dos seus termos, como também pela abertura de seus tipos penais, que muitas vezes, e em especial no que concerne ao tipo penal em discussão no caso concreto não definiu em seu *caput* e § único o que seja gestão fraudulenta e gestão temerária, o que levou parte da doutrina e da jurisprudência a considerá-lo inconstitucional por ofensa ao princípio da reserva legal e da taxatividade, por ser um tipo aberto.

Deve ser rechaçada tal tese, que, inclusive, não foi encampada pela sentença, apesar de concluir pela absolvição do ora apelante (fls. 802/803). Tanto a gestão temerária como a fraudulenta, ambas podem assumir um número praticamente *infinitem* de comportamentos e a exigência de descrição de cada um deles em tipos

penais fechados se tornaria tarefa árdua e quase impossível, deixando uma porta aberta para a impunidade em relação a tais crimes.

A norma incriminadora estampada no artigo 4º *caput* e § único da Lei 7.492/86 não contém descrição típica vaga e a existência de elemento normativo no tipo (“gerir fraudulentamente” e “gestão temerária”) é passível de demarcação conceitual concreta, não afrontando o princípio da reserva legal. Sobreleva registrar a existência, em nosso ordenamento jurídico, de tipos abertos (como, por exemplo, os culposos) ou a existência de diversas normas penais contendo elementos normativos (como, por exemplo, as contidas nos artigos 217 e 219 do Código Penal e aquela do artigo 171 *caput*, parte final, do mesmo Diploma Legal, que, semelhantemente ao aludido artigo 4º *caput*, aduzem a emprego de outro meio fraudulento), e nem por isso se cogita de violação ao princípio da legalidade e se invoca a inaplicabilidade das referidas normas incriminadoras.

Confirmam-se os seguintes julgados a confirmar a tese da constitucionalidade do referido dispositivo legal:

“PENAL E PROCESSO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. APURAÇÃO DELIBERADA DE PREJUÍZOS EM OPERAÇÕES DE INTERMEDIÇÃO E DE COMPRA E VENDA FINAL DE TÍTULOS PÚBLICOS, VISANDO A TRANSFERÊNCIA DE RESULTADOS PARA OUTRA INSTITUIÇÃO. DESVIO DE RECEITAS EM OPERAÇÃO *DAY TRADE*. OPERAÇÕES COMPROMISSADAS EXCEDENTES AO VALOR DE 10 (DEZ) VEZES O PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA INSTITUIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. IRRELEVÂNCIA NO ESCLARECIMENTO DA VERDADE REAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º DA LEI 7.492/86. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. VIOLAÇÃO

AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL AFASTADA. MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA COMPROVADAS. IDONEIDADE DO TESTEMUNHO DE TÉCNICOS DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ATUAÇÃO ‘RATIONE MUNERIS’ NA APURAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS IRREGULARIDADES. OBJETIVIDADE DOS DEPOIMENTOS. CAPACITAÇÃO TÉCNICA A CONFERRIR FIDEDIGNIDADE E IMPARCIALIDADE Á PROVA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO IMPROVIDO.
(...)

(...)

O tipo penal do artigo 4º da Lei 7.492/86 não pode ser acionado de inconstitucionalidade, sob o pretexto de veicular tipo penal sem a descrição taxativa do comportamento nela incriminado, em afronta ao princípio da reserva legal, tendo em vista que, com o advento da Lei do Colarinho Branco, a produção do resultado naturalístico deixou de integrar a figura delitiva tanto da gestão fraudulenta como da temerária, ao contrário do que ocorria sob o pálio da Lei de Economia Popular, passando o tipo a descrever tão somente o comportamento do sujeito, de tal forma que não mais se pode falar em crime de resultado, mas em crime de mera conduta na hipótese.

Descrição típica que não pode ser tida como atentatória ao princípio da reserva legal, pois a interpretação da conduta incriminada deverá sempre guardar um caráter teleológico, em que o grau da antijuridicidade será proporcional ao grau de afetação à objetividade jurídica da norma.

(...)

(...)

(...).”

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 9201 Processo: 199903990882797 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 24/04/2001 - DJU DATA: 05/06/2001 PÁGINA: 922 – JUIZ THEOTONIO COSTA).

“APELAÇÃO CRIMINAL. COMPETÊNCIA. ARTS. 76, I E II, 77, 78, 80, 84 E 87 DO CPP. SÚMULA Nº 704 STF. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. ARTIGO 563 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EM QUALQUER FASE DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 231 DO CPP. ARTIGO 4º, *CAPUT* E PAR. ÚNICO DA LEI Nº 7.492/86 EIVA DE INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. GESTÃO TEMERÁRIA. TIPO PENAL CARACTERIZADO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. ÉDITO CONDENATÓRIO. GESTÃO FRAUDULENTA. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

Não há falar em eiva de inconstitucionalidade a inquinar os tipos penais insertos no art. 4º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 7.492/86, pois, apesar de não trazer a norma penal a lista dos atos tidos como fraudulentos ou temerários na gestão de instituição financeira, na verdade indica com precisão tais conceitos, delimita seus espectros, a resultar reverenciado, por conseguinte, o princípio da reserva legal.

(...).

(...).

(...).

Trago a colação os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça e das Egrégias Cortes Regionais no sentido da desnecessidade da habitualidade para configurar o delito de que aqui se cogita:

“RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CARACTERIZAÇÃO DE GESTÃO TEMERÁRIA. DOSIMETRIA. NÃO-VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 DO CP E 599 DO CPP. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL.

(...).

Não é necessária a habitualidade para a caracterização do delito de gestão temerária, bastando a realização de conduta que se subsuma ao art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

(...).

(...).

(...).”

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESP – RECURSO ESPECIAL – 617191 Processo: 200302165321 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data da decisão: 21/03/2006 - DJ DATA: 05/06/2006 PÁGINA: 309 – Relatora LAURITA VAZ).

“PENAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – GESTÃO TEMERÁRIA – CONTRATOS DE MÚTUO – DESCUMPRIMENTO DE NORMA ADMINISTRATIVA – RISCO DE INADIMPLEMENTO – HABITUALIDADE – ABSOLVIÇÃO.

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

(...).

Não se exige, para a consumação do crime de gestão temerária, o requisito habitualidade. Contudo, os atos praticados hão de, isoladamente considerados, gerar risco para o Sistema Financeiro Nacional.”

(TRIBUNAL – SEGUNDA REGIÃO – ACR – APELAÇÃO CRIMINAL – 4237 Processo: 20005101015006047 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESP. - Data da decisão: 14/12/2005 - DJU DATA: 16/01/2006 PÁGINA: 81 – Relator JUIZ ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU).

“PENAL – CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – APROVAÇÃO DE EMPRÉSTIMO A EMPRESA DEFICITÁRIA – CONHECIMENTO PRÉVIO DA SITUAÇÃO PRÉ-FALIMENTAR DA EMPRESA – EMPRÉSTIMO CONCEDIDO SEM QUAISQUER GARANTIAS EM FAVOR DA CREDORA – ATOS ANTERIORES E POSTERIORES QUE CONFIRMAM A CIÊNCIA DA SITUAÇÃO DA EMPRESA – DOLO RECONHECIDO – ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO PERFEITAMENTE DELIMITADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MEMBROS DO ORGÃO QUE APROVOU A CONCESSÃO DO EMPRÉSTIMO – APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA – APELAÇÃO DOS RÉUS IMPROVIDA.

1.- (...).

2.- (...).

3.- Ainda que se trate de um único empréstimo, a sucessão de atos, anteriores e posteriores, demonstram a temeridade com que o negócio foi tratado. Alegação de atipicidade da conduta, por falta de habitualidade, que se afasta.

4.- (...).

5.- (...).

6.- (...).

7.- (...).”

(TRIBUNAL – TERCEIRA REGIÃO – ACR – APELAÇÃO CRIMINAL – 9641 Processo: 200003990109500 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. - Data da decisão: 28/05/2002 - DJU DATA: 22/07/2002 – Relator(a) JUÍZA SYLVIA STEINER).

Afastada, desse modo, a atipicidade da conduta imputada ao apelado, passo a análise dos demais temas ventilados pelas partes neste feito.

Inicialmente, é de se consignar que não procede o pedido deduzido pela defesa de que, em caso de reforma da decisão absolutória, devam voltar os autos à Vara de origem para apreciação das teses de defesa não apreciadas em primeiro grau de jurisdição, sob o pretexto de supressão do duplo grau de jurisdição.

Ora, a questão de fundo, ou seja, o mérito da ação penal foi apreciada e decidida pelo Julgador “a quo”, que concluiu pela atipicidade do fato, ou seja, foi dado um pronunciamento judicial de improcedência da peça acusatória, configurando-se sentença de mérito, restando esgotada a prestação jurisdicional em primeiro grau de jurisdição com a análise do mérito da ação penal, não sendo o caso de retorno dos autos ao juízo de origem, como pretende a defesa.

Na verdade, o recurso do órgão acusador tem o condão de devolver a este Tribunal, 2º grau de jurisdição, todas as questões de fato e de direito discutidas entre as partes, considerando que o Magistrado “a quo” adentrou no mérito da ação penal e, portanto, já analisou todos os elementos fáticos apurados nos autos para concluir pela atipicidade da conduta empreendida pelo apelado, proferindo decisão de mérito no Juízo de 1º grau, propiciando o reexame de toda a matéria de mérito em grau recursal.

Destarte, descabida a baixa dos autos para apreciação de teses defensivas, após a completa devolução à instância *ad quem* de toda a matéria posta em Juízo, considerando que esta Corte Regional está autorizada a examinar todas as questões levantadas pela acusação e pela defesa, sem qualquer possibilidade de supressão de instância jurisdicional.

E, da análise minuciosa dos elementos constantes dos autos, conclui-se que, ao contrário do que decidiu o MM. Juiz “a quo”, o delito imputado ao apelado teve sua materialidade e autoria solidamente demonstradas.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo procedimento administrativo instaurado pelo BACEN e pela farta prova documental que o acompanhou (fls. 05/700), que dão conta de que o apelado, na condição de administrador da instituição financeira “Banco Cidade S/A Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio”, realizou com a “Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos” operação temerária de venda e recompra da mesma quantidade de ouro, ou seja, 1.285 lingotes inexistentes na posição da corretora na data da operação, no mercado de balcão, sem lastro ou garantia suficiente para tal operação, bem como pela penalidade imposta ao réu pelo BACEN, de inabilitação temporária por 3 anos, no procedimento administrativo em questão, e, posteriormente, pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional que, em grau de recurso, confirmou a responsabilidade do apelado, apenas mitigando a penalidade aplicada ao recorrido, convertendo-a em pena pecuniária.

A autoria delitiva, por sua vez, restou demonstrada com expressiva segurança, como se verifica da cópia do contrato social de fls. 16/26 (cláusula 6ª), bem como pela prova testemunhal coligida nos autos e pelo interrogatório de fls. 712/715, que atestam ser o apelado o responsável pela administração da instituição financeira “Banco Cidade S/A Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio”, respondendo, pois, pelo delito perpetrado na condução dos negócios da instituição financeira, nos termos do artigo 25 da Lei 7.492/86.

O réu, em Juízo, quando interrogado, admitiu a prática delitiva, afirmando que:

“(...) Quanto ao que consta, na denúncia, referente às operações com ouro, afirma que o preço está correto, mas a venda foi feita para entrega e liquidação física e financeira futura, na segunda-feira. Afirma que não era

necessário que houvesse os lingotes na sexta-feira. Afirma que não houve venda efetiva sem lastro porque o negócio seria efetivado na segunda-feira. Afirma que, na época, a inflação era de mais ou menos três por cento ao dia e que o raciocínio do operador foi no sentido de vender o lote de ouro à empresa, que estaria mais caro na segunda-feira, e assim, a diferença do valor obtido na recompra do ouro equivaleria mais ou menos à diferença que resultou do resgate. Afirma que o banco vendeu ouro à SHARP, para pagar e receber na segunda-feira. Na segunda-feira a SHARP revendeu para receber na própria segunda. Reafirma que não houve caracterização de falta de lastro porque a operação era para liquidação futura, ou seja, no dia útil seguinte. Afirma que está errada a avaliação do Banco Central.” (...). (fls. 713/714) (negritei).

De outro lado, esclarecedora foi a conclusão a que chegou o Banco Central do Brasil, consubstanciada no processo administrativo que culminou com a pena de inabilitação temporária por 3 anos contra o apelado (fls. 515/523), onde restou consignado a fl. 521, que:

“(…)

No balanço das operações com ouro, as irregularidades de venda do metal sem lastro, no mercado de balcão, no dia 08.01.93, e da compra de ouro, no dia 11.01, que acarretaram significativo prejuízo à instituição, centram-se, como alega a defesa, na venda (e posterior compra) de 4.635 lingotes à SHARP, quando no estoque da BANCOCIDADE existiam apenas 3.350 lingotes disponíveis. Foram negociados, portanto, 1.285 lingotes inexistentes. Carece de embasamento a alegação isolada de que aquela venda tenha sido realizada sob a condição de entrega e liquidação futura e a justificativa de que visava afastar o risco de queda da cotação do ouro. Isto porque a documentação juntada

aos autos atesta o caráter à vista das operações, a despeito das contraditórias referências da defesa à operações a prazo ou compromissadas. Ademais, não se pode admitir a alegação de que a empresa defendente buscava reduzir seu risco ao negociar o metal, pelo simples fato de que ela não apenas vendeu volume de ouro superior à totalidade de sua posição, como, também, porque a mesma quantidade foi recomprada, no dia útil imediatamente posterior, tendo como contraparte a mesma empresa anteriormente compradora. Tais fatos, por sua própria natureza irregulares, haja vista terem sido negociados ativos que não compunham a carteira da BANCOCIDADE, são agravados pela realização de prejuízos na mesma operação, resultado este inquestionavelmente lesivo aos interesses da instituição. (...)”.

A testemunha de defesa, Wilson Roberto Fonseca de Abreu, na época, funcionário do Banco Cidade Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio que trabalhou junto com o réu, afirmou em seu depoimento em Juízo a fls. 734/735, que:

“(...) Conhece o acusado porque trabalharam por cerca de 16 ou 17 anos no Bancocidade. Isso foi de 1977 a 1996, quando o depoente saiu da organização. (...) Perguntado se o acusado e os gerentes tinham condições de acompanhar as operações, afirma que, no dia da operação, não; no dia seguinte, é que soltavam relatórios. (...) *perguntado se era comum fazer tal tipo de operação sem lastro, afirma que não. O lastro era importante no dia da liquidação da operação*” (negritei).

O depoimento da outra testemunha de defesa, Matias Nazari Puga Netto, ex-funcionário do BACEN e que atualmente trabalha no escritório de advocacia que fez a defesa do réu no âmbito administrativo perante o próprio BACEN, na tentativa de esclarecer de forma técnica com base em seu conhecimento a

respeito do Sistema Financeiro Nacional, declarou a fls. 736/738 dos autos, que:

“(…) O depoente conhece o acusado quando começou o processo administrativo por volta de 1996. Afirma que leu e acompanhou o processo administrativo no Banco Central. (...) trabalhou durante 16 anos para o Banco Central e foi chefe de fiscalização em São Paulo. Existem operações a vista ou a termo; sendo que, quando é a termo, o pagamento pode coincidir ou não com a entrega da coisa. O fato de não se entregar a coisa ou de não se receber o recurso, não significa que seja ilícito. *Como uma pessoa que lê e acompanha as decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, afirma que, no passado, o Banco Central considerava como má gestão a ocorrência de inúmeras operações irregulares; mas a consideração de má gestão ou não sofreu alteração no tempo; o Banco Central era mais tolerante antes da CPI dos precatórios, sendo que passou a ser mais rigoroso após. Perguntado sobre se a definição do conceito ‘gestão’ para o Banco Central é diferente do comum, afirma que o conceito está na lei, sendo configurada a má gestão como infração grave na condução dos interesse da empresa; o Banco Central acha que tem poder discricionário para dizer se houve ou não a má gestão. Por exemplo, a operação com ouro a descoberto, há casos em que, como foi entregue logo, foi arquivado o procedimento; outros casos há em que ocorreu ao contrário. O depoente tem conhecimento de que, no presente caso, a operação aconteceu numa sexta-feira, e foi liquidada na segunda-feira com uma recompra. No processo administrativo, foi aplicada pena de inabilitação que foi convalidada em pena de multa; havia vários envolvidos mas a pena foi aplicada ao acusado porque ele era o responsável pela carteira. (...) quanto ao lastro, afirma que o mesmo, na verdade, no momento em que é realizada*

a operação, não existe, há uma promessa e se for cumprido o compromisso a operação é considerada lícita . Perguntado se o Banco Central aceita esse tipo de operação, afirma que aceita. Perguntado a respeito dos casos que são encaminhados pelo Banco Central, afirma que, na dúvida, o mesmo encaminha ao Ministério Público, para não correr o risco de deixar de encaminhar havendo ilícito penal. No caso de operação à vista, o Banco Central adota duas políticas, ou considera lícita porque houve o pagamento em seguida, ou, como neste caso, que foi um dia depois, ele puniu . No caso de operação a termo, continua sendo aceito.”

Viu-se, portanto, por meio dos elementos probatórios coletados aos autos, consubstanciados tanto na prova documental como na prova testemunhal produzida no decorrer da instrução criminal, que o apelado praticou a conduta prevista no tipo descrito no artigo 4º, § único da Lei 7492/86, não só porque era gerente administrador da sociedade, como atestou o contrato social da corretora (cláusula sexta), possuindo poderes para representá-la ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, mas também porque ele era o responsável por essa carteira de ativos, e não poderia desconhecer o fato de que estavam sendo negociados ativos que não compunham tal carteira, com resultado inquestionavelmente lesivo aos interesses da instituição. Não há, pois, como acolher a tese da defesa no sentido de que se trata de responsabilidade objetiva, proibida no nosso sistema processual penal, e de que ele não pode ser apenado, em razão de inexistir ação física sua no evento.

A defesa sustenta, em suas contra-razões de apelação (fls. 818/851), que o réu realizou uma única e isolada operação, que foi considerada pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional como mera “irregularidade”, e que nenhum ato temerário foi por ele praticado, não tendo havido prejuízos ou riscos para quem quer que seja, mormente para a instituição.

É bom que se diga que, na verdade, a norma incriminadora

tem como escopo proteger o Sistema Financeiro Nacional, a política econômica do país, exigindo de seus operadores lisura e regularidade em suas atuações, até porque a credibilidade do modelo econômico adotado pelo governo é que vai atrair o capital dos investidores nacionais e estrangeiros, e tal desiderato só pode ser alcançado se as instituições financeiras agirem dentro da lei. Assim, o que a norma visa garantir é a confiança, a credibilidade do mercado financeiro nacional, fator essencial para o bom desempenho da economia do país.

Enfim, o que está na mira do legislador é a credibilidade do sistema econômico vigente no país e não o prejuízo patrimonial, potencial ou efetivo, causado pela conduta delituosa. Por esse motivo, a doutrina tem conceituado tal crime como de mera conduta, a dispensar a produção de qualquer resultado lesivo no campo material.

E, consoante se verifica do cotejo dos elementos supra transcritos, a conduta descrita na denúncia pelo Ministério Público Federal corresponde à infração contida na norma incriminadora, do que se conclui que a conduta do apelado amolda-se ao tipo penal, não havendo que se falar em atipicidade no ilícito por ele perpetrado, como entendeu o Douto Magistrado “a quo”.

Deve ser repelida, também, a tese da defesa, que invoca a inépcia da peça exordial acusatória por falta de justa causa, pelo fato de a acusação se basear no simples fato de ser o apelado dirigente da instituição financeira na época dos fatos, imputando-lhe responsabilidade objetiva, não tendo ele participado da operação tida como fraudulenta.

Por certo, pode-se dizer que o sujeito ativo do crime em questão é aquele definido no artigo 25 da Lei nº 7.492/86. Ocorre que é fundamental que o agente tenha poderes de gestão na empresa, ou seja, deve ele possuir poderes especiais para praticar o ato tido como temerário. No caso concreto, não houve responsabilidade objetiva, pois ficou evidenciado pelo Contrato Social acostado aos autos que o apelado tinha poder de gestão, e, ademais, ele próprio confessou a prática da operação temerária de revenda de lote de ouro sem lastro a Sharp S/A, justificando, porém, sua

conduta, asseverando que: “não era necessário que houvesse os lingotes de ouro na sexta-feira” e que no seu entender, “não houve venda efetiva sem lastro porque o negócio seria efetivado na segunda-feira.”

Ademais, como ele era o responsável pela carteira de ativos, não poderia desconhecer o fato de que foram negociados 1.285 lingotes de ouro inexistentes, em 08 de janeiro de 1983. A venda do metal sem lastro, no mercado de balcão restou agravada pela realização de prejuízos na operação, como concluiu o Banco Central do Brasil: “A movimentação do estoque de lingotes de ouro daquele dia (fl. 37) estampa que o saldo devedor (1.285 lingotes) não foi devidamente provido. As compras efetuadas no alegado dia de liquidação física, a rigor, foram de 737 lingotes, sendo que a outra aquisição referia-se à recompra dos polêmicos 4.635 lingotes. Percebe-se, portanto, que a posição pendente foi ajustada, virtualmente, com a ‘compra’ de 1.285 lingotes inexistentes, irregularmente vendidos à SHARP pela própria BANCOCIDADE, permitindo, em contrapartida, a baixa de 1.285 lingotes devidos. Agrava a irregularidade o fato de que a empresa defendente, com o alegado intuito de permitir a liquidação física das transações acordadas em 08.01.93 com a SHARP, recomprou o metal desta mesma sociedade com prejuízo. Plenamente caracterizada, portanto, a realização deliberada de prejuízo, além da irrefutável negociação de ouro sem lastro” (fl. 521).

E, embora a defesa sustente que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro, ao apreciar o recurso voluntário do recorrido, reconheceu que não restou demonstrada a sua responsabilidade, é bom que se diga que na verdade, não houve absolvição ou determinação de arquivamento do processo administrativo em relação ao apelado. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro houve por bem convolar a pena de inabilitação temporária para o exercício de cargo de administração para a pena pecuniária, resultando, assim, na minimização da pena administrativa aplicada ao recorrido.

E mais, a aplicação da pena de multa em última instância administrativa não impede que a conduta do apelado seja subsumida

penalmente ao artigo 4º, § único da Lei 7.492/86, pois, não se pode olvidar que a seara penal independe da seara administrativa, não estando o Poder Judiciário vinculado às decisões tomadas na esfera administrativa - Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário – artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna .

Portanto, restou indiscutível a tipificação do delito capitulado no art. 4º, § único da Lei 7.492/86, e a comprovação de sua materialidade e autoria, não podendo prevalecer a decisão de absolvição proferida pelo Magistrado de primeiro grau.

Assim, a reforma da sentença absolutória e a conseqüente condenação do apelado são medidas que se impõem.

Passo a dosar a pena do apelado.

Atendendo às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu ABRAMO DOUEK é primário e não possui antecedentes criminais. Por outro lado, a sua culpabilidade, conduta social e personalidade, bem como os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime se mostram dentro dos parâmetros da normalidade, motivo pelo qual a pena base é fixada no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de um salário mínimo, em atenção às condições financeiras do acusado. Não havendo circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou diminuição, torno tais penas definitivas.

A pena corporal, a teor do artigo 33, do Código Penal, deverá ser cumprida, inicialmente, no regime aberto, em razão de ter sido fixada em patamar inferior a quatro anos, além do que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu.

Nos termos do artigo 44 do Código Penal, a pena corporal é de ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

E, considerando a pena corporal de 02 (dois) aplicada, constata-se que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, vez que tal sanção prescreve em 04 (quatro) anos, a teor do artigo 109, inciso V do Código Penal. Ora, entre as datas dos fatos (08/01/93 e 11/01/93 - fls. 02/03) e a data do recebimento da denúncia (23/03/99 – fl. 705) já transcorreu lapso de tempo muito superior

a quatro anos, motivo pelo qual é de se decretar a extinção da punibilidade do delito, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar ABRAMO DOUEK como incurso no artigo 4º, § único da Lei 7.492/86, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, arbitrados em um salário mínimo vigente à época dos fatos e, de ofício, decreto a extinção da punibilidade do delito, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 109, inciso V, c.c artigo 110, § 1º do Código Penal.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

Registro 2008.03.00.043395-8

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Parte Ré: ERIVAN OLIVEIRA ANDRADE

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: CJ 11229

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2009

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. RESIDÊNCIA DO SENTENCIADO.

- Processamento da execução penal que cabe à primeira vara com competência criminal da Subseção Judiciária do Juízo da condenação. Inteligência do artigo 65 da LEP e Provimento COGE nº 64/2005.

- Residência fora da sede do Juízo da condenação que não opera o deslocamento da competência, cabendo a expedição de precatória para a fiscalização do cumprimento das condições do benefício concedido e permanecendo o Juízo das Execuções da respectiva Subseção Judiciária com competência para a solução dos incidentes e para a decisão final da execução.

- Conflito negativo de competência julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Federal suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito de competência para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Bauru, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator, que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de agosto de 2009.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos da Execução Penal promovida contra Erivan Oliveira Andrade, perante a 1ª Vara Federal de Bauru, proferindo o MM. Juiz Federal encarregado do feito decisão declinatória da competência pelo fato de o condenado residir no município de Guarulhos, ao entendimento de dever ser processada a execução da pena pelo Juízo do foro no qual reside o sentenciado.

Remetidos os autos, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Guarulhos suscitou o presente conflito, alegando que a mudança de endereço do executado não permite a intelecção de deslocamento da competência jurisdicional.

O parecer da lavra da procuradora regional da república é pela improcedência do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitante.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): - Trata-se de conflito de competência suscitado em autos de execução de condenação por delito capitulado no artigo 334, § 1º, “d”, do Código Penal a dois anos e oito meses de reclusão em regime inicial aberto.

A matéria versada nestes autos é alusiva à competência para a execução de sentença condenatória de réu que reside em Subseção Judiciária diversa do Juízo da condenação.

A questão é regulada pelo artigo 65 da Lei nº 7.210/84, do seguinte teor:

“Art. 65. A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.”

Também dignos de nota os artigos 296 e 334 do Provimento COGE nº 64/2005 definindo critérios de competência entre as varas de cada subseção:

“Art. 296. Na Justiça Federal de Primeiro Grau da Terceira Região, cabe à Primeira Vara de cada Subseção Judiciária, que detenha competência criminal, o processamento das execuções penais, na forma da Lei nº 7.210/84 e demais disposições aplicáveis.”

“Art. 334. Nas ações criminais, a execução da pena e controle do cumprimento das condições de ‘SURSI’ dar-se-ão sob a competência do Juízo das Execuções Penais, instalado nas Primeiras Varas das Subseções Judiciárias da Justiça Federal com competência criminal, desenvolvendo-se perante este Juízo todos os procedimentos correspondentes às situações previstas na Lei nº 7.210 de 11.07.84 - Lei das Execuções Penais.”

O conflito ocorre entre juízos com competência em matéria de execução e se estabelece na questão da residência do réu como elemento hábil ou não à fixação da competência.

A residência fora da sede do Juízo da condenação tem alcance de ordem prática, concernindo à celeridade e eficiência dos atos executórios, interesses estes que, todavia, não operam o deslocamento da competência e devem ser resguardados com a expedição de precatória para a fiscalização do cumprimento das condições do benefício concedido.

Depreende-se do citado provimento a especialização das primeiras varas, que detenham competência criminal, em matéria de execução e sua competência nos processos da respectiva Subseção Judiciária.

No caso a sentença condenatória foi proferida pela 2ª Vara Federal de Bauru.

A competência pertence, portanto, ao Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Bauru, ao qual cabe a pertinente atividade decisória e podendo apenas delegar a fiscalização do cumprimento da pena, permanecendo, porém, com competência para a solução dos incidentes e para a decisão final da execução.

Em conformidade com a conclusão alcançada, destaco precedente firmado à unanimidade no Conflito de Competência nº 2007.03.00.015514-0, desta Colenda Primeira Seção, de relatoria do E. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, assim ementado:

“EXECUÇÃO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. SENTENCIADO COM RESIDÊNCIA EM MUNICÍPIO DIVERSO DO FORO DA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO PARA O JULGAMENTO DOS INCIDENTES DA EXECUÇÃO. ART. 65 DA LEP. CONFLITO PROCEDENTE.

I - O artigo 65 da Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal, é expresso em estabelecer que a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

II - Hipótese de competência funcional que impõe o processamento da execução perante o juízo suscitado, ao qual incumbirá deprecar, ao juízo suscitante ou a outro de qualquer foro em que venha a residir o condenado, a prática dos atos necessários ao cumprimento da pena imposta. Precedentes da 1ª Seção e 2ª Turma desta Corte.

III - Conflito procedente”.

Por estes fundamentos, julgo procedente o conflito negativo de competência para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Bauru suscitado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Registro 2008.03.00.037221-0**

Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 101/111

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Interessadas: UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: AI 349020

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR TURMA COMPOSTA POR MAIORIA DE JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu não haver inconstitucionalidade no julgamento em que a turma é composta por maioria de juízes convocados (STF, HC nº 81.347, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.04.03) e que a convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfeire o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 9.788/99 (STF, HC nº 86.889-4, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.11.07). No caso da Justiça Federal, a convocação de juiz federal é baseada no art. 118 da Lei Complementar nº 35/79 e no art. 4º da Lei nº 9.788/99, de modo que há fundamento legal para tanto, situação diversa do sistema de participação voluntária do juiz mediante edital interno, como sucede nas hipóteses em que o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade de julgamentos proferidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Embargos de declaração não providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de agosto de 2009.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra o acórdão de fls. 101/111, por meio do qual esta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo legal interposto pelo recorrente.

Alega-se, em síntese, que o julgamento do agravo legal feito por esta Turma ofendeu o princípio do juiz natural, uma vez que realizado por órgão fracionário composto, majoritariamente, por juízes convocados de primeira instância.

O embargante prequestiona o art. 118 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, bem como os arts. 5º, LIII, 93, III, 94 e 98, I, todos da Constituição da República (fls. 119/124).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Juízes convocados. Nulidade. Inexistência. O Supremo Tribunal Federal decidiu não haver inconstitucionalidade no julgamento

em que a turma é composta por maioria de juízes convocados (STF, HC nº 81.347, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.04.03) e que a convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfeire o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 9.788/99 (STF, HC nº 86.889-4, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.11.07). No caso da Justiça Federal, a convocação de juiz federal é baseada no art. 118 da Lei Complementar nº 35/79 e no art. 4º da Lei nº 9.788/99, de modo que há fundamento legal para tanto, situação diversa do sistema de participação voluntária do juiz mediante edital interno, como sucede nas hipóteses em que o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade de julgamentos proferidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Do caso dos autos. No julgamento do agravo legal de fls. 92/98, esta Turma, composta em 19.01.09 pela Desembargadora Federal Ramza Tartuce e pelos Juízes Federais convocados Erik Gramstrup e Roberto Jeuken, negou provimento ao recurso, acompanhando o voto de lavra do Juiz Federal convocado Erik Gramstrup de fls. 103/110.

A embargante sustenta a ilegalidade do julgamento do recurso, em virtude da composição desta Turma à data do julgamento ter sido majoritariamente de juízes convocados.

Conforme se verifica, o Supremo Tribunal Federal decidiu não haver inconstitucionalidade no julgamento em que a turma é composta por maioria de juízes convocados (STF, HC nº 81.347, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.04.03) e que a convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfeire o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 9.788/99 (STF, HC nº 86.889-4, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.11.07).

Quanto à convocação do Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup, que integrou o colegiado em substituição no julgamento mencionado, consta que referido Magistrado foi convocado *ad referendum* do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para, com prejuízo de suas atribuições, atuar na Quinta Turma desta Corte, no período de 07.01.09 a 06.02.09, em virtude

das férias e compensação do Desembargador Federal André Custódio Nekatschalow, nos termos do Ato nº 9.225, de 08.01.09, da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no uso de suas atribuições regimentais, e disponibilizado no diário eletrônico em 16.01.09.

Verifica-se preenchidos os requisitos do art. 118 da Lei Complementar nº 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o qual possibilita convocar Juiz em substituição, escolhido pelo Órgão Especial do Tribunal, em caso de afastamento por prazo superior a 30 (trinta) dias de membro de Tribunal Regional:

“Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial: (Redação dada pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86)

§ 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:

I - os Juízes Federais, para o Tribunal Federal de Recursos;

II - o Corregedor e Juízes Auditores para a substituição de Ministro togado do Superior Tribunal Militar;

III - Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo;

IV - os Juízes de Direito do Distrito Federal, para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

V - os Juízes Presidentes de Junta de Conciliação o Julgamento da sede da Região para os Tribunais Regionais do Trabalho.

§ 2º - Não poderão ser convocados Juízes punidos com as penas previstas no art. 42, I, II, III e IV, nem os que estejam

respondendo ao procedimento previsto no art. 27.

§ 3º - A convocação de Juiz de Tribunal do Trabalho, para substituir Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, obedecerá o disposto neste artigo.

§ 4º Em nenhuma hipótese, salvo vacância do cargo, haverá redistribuição de processos aos Juízes convocados. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.1986”

A convocação em análise atendeu também aos dispositivos do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região referentes à convocação de Juiz Federal para substituição. Cumpre transcrever as normas regimentais aplicáveis:

“Art. 21 - São atribuições do Presidente:

(...)

XVI - convocar os Juízes Federais para substituição;

(...)

CAPÍTULO X Das Licenças, Substituições e Convocações

Art. 47 - A licença deve ser requerida com a indicação do prazo e do dia pretendido para o início, começando, porém, a contar da data em que passar a ser utilizada.

§ 1º - O Desembargador Federal licenciado, poderá, salvo contra-indicação médica, proferir decisões em processos que, antes da licença, lhe hajam sido conclusos para julgamento, inclusive em razão de pedido de vista, ou tenham recebido o seu visto como Relator ou Revisor.

§ 2º - O Desembargador Federal licenciado pode reassumir o cargo, a qualquer tempo, entendendo-se que desistiu do restante do prazo concedido.

Art. 48 - Nas ausências e impedimentos eventuais ou temporários, a substituição no Tribunal dar-se-á da seguinte maneira:

I - o Presidente do Tribunal pelo Vice-Presidente e este pelos demais Desembargadores Federais, na ordem decrescente de antigüidade;

II - o Presidente da Seção, pelo mais antigo de seus membros;

III - o Presidente da Turma, pelo mais antigo de seus membros;

IV - os Presidentes das Comissões, pelo mais antigo dentre os seus membros;

V - qualquer dos membros das Comissões, pelo suplente, observada a antigüidade;

VI - o Corregedor-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, pelo membro efetivo mais antigo do Conselho.

Art. 49 - O Relator é substituído:

I - no caso de impedimento, ausência ou obstáculos eventuais, em se cogitando da adoção de medidas urgentes, pelo Revisor, se houver, ou pelo Desembargador Federal imediato em antigüidade, no Plenário, na Seção ou na Turma, conforme a competência;

II - quando vencido, em sessão de julgamento, pelo Desembargador Federal designado para redigir o acórdão;

III - em caso de licença ou ausência por mais de 30 (trinta) dias, mediante redistribuição;

IV - em caso de aposentadoria, renúncia ou morte:

a) pelo Desembargador Federal nomeado para a sua vaga;

b) pelo Desembargador Federal que tiver proferido o primeiro voto vencedor, condizente com o do Relator, para lavrar ou assinar os acórdãos dos julgamentos anteriores à abertura da vaga;

c) pela mesma forma da letra 'b' deste inciso, e enquanto não empossado o novo Desembargador Federal, para assinar cartas de sentença e admitir recursos.

Art. 50 - O Revisor é substituído, em caso de vaga, ou de impedimento ou de licença por mais de 30 (trinta) dias, pelo Desembargador Federal do Plenário, da Seção ou da Turma que o seguir em antigüidade.

Art. 51 - Em caso de vaga ou de afastamento de Desembargador Federal do Tribunal, por prazo superior a 30 (trinta) dias, poderá ser convocado Juiz Federal da Primeira Instância, para substituição. A convocação far-se-á pelo voto da maioria absoluta de seus membros, observando-se o disposto no art. 118 da Lei Complementar nº 35/79, com

a redação da Lei Complementar nº 54/86.

§ 1º - O julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos, ainda que o Desembargador Federal afastado seja o Relator.

§ 2º - Somente quando indispensável para decidir nova questão, surgida no julgamento, será substituído o ausente, cujo voto, então não se computará.

§ 3º - Em nenhuma hipótese, salvo vacância de cargo, haverá redistribuição de processos ao Juiz Federal de Primeira Instância convocado (Lei Complementar nº 35/79, art. 118, § 4º, com a redação da Lei Complementar nº 54/86).

§ 4º - O Juiz Federal de Primeira Instância convocado receberá a diferença de vencimentos correspondentes ao cargo de Desembargador Federal do Tribunal, inclusive diárias e transporte, se for o caso (Lei Complementar nº 35/79, art. 124, com a redação da Lei Complementar nº 54/86).

Art. 52 - Quando o afastamento for por período igual ou superior a 3 (três) dias, serão redistribuídos mediante oportuna compensação os ‘habeas corpus’, os mandados de segurança e os feitos que, consoante fundamentada alegação do interessado, reclamem solução urgente. Em caso de vaga, ressalvados esses processos, os demais serão atribuídos ao nomeado para preenchê-la.

Parágrafo único - Não serão redistribuídas as medidas urgentes referidas neste artigo, quando a vaga ou afastamento de Desembargador Federal do Tribunal for por prazo superior a 30 (trinta) dias, caso em que serão decididas pelo Juiz Federal convocado para a substituição.

Art. 53 - Para completar ‘quorum’ de uma das Seções, serão convocados Desembargadores Federais da outra; e de uma das Turmas serão convocados Desembargadores Federais de outras Turmas, de preferência da mesma Seção.

Art. 54 - A convocação de Juiz Federal de Primeira Instância somente se fará para completar, como terceiro Juiz, o ‘quorum’ de julgamento, quando, por suspeição ou impedimento dos integrantes do Tribunal, não for possível

a substituição na forma prevista no artigo anterior.

§ 1º - A convocação far-se-á na forma estabelecida no art. 51, dentre os Juízes Federais da Primeira Instância vitalícios, brasileiros, com mais de trinta anos de idade.

§ 2º - Não poderão ser convocados Juízes Federais de Primeira Instância punidos com as penas de advertência e censura, previstas neste Regimento, nem os que estejam respondendo ao procedimento para apuração de faltas.

§ 3º - A convocação de Juiz Federal de Primeira Instância, para completar ‘quorum’ de julgamento, não autoriza a concessão de qualquer vantagem, salvo diárias e transporte, se for o caso.”

Verifica-se, portanto, que a convocação do Juiz Federal Erik Gramstrup atendeu ao disposto na legislação vigente, não havendo qualquer nulidade no julgamento do agravo legal.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES
EM APELAÇÃO CÍVEL
Registro 89.03.030139-0

Embargante: UNIÃO FEDERAL

Sucedido: CIA. DE NAVEGAÇÃO LLOYD BRASILEIRO

Embargado: GREAT AMERICAN INSURANCE COMPANY

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: EI 6924

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2009

EMENTA

TRANSPORTE MARÍTIMO. TERMO DE AVARIAS. FALTA DE ASSINATURA DOS INTERESSADOS. AUSÊNCIA DE VISTORIA DO DECRETO-LEI 116/67. NECESSIDADE. INADEQUALIDADE DA EMBALAGEM DO PRODUTO TRANSPORTADO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.

1. Nos autos constata-se a ausência da vistoria prevista no Decreto-lei 116/67 e a prova dos autos gira em torno do termo de avarias, expedido unilateralmente pela Cia. Docas de Santos. Com o aludido termo não se dá para aquilatar a causa da avaria da mercadoria ou onde ela se verificou, sendo a vistoria o meio hábil ao deslinde de tais questões. O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o termo de avaria não tem o condão de substituir a vistoria exigida pelo Decreto-lei 116/67 (STJ, REsp 4361/RS, 3ª Turma, Ministro Nilson Naves, DJ 29.06.1992, pág. 10315; REsp 160029/SP, 3ª Turma, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 31.08.1998, pág. 77 e REsp 184572/SP, 4ª Turma, Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, DJ 10.05.1999, pág. 185).

2. Ainda que se admitisse a substituição da vistoria pelo termo de avarias, constata-se que este não foi assinado e nem realizado com todos os interessados presentes, o que demonstra vícios formais existentes no respectivo termo,

tornando-o inválido por contrariar o ordenamento jurídico (Decreto-lei 116/67).

3. As mercadorias transportadas eram constituídas de produtos perecíveis e estavam embaladas em sacos de papelão, o que revela evidente inadequidade da embalagem. Tal fato contribuiu para o evento danoso e por conseguinte, exime a transportadora dos riscos daí decorrentes, nos termos do Art. 4º, § 4º, do Decreto-lei 116/67).

4. Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

5. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de julho de 2009.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Cuida-se de embargos infringentes interpostos em 05.06.1975 por CIA. DE NAVEGAÇÃO LLOYD BRASILEIRO (Transportadora) contra acórdão da Colenda Segunda Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR, que por maioria, negou provimento à apelação da sentença que julgou procedente ação de indenização ajuizada por GREAT AMERICAN INSURANCE COMPANY (Seguradora), objetivando o reembolso dos valores pagos a título de seguro marítimo em decorrência das avarias constatadas no ato de descarga das mercadorias transportadas pela ré-embargante.

No julgamento da apelação o Ministro Jarbas Nobre ficou vencido com o voto seguinte:

“Neste caso, avulta a necessidade da apuração da causa da avaria da mercadoria e onde ela se verificou. E o meio indicado pela lei, é a vistoria, vez que, enquanto uma parte alega que ela decorrerá de água da chuva, a outra entende que a mercadoria fora molhada por água do mar.

Discute-se, portanto, se a responsabilidade pela avaria é do navio ou do armazém.

A ‘Cia Docas’, interessada no desfecho da causa, é suspeita para dizer que o dano não se dera em seu armazém. Isto posto, e uma vez que no caso, não ficou caracterizada a responsabilidade da transportadora, reformo a sentença para julgar improcedente a ação, carreando-se à autora as cominações contidas na sentença contra a ré.”

Sob o ponto discutido no voto acima assim se manifestaram os Ministros Amarílio Benjamin e Decio Miranda:

Ministro Amarílio Benjamin:

“3) As avarias ocorridas nos artigos transportados encontram prova bastante nos termos fornecidos pela Cia. Docas de Santos, fls. 11 e 54/55. Não há prova, por parte do recorrente de que a água que as molhou fosse de chuva, e de que não tivesse meios de evitar a ocorrência.”

Ministro Decio Miranda:

“Documentadas as avarias, verificadas por ocasião do desembarque, pela atestação do referido termo, fornecida pela empresa portuária, a ação era procedente, como bem decidiu a sentença.”

Pleiteia a embargante, em síntese, a reforma do acórdão, sob o fundamento de que: a) a instrução do feito ocorreu com o termo de avaria expedido unilateralmente pela Companhia Docas

de Santos e esta sempre atribuirá ao transportador-armador a responsabilidade pelas avarias que ocorrerem dentro de seus armazéns; b) é condição de legitimação para a ação de reembolso a apresentação do termo de avaria assinado pelas três partes e feito no prazo de 24 horas a contar do desembarque; c) conforme os documentos de fls. 54 e 55, o representante da embargante não acompanhou a vistoria e nem assinou o respectivo termo. Por final, colaciona julgados do TFR no sentido da necessidade de vistoria nos casos de avaria de produtos transportados.

Devidamente intimada, a embargada não apresentou contra-razões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Recebidos os autos em redistribuição por sucessão aos 08.05.2007.

Submeto os autos à revisão, nos termos do Art. 34, V, do Regimento Interno.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Razão assiste à embargante, merecendo ser provido o recurso interposto.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu Art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A parte para exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório utiliza-se, além de outros atos processuais, da prova, cuja finalidade é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário.

Para tanto, deve valer-se de meios juridicamente possíveis e no momento adequado. Desse modo, os meios de prova devem ser idôneos, adequados, bem como formalmente corretos.

In casu, constata-se a ausência da vistoria prevista no Decreto-lei 116/67 e a prova dos autos gira em torno do termo de avarias de fls. 54/55, expedido unilateralmente pela Cia. Docas de Santos. Com o aludido termo não se dá para aquilatar a causa da avaria da mercadoria ou onde ela se verificou, sendo a vistoria o meio hábil ao deslinde de tais questões.

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o termo de avarias não tem o condão de substituir a vistoria exigida pelo Decreto-lei 116/67 (STJ, REsp 4361/RS, 3ª Turma, Ministro Nilson Naves, DJ 29.06.1992, pág. 10315; REsp 160029/SP, 3ª Turma, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 31.08.1998, pág. 77 e REsp 184572/SP, 4ª Turma, Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, DJ 10.05.1999, pág. 185).

Nesse sentido, trago ainda à colação, os seguintes precedentes jurisprudenciais: TFR, AC 0050662, 4ª Turma, Ministro José Néri da Silveira, DJ 10.03.81, pág. 136 e TFR, AC 47688, 4ª Turma, Ministro Carlos Madeira, DJ 06.08.80.

Por outro lado, conforme preceitua o Decreto-lei 116/67:

“Art. 1º - As mercadorias destinadas ao transporte sobre água, que antes ou depois da viagem foram confiadas à guarda e acondicionamento dos armazéns das entidades portuárias ou trapiches municipais, serão entregues contra recibo passado pela entidade recebedora à entregadora.

(...)

§ 3º - Os volumes em falta, avariados ou sem embalagem ou embalagem inadequada ao transporte por água, serão desde logo ressalvados pelo recebedor, e vistoriados no ato da entrega, na presença dos interessados.”

Ainda que se admitisse a substituição da vistoria pelo termo de avarias, constata-se que este não foi assinado e nem realizado com todos os interessados presentes, o que demonstra vícios formais existentes no respectivo termo, tornando-o inválido por contrariar o ordenamento jurídico (Decreto-lei 116/67).

À autora embargada interessa afirmar os fatos constitutivos

de seu direito e, portanto, compete prová-los. Todavia, deixando de promover as provas formalmente corretas para a elucidação dos fatos ocorridos, mister se faz reconhecer a improcedência do seu pedido.

O aludido Decreto-lei prescreve ainda:

“Art. 4º - As mercadorias serão entregues ao navio ou embarcação transportadora contra recibo passado pelo armador ou seu preposto:

(...)

§ 4º - A inadequidade da embalagem, de acordo com os usos e costumes e recomendações oficiais, equipara-se aos vícios próprios da mercadoria, não respondendo a entidade transportadora pelos riscos e consequências daí decorrentes.”

As mercadorias transportadas eram constituídas de produtos perecíveis e estavam embaladas em sacos de papelão (fls. 11 e 54/55), o que revela evidente inadequidade da embalagem. Tal fato contribuiu para o evento danoso e por conseguinte, exime a transportadora dos riscos daí decorrentes, nos termos do dispositivo supramencionado.

Por derradeiro, inverte o ônus da sucumbência e condeno a embargada nas custas e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Diante do exposto, dou provimento aos presentes embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO CÍVEL

EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO CÍVEL

Registro 1999.61.00.030984-6

Excipiente: UNIÃO FEDERAL

Excepta: ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DE SÃO PAULO E MATO GROSSO DO SUL - AJUFESP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: ExcImp 225

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO - AÇÃO DE NATUREZA COLETIVA - MAGISTRADO EXCEPTO ISENTO DO DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO IMPROCEDENTE.

1 - Se o magistrado se beneficiou com a antecipação da tutela em processo de natureza coletiva, ajuizado por entidade de classe, na qual não foi nomeado como parte, não se caracteriza a suspeição ou o impedimento indicados nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

2. Ademais, o magistrado excepto informa que está isento do desconto da contribuição previdenciária determinado pela Lei nº 9.783/98.

3. Exceção de suspeição rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitou a exceção de suspeição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Exceção de Suspeição e Impedimento argüida pela União Federal em face do MM. Juiz Federal da 24ª Vara Cível de São Paulo/SP, Dr. Victorio Giuzio Neto, nos autos da ação ordinária nº 1999.61.00.015730-0, na qual a Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul - AJUFESP objetiva assegurar a seus associados, o recebimento de remuneração mensal, com desconto de apenas 11% à título de contribuição previdenciária, afastando-se o indevido percentual majorativo determinado pela Lei nº 9.783/99.

Aduz o excipiente, em síntese, que a Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, obteve em prol de seus associados, antecipação de tutela para que os associados da autora não sofram, no recebimento de seus vencimentos desconto à título de contribuição para o Plano da Seguridade Social, em percentual superior àquele que já vem sendo cobrado, afastando os previstos na Lei nº 9.783/99, e, objetivando o excepto o mesmo provimento jurisdicional invocado na presente ação, estaria este interessado no julgamento favorável à parte.

Requer seja a presente exceção acolhida e provida, remendo-se os autos ao seu substituto legal.

O excepto, em suas razões, sustenta inexistir qualquer benefício ou vantagem, econômica ou moral, mesmo indireta, na referida ação, a indicar suspeição, mesmo porque não se encontra sujeito à incidência da hostilizada contribuição (fls. 33/37).

O Ministério Público Federal opinou pela rejeição da exceção de suspeição (fls. 51/53).

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Inicialmente, observo que, embora nestes autos se faça

referência à “Exceção de Impedimento e Suspeição”, tratam os autos de hipótese de suspeição, consoante se depreende da leitura da norma prevista no artigo 135, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

...

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.”

No mérito, as alegações da excipiente não prosperam.

A União Federal argui exceção de suspeição aduzindo que a Associação dos Juízes Federais - AJUFESP, na qualidade de substituto processual, obteve em prol de seus associados da 3ª Região, antecipação de tutela, mediante decisão que assegura o recebimento de remuneração, proventos e pensões, nos moldes que vinham fazendo, sem a majoração tributária veiculada pela Lei nº 9.738/99 e que objetivando o magistrado o mesmo provimento jurisdicional deduzido nos autos é ele interessado no julgamento favorável à autora.

Diz Celso Agrícola Barbi que a mais importante qualidade de um juiz é a imparcialidade. Investido da alta missão de decidir acerca dos mais relevantes interesses das partes, munido de amplos poderes para esse fim, é indispensável que o juiz realmente julgue sem ser influenciado por quaisquer fatores que não o direito dos litigantes (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, pág. 546, nº 714).

Nos termos do inciso V, do art. 135, do Código de Processo Civil é suspeito para funcionar no processo o juiz que for interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

No presente caso, a suspeição de parcialidade não se configura, tendo em vista que a ação na qual se pleiteia idêntico provimento jurisdicional, foi proposta por entidade de classe.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“PROCESSO CIVIL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO -BENEFÍCIO OBTIDO PELO MAGISTRADO - AÇÃO DE NATUREZA COLETIVA - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO IMPROCEDENTE.

Se o magistrado se beneficiou com a antecipação da tutela em processo de natureza coletiva, ajuizada por entidade de classe, na qual não foi nomeado como parte, não se caracteriza a suspeição ou o impedimento indicados nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Exceção de suspeição improcedente.” (processo: 98030290525 - Relatora Juíza Ramza Tartuce - DJU 23/10/2001 - pág. 651).

Acresce-se o fato que o magistrado excepto informa estar isento do desconto da contribuição previdenciária determinado pela Lei nº 9.783/98, por se enquadrar na isenção legal prevista em seu art. 4º, *verbis*: “O servidor público ativo que permanecer em atividade após completar as exigências para a aposentadoria voluntária integral nas condições previstas no art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, ou nas condições previstas no art. 8º da referida Emenda, fará jus a isenção da contribuição previdenciária até a data da publicação da concessão de sua aposentadoria, voluntária ou compulsória”.

Por esses fundamentos, rejeito a exceção de suspeição.
Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

“HABEAS CORPUS”

“HABEAS CORPUS”
Registro 2009.03.00.016571-3

Impetrante: FRANCISCA ALVES PRADO
Paciente: EUGENIO MORELL CAMPOS (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: HC 36662
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/09/2009

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO HOUVE OPORTUNO PROTESTO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 563 DO CPP. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PRECLUSÃO. PRECEDENTE DO STF ANTERIOR À LEI 11.900/2009. ATUALMENTE É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DO ATO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA O QUE POSSIBILITA A PRESERVAÇÃO DO INTERROGATÓRIO JÁ REALIZADO. ORDEM DENEGADA.

I - No julgamento do HC 90900/SP, o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo, que possibilitava o interrogatório dos réus por meio de videoconferência, tendo se manifestado, assim, pela necessidade de previsão em lei federal para que seja adotado tal procedimento.

II - De fato, quando da realização do interrogatório do paciente, ainda não havia lei federal em vigor regulando a matéria. Entretanto, o ato processual atingiu a finalidade para a qual foi praticado, inexistindo razão para anular o que foi produzido. A nulidade relativa somente será afirmada se, requerida oportunamente pela parte que se diz prejudicada, esta comprovar o efetivo prejuízo sofrido, o que não ocorreu no caso em tela. (art. 563, CPP). Foram, inclusive, asseguradas as garantias constitucionais do paciente.

III - Ainda que assim não fosse, cabe ressaltar que o julgamento do supramencionado *habeas corpus* pela Suprema Corte ensejou a edição da Lei nº 11.900/2009, a qual alterou a redação dos artigos 185 e 220 do CPP, dispondo expressamente acerca da possibilidade da realização de interrogatório e outros atos processuais por meio do sistema de videoconferência. Portanto, tal sistema é, na atualidade, perfeitamente aplicável.

IV - Desse modo, não seria recomendável, observadas as garantias constitucionais próprias, anular-se um ato processual e, por consequência, todos os atos processuais subsequentes, para, justamente, determinar a sua renovação conforme a lei processual penal vigente, pois a repetição do ato pode se dar por meio de videoconferência, uma vez que já há autorização legal para se proceder desta forma. É o caso de se aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, relativizando-se o princípio do *tempus regit actum*.

V - Quando do julgamento do *leading case* pelo Pretório Excelso não havia outra solução a ser dada para esses casos. Entretanto, atualmente, com a edição da Lei nº 11.900/2009, não só é possível como pertinente dar-se solução diversa a essas situações, em proveito da razoável duração do processo, da economia processual, da eficiência e da gestão prudente do dinheiro público. Até porque, não há como se falar em qualquer prejuízo à defesa, haja vista que o ato poderá ser praticado de maneira exatamente idêntica à anterior.

VI - Deve-se determinar sim a renovação do ato se e quando houver arguição oportuna, demonstração de efetivo prejuízo à parte, e/ou ausência de cumprimento das garantias constitucionais próprias à realização do interrogatório. Situações que evidenciam a ocorrência de prejuízo concreto, apto a ensejar nulidade, traduzindo-se em manifesta ofensa à ampla defesa.

VII - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por votação unânime, em *denegar* a ordem, nos termos da ata de julgamento, do relatório e do voto do Desembargador Federal Relator.

São Paulo, 08 de setembro de 2009.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Descrição Fática: A impetração narra que o paciente foi condenado a 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (08/11/2007), por ter infringido o artigo 33, *caput*, c.c artigo 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Impetrante: Alega, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois seu interrogatório foi feito por meio do sistema de videoconferência, o que ocasionou cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa, e do devido processo legal, em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 11.185/2005, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pede o deferimento da liminar para que seja decretada a nulidade do feito originário, desde o interrogatório, determinando-se a realização de nova audiência de interrogatório, instrução e julgamento, com a presença física do ora paciente, e, conseqüentemente, a expedição do competente alvará de soltura. No mérito, pugna pela concessão da ordem, confirmando-se a liminar.

As *informações* da autoridade impetrada foram dispensadas, pois o feito originário deste *mandamus* está nesta Corte aguardando o julgamento de apelação.

Liminar: Indeferida (fls. 257/261).

Parecer do MPF (Dra. Ana Lúcia Amaral): Pela denegação da ordem (fls. 265/271).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

O interrogatório do paciente foi realizado em 25 de abril de 2008, por meio de videoconferência.

No julgamento do HC 90900/SP, realizado na sessão de 30/10/2008, cujo acórdão ainda não foi publicado, o Pleno do excelso Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo, que possibilitava o interrogatório dos réus por meio de videoconferência, tendo se manifestado, assim, pela necessidade de previsão em lei federal para que seja adotado tal procedimento.

Forçoso reconhecer que, de fato, quando da realização do interrogatório do paciente, ainda não havia lei federal em vigor regulando a matéria.

Entretanto, de acordo com o artigo 563 do Código de Processo Penal, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Se o ato processual atingiu a finalidade para a qual foi praticado, inexistirá razão para anular o que foi produzido. A nulidade relativa somente será afirmada se, requerida oportunamente pela parte que se diz prejudicada, esta comprovar o efetivo prejuízo sofrido.

Pondero que, no caso em tela, não houve impugnação ao referido ato processual na oportunidade própria, tendo ocorrido preclusão.

Ademais, foram asseguradas as garantias constitucionais do paciente, pois foi garantido seu direito de comunicação privativa e sigilosa com seu defensor antes da realização da audiência de interrogatório (fls. 18/20).

Observo, também, que o fato de a ação penal ter tramitado

perante a 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP e o paciente encontrar-se recolhido na Penitenciária de Itai/SP, distante mais de 300 km da capital, justifica a realização do interrogatório à distância.

Desta feita, não há que se falar em nulidade, pois não houve qualquer prejuízo para a defesa, que concordou com a realização do ato.

Ainda que assim não fosse, cabe ressaltar que o julgamento do supramencionado *habeas corpus* pela Suprema Corte ensejou a edição da Lei nº 11.900/2009, a qual alterou a redação dos artigos 185 e 220 do Código de Processo Penal, dispondo expressamente acerca da possibilidade da realização de interrogatório e outros atos processuais por meio do sistema de videoconferência. Portanto, tal sistema é, na atualidade, perfeitamente aplicável.

Desse modo, a meu sentir, não seria recomendável, observadas as garantias constitucionais próprias, anular-se o interrogatório e, por consequência, todos os atos processuais subsequentes, para, justamente, determinar a sua renovação conforme a lei processual penal vigente, pois a repetição do ato pode se dar por meio de videoconferência, uma vez que já há autorização legal para se proceder desta forma.

É o caso, a meu ver, de se aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, relativizando-se o princípio do *tempus regit actum*.

Aliás, destaco que, quando do julgamento do *leading case* pelo Pretório Excelso, em 30/10/2008, partindo-se da premissa da exigência de lei federal que previsse a realização do interrogatório à distância, não havia outra solução a ser dada para esses casos.

Entretanto, atualmente, com a edição da Lei nº 11.900/2009, não só é possível como pertinente dar-se solução diversa a essas situações, em proveito da razoável duração do processo, da economia processual, da eficiência e da gestão prudente do dinheiro público. Até porque, não há como se falar em qualquer prejuízo à defesa, haja vista que o ato seria praticado de maneira exatamente idêntica à anterior.

Penso que se deve determinar sim a renovação do ato se e quando houver arguição oportuna, demonstração de efetivo

prejuízo à parte, e/ou ausência de cumprimento das garantias constitucionais próprias à realização do interrogatório. Situações que evidenciam a ocorrência de prejuízo concreto, apto a ensejar nulidade, traduzindo-se em manifesta ofensa à ampla defesa.

Por fim, observo que a Primeira Seção deste Tribunal já havia se manifestado pela validade do interrogatório realizado por meio de videoconferência, senão vejamos:

“HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSUAL PENAL INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL - ORDEM DENEGADA.

1. Preliminar. Diante da relevância e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, a Seção conheceu do pedido, nos termos do voto do E. Desembargador Federal Relator.
2. Mérito. A Egrégia 5ª Turma já examinou o tema em pelo menos duas oportunidades, *Habeas Corpus* números 2007.03.00.082440-2 e 2007.03.00.094633-7, sendo que, em ambos os casos, foi reconhecida a legitimidade dos atos processuais praticados por videoconferência.
3. A realização de atos processuais por videoconferência é uma realidade que se insere no contexto inafastável da incorporação de novas tecnologias ao serviço público de prestação da tutela jurisdicional. A própria Emenda Constitucional nº 45 ao inserir o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal impõe que o Poder Público empreenda medidas da natureza exposta nestes autos, no desiderato de garantir a ‘(...) razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (...)’.
4. Não se vislumbra qualquer prejuízo que decorra, pura e simplesmente, da realização de um ato processual por videoconferência. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo.

O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

5. Nestes autos não há nenhuma prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, de modo que a rejeição da pretensão veiculada em seu benefício é medida que se impõe.

6. A realização de um ato processual por videoconferência não se constitui em ofensa ao princípio da legalidade. O procedimento previsto nos artigos 185 a 196 do CPP é integralmente observado na sua substância.

7. O STF aceita o interrogatório por carta precatória, na qual não há contato pessoal entre o Juiz da causa e o acusado, mesmo ausente previsão legal expressa. Essa mesma linha de raciocínio deve ser aplicada ao caso.

8. Ordem denegada.”

(TRF3, HC 30630, processo nº 2008.03.00.001008-7, Relator Juiz Baptista Pereira, Relator para Acórdão Juíza Ramza Tartuce, votação por maioria, DJF3 15/07/2008).

Diante do exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

- Sobre a validade de interrogatório realizado por sistema de videoconferência, veja também o HC 2009.03.00.000557-6/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, publicado na RTRF3R 95/277.

“HABEAS CORPUS”
Registro 2009.03.00.028254-7

Impetrantes: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E JOÃO
MARCELO LIMA PEDROSA

Paciente: ANTONIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS (réu preso)

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: HC 37520

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2009

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANSFERÊNCIA DE PRESO DOS ESTADO DO CEARÁ PARA O PRESÍDIO FEDERAL DE CAMPO GRANDE, MS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDADO RECEIO DE FUGA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

Demonstrada a periculosidade do paciente, que revela incidências de crimes de roubo qualificado, extorsão mediante sequestro, sequestro e cárcere privado, quadrilha ou bando, posse ilegal de arma de fogo, uso de documento falso e lavagem de dinheiro, além de que é apontado como membro do Primeiro Comando da Capital - PCC, principal mentor do furto ao Banco Central de Fortaleza, CE, fugitivo de presídio e procurado pelas Justiças do Ceará e de Goiás. O fato de o paciente haver sido preso apenas três anos após a prática do crime - não obstante o empenho da Polícia Federal - demonstra sua intenção de furtar-se da ação da Justiça.

Demonstrada a periculosidade do paciente, mostrando-se plausível o receio de fuga e estando fundamentada a decisão de primeiro grau, sua manutenção no presídio federal mostra-se necessária para a garantia da segurança pública, nos termos dos art. 3º e 10, § 1º, da Lei 11.671/2008. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de outubro de 2009.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e João Marcelo Lima Pedrosa, em favor de Antonio Jussivan Alves dos Santos, contra ato do MM. Juiz Federal da 5ª Vara de Campo Grande, MS.

Consta da impetração que, após haver transcorrido um ano da transferência do paciente do sistema penitenciário de Fortaleza, CE, para o presídio federal de Campo Grande, MS, a prorrogação de sua permanência foi solicitada pela MM. magistrada da 11ª Vara Federal daquela subseção judiciária, pleito que foi deferido pela e. autoridade impetrada.

Alegam os impetrantes que a prorrogação da permanência do paciente, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias, no presídio federal de Campo Grande, MS, causa-lhe constrangimento ilegal porque:

a) a defesa não foi previamente ouvida quando da solicitação da transferência do paciente pelo Juízo de origem e o Ministério Público Federal manifestou-se contrariamente ao referido pleito, de sorte que restou desatendida a norma do art. 3º da Resolução nº 557 do Conselho Nacional de Justiça;

b) a decisão que determinou a permanência do paciente no presídio federal de Campo Grande, MS, não está fundamentada em fatos concretos, mas em meras presunções, ofendendo o princípio da humanidade da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVII, alínea e, da Constituição Federal;

c) a gravidade do delito não é motivo para prorrogação de sua permanência no presídio federal de Campo Grande, MS, local onde está submetido a sistema praticamente idêntico ao regime disciplinar diferenciado;

d) o paciente sempre teve comportamento exemplar tanto na penitenciária de Fortaleza, CE, quanto no presídio federal de Campo Grande, MS, e jamais empreendeu fuga da Colônia Agrícola de Amanari, CE, local de onde saiu beneficiado com regime de trabalho externo;

e) não há prova de que o paciente represente perigo à ordem ou à incolumidade pública do Estado do Ceará;

f) o Estado do Ceará possui institutos penais de segurança máxima, indicados a acolher o paciente, que lá estará próximo de sua família e terá condições de trabalho interno para fins de remição da pena, de sorte que sua permanência no Estado de Mato Grosso do Sul não é necessária e não se justifica;

g) a prorrogação da permanência do paciente no presídio federal de Campo Grande, MS, configura punição sem justa causa;

h) a autoridade impetrada, na mesma data em que manteve a permanência do paciente por mais um ano, determinou o retorno ao Ceará de dois outros presos também envolvidos no furto ao Banco Central daquele Estado; assim, argumentam os impetrantes, “não há como dizer que exista o perigo de fuga em presídios Cearenses, se a mesma autoridade coatora deferiu o retorno de outros dois envolvidos e em situação idêntica à do paciente” (f. 14).

Com base em tais alegações, pleiteiam os impetrantes a concessão de ordem de *habeas corpus* que determine o imediato retorno do paciente ao sistema prisional do Estado do Ceará.

O pedido de liminar foi indeferido.

A autoridade impetrada prestou informações e o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A decisão que deferiu a prorrogação de permanência do paciente no presídio federal de Campo Grande, MS, foi proferida nos seguintes termos:

“O referido preso ingressou no PFCG em 4.3.2008 (fls. 62), de forma que o prazo legal de permanência, de 360 dias, venceu em 26.2.2009.

O pedido de renovação, do Juízo de origem, foi juntado aos autos em 11.2.2009 (fls. 625), portanto, antes do vencimento do prazo, isto é, no primeiro dia útil após 26.2.2009.

A folha de antecedentes, às fls. 271/273 e 728/730, do referido réu, revela incidências de crimes de roubo qualificado, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado, quadrilha ou bando, posse ilegal de arma de fogo, uso de documento falso e lavagem de dinheiro.

A r. decisão do Juízo de origem, quanto à renovação do prazo de permanência, juntada às fls. 627/639, informa que, de fato, descobriu-se túnel no Presídio e dois dias depois ocorreu a morte de dois presidiários.

O Juízo de origem também fundamentou sua decisão no fato de que parte do dinheiro, subtraído do Banco Central do Ceará, ainda não foi recuperado, de sorte que haveria o controle de vultosa quantia capaz de corromper os servidores dos Estabelecimentos Penais do Estado do Ceará e possibilitar a fuga.

Com a devida vênia, o primeiro fundamento não serve para autorizar a renovação do prazo de permanência no PFCG, porque não é contemporâneo e o preso ANTONIO JUSSIVAN DOS SANTOS não estava custodiado à época. Quanto ao segundo fundamento, tem-se que é genérico sobre a situação atual dos presídios do Ceará, que não teriam condições de manter no cárcere pessoas com alto poder aquisitivo, devido à corrupção, visto que não se baseia

em relatórios ou qualquer outro documento.

Todavia, a fundamentação do Juízo de origem, evidentemente, não vincula o Juízo Federal que, ao apreciar o conjunto probatório, pode chegar à mesma conclusão, com fundamentação diversa, ou discordar, em virtude do princípio da persuasão racional.

No caso, verifico que, embora o crime de furto do Banco Central de Fortaleza tenha ocorrido em 5/6 de agosto de 2005, a denúncia recebida em 16.9.2005 (fls. 170) e a decretação da prisão preventiva em 4.10.2005 (fls. 11, apenso), o referido réu somente foi preso em 25.2.2008 (fls. 174), apesar do empenho da Polícia Federal.

Ademais, os atestados de conduta carcerária, juntados às fls. 375/376, informam que o referido preso já havia passado pelo sistema penitenciário em 1997.

A r. decisão do Juízo de origem, às fls. 638, ao analisar os fundamentos da prisão preventiva, informa que o preso ANTONIO JUSSIVAN DOS SANTOS é fugitivo do Presídio de Amanari/CE.

Tenho, portanto, diante dos elementos dos autos, acima indicados, neste momento, plausível o receio de fuga, do referido réu, dos estabelecimentos penais do Estado do Ceará, que, em princípio, considerando a generalidade do sistema penitenciário estadual, salvo exceções, não oferecem o mesmo padrão de segurança dos Presídios Federais, sendo que, repito, não acolho o fundamento, genérico, de que há corrupção no sistema penitenciário do Ceará, já afastado acima.

Importante ressaltar que a situação, neste momento, apresenta contornos de excepcional, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 11.671/2008, havendo necessidade de reforço da segurança.

DA DEFESA

Não há notícia nos autos de que o preso ANTONIO JUSSIVAN DOS SANTOS está submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O Presídio Federal não constitui regime mais rigoroso, visto que segue as normas do CP e da Lei nº 7.210/84 (LEP), para o regime fechado, isto é, o preso fica sujeito a trabalho no período diurno (preso provisório não tem o dever de trabalhar) e isolamento durante o repouso noturno (§ 1º, art. 34, CP).

Segundo o Decreto nº 6.049/07 (Regulamento Penitenciário Federal), os Presídios Federais possuem o regime disciplinar ordinário (art. 31 e ss., Título VI) e o regime disciplinar diferenciado (art. 54 e ss., Título VII).

Ao que se sabe, todos os direitos do preso, previstos em rol exemplificativo do art. 41, da LEP, são observados no PFCG, sendo que há apenas maior rigor na segurança, em relação a alguns sistemas penitenciários estaduais.

A renovação da permanência no PFCG não está relacionada à prática de falta grave, mas no comprovado interesse da segurança pública.

Quanto ao direito de assistência da família, o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, dispõe:

‘Art. 5º. o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado’.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é direito fundamental do preso a assistência da família, todavia, referido direito não é absoluto, mas relativo, porque cede diante do interesse público, através de decisão fundamentada em elementos concretos.

Nesse sentido, HC nº 89.597, j. 17.10.06, rel. Min. Joaquim Barbosa, que transcrevo:

‘EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE COAÇÃO OU ILEGALIDADE. ORDEM INDEFERIDA. O indeferimento da transferência do preso para penitenciária do Estado em que reside sua família foi devidamente motivado, não podendo ser considerado abusivo ou ilegal. O paciente está preso no distrito de sua culpa, onde ainda

responde a outros processos criminais. Assim, embora a assistência da família seja um direito fundamental do preso, não se pode concluir que o paciente foi alijado do contato com sua família por arbitrariedade do juízo de origem. Ao contrário, foi o próprio paciente quem deu causa a esse afastamento, com o cometimento dos crimes por que foi condenado. Não está excluída a possibilidade de, no futuro, cessados os motivos que ensejaram o indeferimento, o pleito de transferência vir a ser atendido. Ordem denegada.’ Assim, o afastamento da família se deve à própria conduta do referido preso, no Estado de origem, que motivou sua transferência para o PFCG, pois permaneceu por longo período foragido e já possui antecedente de evasão de estabelecimento penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 10, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.671/2008, DEFIRO o pedido de renovação da permanência, pelo prazo de 360 dias, do preso ANTONIO JUSSIVAN DOS SANTOS (ou ANTONIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS) no PFCG, no período de 27.2.2009 a 21.2.2010. Oficie-se ao D. Juízo de origem, ao i. Diretor do PFCG e ao i. Diretor do DEPEN, via fac-símile, instruindo com cópia desta decisão. Int. Ciência ao MPF.”

Como se vê, ao contrário do que afirmam os impetrantes, a decisão está suficientemente fundamentada.

Com efeito, Sua Excelência afastou a fundamentação exarada pela MM. Juíza da 11ª Vara Federal de Fortaleza, CE, e embasou a necessidade de manutenção do paciente no presídio federal de Campo Grande, MS, na periculosidade do paciente e em fundado risco de fuga.

Quanto à alegação de que a defesa do paciente não foi ouvida quando da primeira transferência, saliente-se que o que está em discussão é a decisão de prorrogação. A primeira, que determinou a transferência, já esgotou seus efeitos de forma irreversível. A decisão ora combatida, concernente à prorrogação, foi proferida regularmente, com observância das regras procedimentais próprias.

Afirmam os impetrantes, outrossim, não haver, nos autos que tramitam em Campo Grande, “qualquer prova documental a atestar tenha o paciente empreendido fuga de qualquer presídio” (f. 11).

Da decisão do impetrado, porém, consta que tal informação foi colhida da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Essa informação merece crédito, não se podendo presumir que o juízo haja fantasiado, mormente quando se vê que os impetrantes não negam o fato em si, tampouco comprovam a inexistência da cogitada fuga.

Ademais, a circunstância de o paciente ter sido preso somente três anos após a prática do crime - não obstante o empenho da Polícia Federal, como afirmado pelo MM. Juiz *a quo* -, demonstra sua intenção de não se submeter à ação da Justiça.

Sob outro vértice, a periculosidade do paciente restou amplamente demonstrada.

Deveras, como asseverado pelo e. magistrado de primeiro grau, “os atestados de conduta carcerária, juntados às fls. 375/376, informam que o referido preso já havia passado pelo sistema penitenciário em 1997”.

Além disso, consta da decisão do e. Juiz impetrado que o paciente revela incidências de crimes de roubo qualificado, extorsão mediante sequestro, sequestro e cárcere privado, quadrilha ou bando, posse ilegal de arma de fogo, uso de documento falso e lavagem de dinheiro.

Há que se salientar, ainda, que a autoridade solicitante anotou na decisão acostada às f. 70-82 da impetração que o paciente é apontado como membro do Primeiro Comando da Capital - PCC, principal mentor do furto ao Banco Central de Fortaleza, CE, fugitivo de presídio e procurado pelas Justiças do Ceará e de Goiás.

Além disso, como bem anotado pela douta Procuradora Regional da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em seu parecer, “restou certa a periculosidade do agente, tanto que foi condenado pelo Juiz Federal da 11ª Vara/CE à pena de 49 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes

tipificados nos artigos 155, § 4º, I e IV c/c o artigo 288 do Código Penal, c/c o artigo 1º, inciso VII, da lei nº 9.613/98, em virtude de sua participação no crime de furto qualificado à caixa forte da Agência do Banco Central do Brasil localizada em Fortaleza, de onde foram subtraídos, aproximadamente, R\$ 164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões de reais), em agosto de 2005” (f. 286).

Por fim, consigne-se que a transferência de outros presos, pelo juízo impetrado, não confere ao paciente igual direito. Cada caso é um caso e particularmente nesse tipo de feito a situação de cada preso é analisada de forma individualizada.

Assim, demonstrada a periculosidade do paciente, mostrando-se plausível o receio de fuga e estando fundamentada a decisão de primeiro grau, tenho que sua manutenção no presídio federal mostra-se necessária para a garantia da segurança pública, nos termos dos art. 3º e 10, § 1º, da Lei 11.671/2008.

Diante do exposto, não verificando constrangimento ilegal a pesar sobre o paciente, DENEGO a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

INQUÉRITO POLICIAL

INQUÉRITO POLICIAL

Registro 2007.03.00.099034-0

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Indiciado: WILSON CARLOS RODRIGUES BORINI

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: IP 804

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2009

EMENTA

PENAL - FALSIDADE IDEOLÓGICA E CRIME DE RESPONSABILIDADE - PREFEITO - DESAFETAÇÃO E DOAÇÃO DE IMÓVEL DO MUNICÍPIO AO INSS - DOLO ESPECÍFICO NÃO DEMONSTRADO - DENÚNCIA REJEITADA.

I - O crime de responsabilidade estará configurado se a alienação ou oneração de bens públicos for efetivada sem autorização da Câmara ou em desacordo com a lei, o que não se constata no caso vertente, em que a alienação (sob a forma de doação) ocorreu com autorização da Câmara Municipal e, relativamente à viabilidade legal, há que se considerar a controvérsia acerca da natureza institucional da área doada.

II - O crime de responsabilidade, tal e qual o de falsidade ideológica, só é punível na forma dolosa, que não restou demonstrado no caso vertente.

III - Depreende-se dos fatos relatados, mormente as decisões proferidas nesta Corte Regional nos autos dos recursos extraídos da Ação Civil Pública que versa sobre os mesmos fatos, que a natureza institucional da área doada é controversa, sobretudo se considerada a respeitável corrente doutrinária, sob o escólio de Hely Lopes Mirelles, que entende possível a alteração da qualificação jurídica de bem público, escorada em uma perspectiva de autonomia municipal.

IV - A informação prestada pelo indiciado ao representante

do Ministério Público Federal pelos ofícios encartados aos autos não caracteriza, isoladamente, a prática dos crimes que lhe são imputados, a uma porque não tem o condão, *per se*, de alterar a qualificação jurídica do bem questionado, que depende de documento comprobatório desta condição, a duas porque há controvérsia acerca da natureza institucional da área doada, o que impede afirmar que o indiciado tenha, dolosamente, falseado essa condição.

V - Igualmente improsperável a pretensão acusatória do crime de falsidade ideológica, decorrente do oferecimento de contestação pela Municipalidade nos autos da Ação Cautelar preparatória da Ação Civil Pública, na qual foi negada a natureza institucional da área doada ao INSS, porquanto as alegações contidas em petições dependem de comprovação e, assim, não ostentam a potencialidade lesiva que assegura o órgão acusador. Ademais, somente poderia, em tese, caracterizar a prática do crime de falsidade ideológica pelo subscritor da peça, e não por terceiro, *in casu* a contestação não foi firmada pelo acusado, mas pelos procuradores do Município de Birigüi.

VI - O objetivo de obter “benefícios políticos/eleitorais”, atribuído ao acusado pelo Ministério Público Federal, é vago e insuficiente para justificar o início de uma persecução penal, sobretudo porque o alcance de tal intento é absolutamente incerto.

VII - Os fatos narrados pelo órgão acusador, à míngua de outros elementos, não constituem crime, porquanto da peça acusatória não se depreende o apontamento do dolo específico, necessário à tipificação dos ilícitos imputados ao réu.

VIII - Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, REJEITOU a denúncia oferecida,

nos termos do voto da E. Desembargadora Federal Relatora, com quem votaram os E. Desembargadores Federais MAIRAN MAIA (pela conclusão), LAZARANO NETO (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum) (pela conclusão), LEIDE PÓLO (convocada para compor quórum), EVA REGINA (convocada para compor quórum) (pela conclusão), COTRIM GUIMARÃES (convocado para compor quórum) (pela conclusão), VESNA KOLMAR (convocada para compor quórum), MÁRCIO MORAES, ANNA MARIA PIMENTEL (pela conclusão), DIVA MALERBI, RAMZA TARTUCE (pela conclusão), SALETTE NASCIMENTO e NEWTON DE LUCCA (pela conclusão). Vencidos os Desembargadores Federais LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), que recebia a denúncia pela prática dos crimes de responsabilidade e de falsidade ideológica, e HENRIQUE HERKENHOFF (convocado para compor quórum), que absolvía sumariamente o indiciado, aplicando o artigo 516 c/c o artigo 397, III, ambos do C.P.P., que fará declaração de voto.

São Paulo, 29 de julho de 2009.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora). O Ministério Público Federal oferece denúncia contra WILSON CARLOS RODRIGUES BORINI, atual Prefeito do Município de Birigüi/SP, apontando-o como incurso nas penas dos delitos tipificados no artigo 299 e seu parágrafo único, c.c. artigo 69, ambos do Código Penal, por três vezes, assim como nas sanções do artigo 1º, inciso X, do Decreto-lei 201/67. A peça acusatória está assim redigida:

“...

DOS FATOS

1. Foi iniciado procedimento administrativo junto ao Ministério Público Federal/Procuradoria da República do Município de

Araçatuba visando apurar a regularidade doação, uma praça (*sic*), localizada entre as ruas Wagih Rahal, Augusto Leonardi e Avenida João Cernach, ao lado do terminal rodoviário, matrícula nº 16.636, para o INSS.

Em resposta às indagações do Procurador da República oficiante, no sentido de obter esclarecimentos quanto à natureza da área doada, especificamente, para saber se o terreno em tela constituía uma praça, por duas vezes em ofício-resposta o Sr. Prefeito afirmou não se tratar de praça pública.

Confira-se os termos dos documentos:

a) O ofício do *Parquet*, nº 793, de 24 de outubro de 2006, requisita expressamente a informação quanto ao fato de se tratar ou não de praça pública o local cedido ao INSS (fls. 32). Em resposta, o Sr. WILSON remeteu o ofício nº 654/2006, de 01 de novembro de 2006, afirmando expressamente que ‘atualmente a área apresenta-se em boas condições paisagísticas, mas a área não se trata de Praça Pública’ (*sic*) (fls. 33/34).

b) O segundo ofício do Órgão, de nº 874/2006, datado de 22 de novembro de 2006, requisita, mais uma vez, explicações quanto ao bem doado (fls. 50). Em resposta, o Sr. Alcaide remeteu o Ofício nº 777/2006, de 27 de dezembro de 2006, afirmando: ‘Referida área foi doada para COHAB BAURU com a finalidade de construção de casas populares. Contudo, por questões operacionais, parte dela não foi utilizada pela Cohab, sendo, então, devolvida ao Município como área remanescente para livre utilização pelo Poder Público.’ (fls. 65/66).

2. Ao ofertar contestação, em sede de ação cautelar preparatória de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal em face do Município de Birigui e do INSS, igualmente o Sr. Prefeito afirmou não se tratar de praça pública, nos seguintes termos: ‘Trata-se, portanto, de uma área pública inserida no loteamento, mas de livre utilização pelo Município’. E mais adiante: ‘Por outro lado, a situação

em tela não foi alterada pela construção de uma praça no local. Como demonstrado anteriormente, não é a destinação fática do imóvel que lhe caracteriza como área verde ou institucional, fazendo sobre ele incidir, por conseguinte, as restrições impostas pela Constituição Estadual, cuja constitucionalidade, já se disse, é questionável. Somente a união da vontade do loteador, indicando as áreas do loteamento que serão consagradas para tais finalidade, com a vontade do Poder Público, aprovando o projeto, tem esse condão. Assim, como a área em questão não foi expressamente destinada para finalidades institucionais ou de preservação da vegetação, torna-se livre sua utilização pelo Município, não incidindo qualquer restrição. Dessa maneira, a construção de uma praça no local acabou por afetar o bem ao cumprimento de uma finalidade pública, ingressando assim na categoria dos bens de uso comum do povo.’ (fls. 101/125) (destaque nosso).

3. Quando ouvido em juízo, o Sr. Prefeito reiterou tratar-se de área livre da Prefeitura (fls. 279/285). Com efeito, indagado pela Des. Fed. Relatora sobre o que havia na área, respondeu: ‘Era uma área que não tinha, bem dizer, nada, era um ponto lá, de droga, perto de uma rodoviária, ela tinha algumas áreas’.

Indagado se era terreno, respondeu: ‘É um terreno, tinha alguns bancos, estavam todos também em péssimo estado e não utilizava essa área para nada.’

4. Todavia, conforme apurado pelo *Parquet*, a área em questão é sim praça pública e não poderia ter sido doada à autarquia federal. Com efeito, nos termos do art. 180, VII, da Constituição do Estado de São Paulo, do art. 100 do Código Civil e do art. 22 da Lei nº 6.766/79, por se tratar de área de uso comum do povo, sendo visível nas fotos constantes dos autos que era uma praça, ainda que não preservada pela administração municipal, como é de sua obrigação, a desafetação legal não seria o suficiente para autorizar a alienação.

Às fls. 400 consta certidão o Registro Imobiliário, relativa à matrícula nº 16.638, referida no ofício do MPF, em cópia às fls. 391, indicando que a área, após o loteamento, está destinada ao Domínio Público. Atente-se que a resposta do ora denunciado (fls. 392) foi evasiva, tentando, mais uma vez, negar a natureza daquela área: bem de domínio público, uma praça, decorrente da instalação de um loteamento.

5. Por outro lado, como bem questionado pela D. Relatora, quando da tomada de declarações do ora denunciando (fls. 285), acerca da autorização legislativa, é de ser destacado que da Lei Municipal nº 4.727, de abril de 2006 consta, no parágrafo único do art. 1º, que a área a ser doada ao INSS era área de uso comum do povo e passava a ser bem dominial. Ora, a própria lei municipal reconhecia tratar-se de área de uso comum do povo, o que inviabilizaria a doação. Para tentar ‘consertar’ foi editada a Lei Municipal nº 4.727/07 (*sic*), ou seja, posteriormente à efetivação da ‘doação’, quando já estágio adiantado das obras (*sic*), já concluídas no presente momento.

Ainda que a razão invocada para a doação fosse a destinação ao INSS, para o fim de construção de posto da entidade autárquica, o fato é que os benefícios políticos/eleitorais reverteriam para o Prefeito Municipal, explicando porque tudo se deu ao arrepio da lei.

DAS CONDUTAS TÍPICAS

6. Assim sendo, a área doada é inalienável, é bem de uso comum do povo, insuscetível de limitação em sua fruição pela coletividade. Portanto, o Sr. Prefeito omitiu em várias oportunidades, quer nos ofícios-resposta, dirigidos ao membro do Ministério Público Federal, quer em contestação apresentada em processo que tramita perante a Justiça Federal, declaração que deveria constar, para inserir outra, diversa da que deveria ser escrita, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, e de outra parte, alienou bem imóvel em desacordo com a lei.

Agindo assim, incorreu o Sr. WILSON CARLOS RODRIGUES

BORINI nas sanções do art. 299 e seu parágrafo único, c.c. art. 69, todos do Código Penal, por três vezes, assim como nas sanções do art. 1º, inc. X, do Decreto-Lei 201/67.

DOS REQUERIMENTOS

7. Isto posto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/90, seja o denunciando notificado a apresentar defesa preliminar, para, após recebimento da presente denúncia, ser citado para acompanhamento da ação penal até final julgamento condenatório. Além disso, postula o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a aplicação do § 2º do art. 1º do Decreto-lei 201/67 para que, com a condenação definitiva pelo cometimento dos crimes acima definidos, decrete-se a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

...”

O acusado, em defesa preliminar (fls. 441/448), aduz, em síntese, que a denúncia é totalmente improcedente em relação ao tipo penal previsto no artigo 1º, inciso X, do Decreto-lei nº 201/67, porquanto agiu com expressa autorização legislativa, especialmente, a Lei 4.727, de 17 de abril de 2006, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 4.823, de 22 de janeiro de 2007.

Relativamente ao crime capitulado no artigo 299, do Código Penal, assevera que o objeto jurídico tutelado é a fé pública, mormente a genuinidade ou veracidade dos documentos e, quanto ao elemento subjetivo do tipo, é necessário o dolo, consistente na vontade livre e consciente de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, não se admitindo a modalidade culposa.

Nessa toada, sustenta o acusado a inexistência de dolo em sua conduta, haja vista que no ofício nº 654/2006 prestou informações citando outras constantes do Memorando nº 354/2006, da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos. Igualmente ao

prestar informações pelo ofício nº 777/2006 escorou-se em informações técnicas dos procuradores daquele Município.

No arremate, notícia que o Ministério Público do Estado de São Paulo, em parecer da lavra do ilustre promotor Dr. Rodrigo Mazzilli Marcondes na Peça de Informação nº 39/2006, instaurada para apurar supostas irregularidades quanto à doação do terreno ao INSS ora em comento, concluiu pelo arquivamento por não vislumbrar ilegalidade ou inconstitucionalidade na doação da área. Pugna pela rejeição da denúncia diante da improcedência da acusação.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora). A denúncia acusa o prefeito municipal de Birigüi, WILSON CARLOS RODRIGUES BORINI, pela prática do crime de responsabilidade, previsto no artigo 1º, inciso X, do Decreto-lei nº 201/67, bem como pelo crime de falsidade ideológica capitulado no artigo 299, c.c. artigo 69, ambos do Código Penal.

Observe, desde logo, que não há questões preliminares a serem enfrentadas. O processo teve curso regular, com observância das normas procedimentais pertinentes, fiel aos ditames do devido processo legal.

Passo à análise do caso.

O indiciado *Wilson Carlos Rodrigues Borini*, atual prefeito de Birigüi, é acusado de efetivar a doação de uma área, na qual instalada uma praça pública, portanto, de uso comum do povo, ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, o que é vedado pelo artigo 180, VII, da Constituição do Estado de São Paulo, bem como pelo artigo 100, do Código Civil e, ainda, pelo artigo 22, da Lei nº 6.766/79.

Com efeito, consta dos autos que a área de terras com 1.879,78m (um mil, oitocentos e setenta e nove metros quadrados e setenta e oito decímetros), situada no Loteamento denominado 1º Núcleo Residencial de Birigüi, quadra P1, matriculada sob nº

16.636 no Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de Birigüi, foi alienada, por doação, ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, mediante autorização disposta na Lei nº 4.727, de 17 de abril de 2006.

Constou do parágrafo único do artigo 1º, do referido diploma legal que “para os fins da presente Lei, é desafetado o uso da área de propriedade do Município, passando-a de uso comum do povo para bem dominical”.

Posteriormente, verificada a existência de suposto erro de semântica no referido dispositivo ao constar que a área doada seria de “de uso comum do povo”, foi editada a Lei nº 4.823, de 22/01/2007, para correção do dito parágrafo, que passou a ter a seguinte redação: “Para os fins da presente Lei, é desafetado o uso da área de propriedade do Município, passando-a de domínio público para bem dominical.”

Entendo necessária uma breve digressão sobre os fatos pretéritos que desencadearam a doação da área ao INSS, não para aferir sua legalidade, que é objeto de discussão nos autos da Ação Cautelar nº 2007.61.07.000027-6, preparatória da Ação Civil Pública nº 2007.61.07.001909-1, ambas promovidas pelo Ministério Público Federal, em trâmite perante a 2ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de Araçatuba, mas, tão-somente, para que se possa aquilatar a existência do elemento subjetivo do tipo - o dolo - que deve nortear os crimes imputados ao indiciado.

Depreende-se dos documentos encartados aos autos que a área doada ao INSS foi desmembrada de outra maior, que havia sido desapropriada por força da Lei nº 956, de 22 de novembro de 1968, e, ato contínuo, doada à COHAB BAURU para construção de casas populares.

A área destinada à construção das casas populares não foi utilizada totalmente, tendo sido a parte remanescente devolvida pela COHAB BAURU à municipalidade de Birigüi, para livre utilização, conforme escritura reprografada às fls. 395/397, lavrada em 11/08/1978.

A área devolvida à municipalidade foi, então, desmembrada em vários lotes, com a abertura de matrículas próprias, dentre

as quais aquela de nº 16.636, na qual inscrito o imóvel objeto da doação ora discutida.

Consta dos autos que as administrações municipais, ao longo dos anos, efetivaram na área doada ao INSS alguns melhoramentos urbanísticos, que lhe deram características de praça pública, circunstância que perdurou até a promulgação da lei municipal nº 4.727, de 17/04/2006, por meio da qual teria sido possibilitada a sua alienação, por doação, ao INSS.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, ao promover o arquivamento de inquérito instaurado com o objetivo de averiguar a regularidade da desafetação da área doada ao INSS, assim se pronunciou (fls. 331/334), *in verbis*:

“...

Ademais, a documentação de fls. 09/28 e 54/57 deixa claro o não gravame do espaço pelo ônus da institucionalidade, já que no memorial descritivo do local constata-se que a discriminação do espaço por quadras não faz qualquer menção à área institucional.

Pois bem, não há dúvidas de que a área doada não é institucional e sim pertencente ao Poder Público, de modo que não há qualquer óbice para a sua doação e edificação do prédio da Autarquia Federal.

...”

Por outro giro, insta notar que nos autos do agravo de instrumento nº 2007.03.00.011703-5, ao qual foi apensado o agravo de instrumento nº 2007.03.00.020340-7, interpostos pela Municipalidade de Birigüi e pelo INSS, respectivamente, contra decisão que deferiu a liminar na Medida Cautelar preparatória da Ação Civil Pública, o E. Desembargador Federal Relator Márcio Moraes, concedeu o efeito suspensivo postulado, reconhecendo a regularidade da doação efetivada.

Da decisão proferida pelo E. Desembargador Federal Relator daqueles recursos, extraio os seguintes trechos, *in verbis*:

“...

Como bem asseverou o MM. Juízo *a quo*, a inalienabilidade dos bens públicos de uso comum do povo não é absoluta, sendo possível a modificação da qualificação jurídica de alguns deles para ‘alienáveis’ sempre que a Municipalidade, para atender a fins de interesse público, lhe retire essa condição por meio de lei especial devidamente sancionada pelo Chefe do Executivo.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, ‘os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica. Exemplificando: uma praça pública ou edifício público não podem ser alienados enquanto tiverem essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado, ou permutado, desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária que tinha e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível do Município’ (*in Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores, 12ª ed., 2001, p. 296).

Com efeito, a exigência legal para alterar a destinação de espaços de uso público se afigura essencial, visando promover o necessário e irremediável crescimento imobiliário dos centros urbanos de forma sustentável, de maneira a não prejudicar a saúde e qualidade de vida da população.

Nesse diapasão, analisando os documentos trazidos aos autos, verifica-se que a desafetação da área em questão não parece conter irregularidades, tendo em vista que foi realizada por meio de lei municipal (Lei nº 4.727/2006, fls. 275/276).

Nesse ponto, cumpre analisar a alegação do MPF de que a desafetação em controvérsia afrontaria a Constituição do Estado de São Paulo, a qual determina que ‘as áreas definidas em projeto de loteamento como “áreas verdes ou institucionais” não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados’ (art. 180, VII).

No meu entender, não prospera o fundamento invocado pelo *parquet*. Primeiro porque a área em questão não é considerada ‘institucional’ nem ‘área verde’, conforme se denota da certidão de registro de imóveis acostada aos autos, bem como do parecer emitido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 288/292), o qual concluiu não haver qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na doação da área para edificação da agência do INSS (fls. 288/292). Segundo porque, à primeira vista, me parece que a restrição constante do item da Constituição Estadual citado ofende a autonomia constitucionalmente conferida aos municípios para a ordenação do seu território.

...”

Adicionalmente, ressalto que o INSS ingressou nesta Corte com pedido de suspensão de liminar (processo nº 2007.03.00.020782-6), no qual igualmente obteve decisão favorável para suspender os efeitos da liminar concedida nos autos da Medida Cautelar nº 2007.61.07.000027-6, preparatória da Ação Civil Pública já mencionada.

Encerrada a introdução, passo à análise da conduta do indiciado, mormente a existência do dolo - vontade livre e consciente de praticar os crimes que lhe são imputados.

Penso que não houve dolo.

Segundo a acusação, a desafetação legal não seria suficiente para autorizar a doação efetivada, haja vista tratar-se de área de uso comum do povo, portanto, inalienável.

Nessa toada, assegura que o indiciado incorreu na prática do crime capitulado no *caput* e no parágrafo único do artigo 299, do Código Penal, porque, em três oportunidades, afirmou que a área doada ao INSS não era institucional quando, na verdade, se constituía em uma praça pública, com árvores e bancos. Da mesma conduta, assegura o *Parquet* Federal, a caracterização do crime capitulado no artigo 1º, inciso X, do Decreto-Lei nº 201/67.

Dispõe o artigo 299, do Código Penal, que constitui falsidade ideológica, *in verbis*:

“Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

...

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.”

Depreende-se da letra da lei que o crime de falsificação ideológica se configura na conduta do agente em omitir dado relevante ou inserir outro falso ou diverso daquele que deveria constar no documento, *para o fim de* prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo específico, conforme ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

“... exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de ‘prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante’. Dessa forma, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados deve ser considerada penalmente indiferente. Não se pune a forma culposa.”

No caso vertente, propugna o *Parquet* Federal pelo aumento de pena previsto no parágrafo único do artigo 299, porque teria o indiciado se valido do cargo de Prefeito para o cometimento do delito.

Assegura o *Parquet* Federal, que o indiciado, a um só tempo, “omitiu em várias oportunidades, quer nos ofícios-resposta, dirigido ao membro do Ministério Público Federal, quer em contestação apresentada em processo que tramita perante a Justiça Federal, declaração que deveria constar, para inserir outra, diversa da que deveria ser escrita, alterando a verdade sobre fato

juridicamente relevante, e de outra parte, alienou bem imóvel em desacordo com a lei.”

O artigo 1º, inciso X, do Decreto-lei nº 201/67, por seu turno, estabelece:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

X - alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara ou em desacordo com a lei;

...”

Vê-se pelo dispositivo supra que o crime de responsabilidade estará configurado se a alienação ou oneração de bens públicos for efetivada sem autorização da Câmara ou em desacordo com a lei, o que não se constata no caso vertente, em que a alienação (sob a forma de doação) ocorreu com autorização da Câmara Municipal e, relativamente à viabilidade legal, há que se considerar a controvérsia acerca da natureza institucional da área doada.

Não fosse tudo, insta notar que o crime de responsabilidade, tal e qual o de falsidade ideológica, só é punível na forma dolosa, conforme preleciona Tito Costa, a respeito dos delitos previstos no artigo 1º, do Decreto-lei 201/67, segundo o qual “não havendo, no citado diploma, nenhuma referência à culpa, não há falar-se em crime de responsabilidade de Prefeito, na modalidade culposa.”

Depreende-se dos fatos relatados, mormente as decisões proferidas nesta Corte Regional nos autos dos agravos de instrumento, bem como da suspensão de liminar, manejados pela Municipalidade de Birigüi e pelo INSS, que a natureza institucional da área doada é controversa.

A área doada, em seus primórdios, estava destinada à construção de casas populares, retornando, ao depois, para a Municipalidade de Birigüi, por força de doação efetivada pela COHAB-BAURU, sem quaisquer ressalvas quanto à utilização (*ex-vi* fls. 395/397).

Ainda que assim não fosse, há respeitável corrente doutrinária, sob o escólio de Hely Lopes Meirelles, que entende possível a alteração da qualificação jurídica de bem público, escorada em uma perspectiva de autonomia municipal.

Vê-se, pois, que a informação prestada pelo indiciado ao representante do Ministério Público Federal pelos ofícios de fls. 38/39 e 70/71 não caracteriza, isoladamente, a prática dos crimes que lhe são imputados, a uma porque não tem o condão, *per se*, de alterar a qualificação jurídica do bem questionado, que depende de documento comprobatório desta condição, a duas porque, como já asseverado, há controvérsia acerca da natureza institucional da área doada, portanto, não se pode afirmar que o indiciado tenha, dolosamente, falseado essa condição.

Relativamente à configuração do crime de falsidade ideológica, que teria sido praticado pelo indiciado por intermédio da contestação oferecida pela Municipalidade, nos autos da Ação Cautelar preparatória da Ação Civil Pública, reproduzida às fls. 106/130, no bojo da qual foi negada a natureza institucional da área doada ao INSS, igualmente entendo improsperável a pretensão acusatória do *Parquet* Federal.

Com efeito, ainda que as afirmações contidas em peças processuais pudessem ostentar a potencialidade lesiva que assegura o órgão acusador, entendimento do qual não compartilho, somente poderia, em tese, caracterizar a prática do crime de falsidade ideológica pelo subscritor da peça, e não por terceiro. *In casu*, observo que a contestação apresentada foi firmada pelos procuradores do Município de Birigüi e não pelo indiciado, de forma que este último não pode ser responsabilizado.

Ademais, eventual inverdade contida em petição acarreta à parte, que dela quis tirar proveito, e ao seu subscritor, as sanções previstas na legislação processual, bem como no estatuto da advocacia.

Neste sentido, trago à colação o entendimento externado por Guilherme de Souza Nucci:

“...

Petição de advogado: não é considerada documento, para

fins penais. Na realidade, o documento é uma peça que tem possibilidade intrínseca (e extrínseca) de produzir prova, sem necessidade de outras verificações. Aliás, essa é a segurança da prova documental. Portanto, se alguém apresenta a sua cédula de identidade, quem a consulta tem a certeza de se tratar da pessoa ali retratada, com seus dados pessoais. Não se faz verificação do conteúdo desse documento. No entanto, *a petição do advogado é constituída de alegações (do início ao fim), que merecem ser verificadas e comprovadas. Por tal motivo, não pode ser considerada documento*. Em suma, ela não vale por si mesma. ...” (grifei)

Por outra vertente, o argumento do Ministério Público Federal de que o indiciado teria cometido o crime de falsificação ideológica com o objetivo de obter “benefícios políticos/eleitorais” me parece vago e insuficiente para justificar o início de uma persecução penal, sobretudo porque o alcance de tal intento é absolutamente incerto.

Ademais, ressalto que a doação da área foi efetivada ao INSS que, segundo as informações constantes destes autos, edificou (por força das decisões judiciais que lhe foram favoráveis) modernas instalações com facilidade de acesso a deficientes físicos a toda população da região, diante da localização privilegiada (próximo ao terminal rodoviário), com capacidade de atendimento a, aproximadamente, 100.000 (cem mil) pessoas, revelando a sua inegável utilidade para a população de toda aquela região.

Concluo que os fatos narrados pelo órgão acusador, à míngua de outros elementos, não constituem crime, porquanto da peça acusatória não se depreende o apontamento do dolo específico, necessário à tipificação dos ilícitos imputados ao réu, razão pela qual se impõe a rejeição da denúncia oferecida, manifestamente inviável.

Por tais razões, ausentes os requisitos legais e inexistindo justa causa para ser processada a ação penal, voto pela REJEIÇÃO da denúncia, com supedâneo no artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF: O Ministério Público Federal denunciou Wilson Carlos Rodrigues Borini pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 299 e seu parágrafo único, c.c. o artigo 69, ambos do Código Penal, por três vezes, assim como nas sanções do artigo 1º, inciso X, do Decreto-Lei 201/67.

Em sessão realizada em 29 de julho de 2009, o Órgão Especial deste Tribunal, por maioria, rejeitou a denúncia, nos termos do voto da eminente Desembargadora Federal Relatora, vencido o eminente Desembargador Federal Luiz Stefanini que a recebia.

O meu voto foi no sentido de absolver sumariamente o indiciado, na forma do artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, porquanto o fato narrado nos autos evidentemente não constitui crime.

Não vislumbro subsumir ao tipo penal descrito no artigo 299 e parágrafo único do Código Penal e sequer ao artigo 1º, inciso X do Decreto-lei nº 201/67, os fatos narrados no libelo acusatório.

De acordo com a peça acusatória, Wilson Carlos Rodrigues, atual prefeito de Birigui, é acusado de efetivar a doação de uma área, na qual foi instalada uma praça pública, bem de uso comum do povo, ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS.

A doação de imóvel, a alienação, por qualquer título, de imóvel de um órgão público para outro não exige desafetação. Um determinado bem público de uso comum do povo pode continuar sendo de uso comum do povo apenas no patrimônio sob responsabilidade e manutenção de outro ente da Federação.

Assim é que freqüentemente a União, os Estados e Municípios transferem os bens do seu domínio para o domínio de outro ente a fim de que lhe dê destinação diversa ou o mesmo fim. Isso depende, exclusivamente, da conveniência das partes e de autorização legislativa, é certo, mas não depende de desafetação.

A desafetação, se fosse o caso, haveria de ser procedida por quem recebeu o imóvel e não por quem o alienou.

Noutro vértice, a falsidade ideológica não pode incidir sobre

a qualificação jurídica do fato declarado, porquanto para consubstanciar o crime descrito no artigo 299 do Código Penal, o *falsum* deve recair sobre o fato, este juridicamente relevante.

É bem verdade que situações há nas quais se verifica indissociável a qualificação do fato e o fato em si. Todavia, não é esse o caso dos autos. Se a informação requisitada fosse no sentido de haver ou não no imóvel uma árvore, haver ou não um banquinho, haver ou não iluminação pública, esse fato poderia ser falso ou verdadeiro. No entanto, se aquela área com aqueles melhoramentos públicos constituem ou não uma praça, isso configura exclusivamente qualificação jurídica do fato e não o fato em si.

Destarte, estaria esta E. Corte a processar alguém por ter uma opinião jurídica diferente e não por prestar falsa informação ou por sonegar elementos de fato necessários, a que o Ministério Público deduzisse as suas pretensões jurídicas.

Neste aspecto, qualificar juridicamente o fato cumpre, neste caso específico, ao representante do “Parquet” Federal. Caso o órgão ministerial entenda deva propor a ação penal, necessita de elementos fáticos com que instruí-la, e esses não me parecem que tenham sido sonogados, mormente porque não foram requisitados.

Ademais, a pensar na hipótese da prática de crime, mister aprofundar, inicialmente, sobre a possibilidade de controle jurisdicional de conveniência ou não do ato. Imaginar que um bem afetado ao uso comum do povo não possa ser desafetado, ou afetado a outro fim público ou a outra utilização, implica perpetuar a afetação, vale dizer: onde há uma praça não se pode construir uma estação de metrô ou vice-versa, um prédio que servira de hospital deva continuar eternamente abrigando um hospital, mesmo que as instalações já não se prestem mais a uma medicina moderna, mesmo que elas favoreçam a contaminação dos pacientes, mas tem que se manter o hospital *ad eternum*. Não me parece que se possa chegar a essa conclusão.

Admitir-se que a destinação de um bem possa ser alterada, resulta na aceitação de que isso se insere no juízo de conveniência e oportunidade da administração pública e não num juízo de legalidade.

A definição do que é praça, rua ou bem dominial, do bem público municipal é do município. O ente federado que recebe, que tem aquele bem em seu patrimônio é que lhe dá a afetação. Portanto, é também o município que altera a afetação que dá e, dentro do município, a competência não é da Câmara, mas do prefeito, salvo quanto aos bens destinados à própria Câmara.

Nessa linha de raciocínio, essa lei desafetando é irrelevante, porque a Câmara não tem competência para afetar, tampouco para desafetar, pena de extrapolar suas atribuições e, agindo contra a Constituição pretendesse praticar ato próprio do Poder Executivo.

Desafetação também é um ato que só se pratica se houver ocorrido outro ato formal de afetação, que é excepcional, pois não é freqüente que haja uma afetação explícita de algum bem à determinada finalidade.

O ato do prefeito implicou a desafetação do bem. Se ele não fez um ato expresso, não ordenou sua publicação, é irrelevante, porquanto não há lei que o obrigue a fazê-lo. Ainda que houvesse norma nesse sentido, deveria ser lei municipal que obrigaria o prefeito a praticar ato formal de desafetação. Então, a desafetação ocorreu pelo ato de alienação.

Parece evidente, portanto, longe de emanar juízo na ação civil pública, que não se pode transformar cada ação civil pública numa ação penal. Se esse ato não for correto, que se desfaça. Mas, se por uma divergência jurídica e pelo fato de o prefeito não se curvar a algo que não foi sequer uma ordem do Ministério Público, mas mera requisição de informações, não se admite possa resultar uma ação penal.

Assim, a denúncia não se encontra bem redigida no tocante às elementares do crime de falsidade ideológica, uma vez que não há falsidade sobre fato, há divergência sobre a qualificação jurídica do fato.

Com tais considerações, ABSOLVO SUMARIAMENTE o indiciado, com fulcro nos artigos 516 e 397, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

Registro 90.03.000328-9

Partes Autoras: CARLOS ALBERTO PERIEIRA PITTA E OUTROS

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: REO 31969

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2009

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTIVADORES NÃO SINDICALIZADOS. DELEGACIA DO TRABALHO MARÍTIMO EM SANTOS. NÃO-RENOVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO. FALTA DE ASSIDUIDADE. DIREITO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Viola direito líquido e certo o ato do Delegado do Trabalho Marítimo que, fundado em critério indevido de assiduidade, apurado sem avaliar a natureza jurídica do trabalho avulso portuário, deixa de renovar autorizações exigidas pela legislação para o rodízio e distribuição de serviço no porto. O trabalhador avulso, chamado “bagrinho” somente trabalha quando os sindicalizados não são suficientes, inclusive quando estes recusam a chamada, sendo indevido, portanto, a fixação de número mínimo de horas trabalhadas para cálculo de assiduidade sem considerar o número de horas atribuídas a cada um deles e, eventualmente, não cumpridas. A recusa administrativa de renovação da autorização, fundada em critério indevido e sem comprovação do direito de defesa, como previsto na legislação reguladora, torna ilegal e abusivo o ato administrativo, autorizando a concessão da ordem para restabelecimento do direito líquido e certo. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de outubro de 2009.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado do Trabalho Marítimo em Santos, consistente em cancelar, sem direito de defesa, carteira funcional de estivadores não sindicalizados, por suposta falta de assiduidade, violando, porém, segundo alegado, direito líquido e certo, previsto no artigo 153, § 15, da Constituição de 1969, e no Decreto nº 90.927/85 (artigos 7º, § 1º, e 8º, parágrafo único), o que tem impedido os impetrantes de participarem do rodízio e da distribuição de trabalho no porto de Santos.

A sentença concedeu a ordem.

Reconhecida a incompetência desta Corte, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional do Trabalho, o qual suscitou conflito negativo, julgado procedente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pela confirmação da r. sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, os impetrantes, na condição de estivadores não sindicalizados, com atuação junto ao Porto de Santos/SP, tiveram suas autorizações de trabalho canceladas ou não renovadas

por decisão do Delegado do Trabalho Marítimo, prejudicando o direito de participarem do rodízio e distribuição de trabalho, com violação a direito líquido e certo, segundo alegado, porque não houve direito de defesa.

Nas informações, a autoridade impetrada salientou, em síntese, que observou orientações do Conselho Superior do Trabalho Marítimo e que, baseado na saturação do mercado de trabalho, e na falta de assiduidade dos impetrantes, provada por requerimento do órgão sindical, deixou de renovar as autorizações de trabalho dos menos frequentes, ressaltando, porém, o direito de renovação se provados os requisitos legais, adotando como critério, de forma discricionária, por conveniência e oportunidade, a média de 700 horas por ano, com oportunidade para justificativas. Aduziu que os impetrantes não são matriculados, mas apenas têm autorização de trabalho, e nenhum deles pelo mínimo de 5 anos, não havendo, portanto, violação de direito líquido e certo.

Em longa e profunda abordagem da matéria, assim decidiu a r. sentença (f. 175/80):

“O argumento nuclear, central, da D. autoridade impetrada é no sentido de que os trabalhadores avulsos, os Impetrantes, não tinham matrícula, mas simplesmente autorização para trabalhar e, por assim ser, tal ato é precário, sediando-se na competência discricionária da administração, que norteou seu critério de duas maneiras: (1) não dar novas autorizações; (2) observar o critério de assiduidade. Traz também à colação eméritos comentários da C.L.T. para fixar que os Impetrantes não tem direito à matrícula, pois seriam ‘extra-quadros’, os chamados ‘bagrinhos’. Os impetrantes, em tempo algum, afirmaram ser matriculados, mas sim portadores de carteiras funcionais, que lhes possibilitaria a realização do trabalho nas condições da lei. O Decreto nº 90.927, de 07/02/85, disciplinou o trabalho desses avulsos. Ora, se o Decreto não pode ultrapassar a Lei para ferir direitos, constranger alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, no âmbito da Administração,

entretanto vige, obriga a própria Administração. É dizer: se a Administração expede regras para si, tem o dever de observá-las.

Neste Decreto não se vê que ao ‘inassíduo’ seria negada a revalidação da ‘senha’ de plano, mas, pelo contrário, que ao ‘inassíduo’ seria assegurada a ampla defesa.

Mister, entretanto, que se esclareça o conceito de falta de assiduidade.

Assiduidade, no ‘Grande Dicionário Aurélio’, quer dizer ‘qualidade ou caráter de assíduo’; ‘frequência ou constância’. De seu turno, assíduo, na acepção 2, quer dizer: ‘que comparece com assiduidade ou exatidão ao lugar onde tem de desempenhar seus deveres ou funções’.

Ora, a assiduidade para esta categoria de trabalhadores não se pode - de forma alguma - medir pelo número de horas trabalhadas. Deve-se medir - isto sim - pela ausência, quando chamados a trabalhar, ou seja, pelas horas ofertadas e não efetivamente trabalhadas. É curial a observação. Quando o trabalho for escasso, serão chamados os trabalhadores matriculados e não os avulsos. Esses serão chamados se e quando sobrar serviço.

Demais disso, nos termos do prefalado Decreto nº 90.927, de 1985, que obriga a Administração, pois norma administrativa interna, disciplinadora das ‘autorizações’, deve se dar a oportunidade de defesa.

Tal oportunidade não foi dada a dizer dos Impetrantes ou, não foram trazidos a estes autos - os processos administrativos que teriam comprovada impossibilidade de revalidação das autorizações.

Doutra parte, a D. autoridade impetrada traz à colação a Resolução Normativa nº 1395, que recomendou a suspensão de novos trabalhadores avulsos por concessão de matrícula. Demais disso, em seu artigo 2º, determinou a aplicação na íntegra das normas estabelecidas no Decreto 90.927, de 07/02/1985.

Voltando ao prefalado Decreto, que se refere à assiduidade,

vê-se claramente deverem os trabalhadores atender à escalação. De conseguinte, estarem presentes para - se chamados - trabalharem.

Eis o art. 2º do suso citado Decreto:

‘Art. 2º Entende-se como assiduidade a obrigação dos trabalhadores avulsos, especificados no artigo anterior, de atender à escalação para realizar os serviços que lhes forem atribuídos, de acordo com o rodízio numérico organizado pelos sindicatos’

E o art. 5º dispõe *in verbis*:

‘Art. 5º A média aritmética das horas trabalhadas em cada categoria, no bimestre, fornecerá a base de aferição da assiduidade referida no artigo 1º.

Parágrafo único. A média aritmética será calculada pelas respectivas Delegacias do Trabalho Marítimo a cada bimestre, na razão entre a soma das horas remuneradas constantes de folhas de pagamento e o número de trabalhadores sindicalizados do quadro fixado’

Ainda, o art. 7º vai dispor:

‘Art. 7º O trabalhador que, sem justa causa, deixar de atingir o mínimo de assiduidade estabelecido neste Decreto, ficará sujeito às seguintes penalidades:

I - pela 1º (primeira) falta de assiduidade, exclusão do rodízio, a que se refere o artigo 3º, por quatro dias consecutivos, quando lhe couber ser engajado, respeitada a ordem de formação.

II - pela 1ª (primeira) e subseqüentes reincidências, em falta de assiduidade, exclusão do rodízio, a que se refere o art. 3º, por um bimestre; e

III - cancelamento da matrícula, nos casos indicados e forma prevista no art. 8º.

§ 1º. As penalidades estabelecidas nos incisos I e II, do *caput* deste artigo, serão aplicadas diretamente pelo Delegado do Trabalho Marítimo, mediante procedimento sumário, assegurando-se ao inassíduo amplo direito de defesa, conforme previsto no *caput* do artigo 12.’

Começando-se pelo artigo 7º, impende concluir: não pode ser considerado não assíduo o trabalhador, se, a eles não tiverem sido ofertadas horas, pois ‘o trabalhador que, sem justa causa, deixar de atingir o mínimo de assiduidade estabelecido neste Decreto, ficará sujeito às seguintes penalidades (...)’.

Ora, se a inassiduidade pode ser elidida por justa causa, forçoso concluir, ser obrigatório, para interpretação do art. 6º a verificação das horas ofertadas e das trabalhadas para ser feita a média aritmética (parágrafo único do art. 5º).

O critério adotado pela D. autoridade impetrada, que o entendeu dentro de sua competência discricionária, foi demonstrado da seguinte maneira:

‘21. Dentro da esfera de sua atuação, por sua conveniência e oportunidade, esta Delegacia do Trabalho Marítimo, adotou como critério de não renovação das autorizações de trabalho - senhas - todos aqueles que não tivessem obtido metade das horas médias de trabalho do quadro operário. Estabelecida a média de 700 (setecentas) horas, por ano, não foram renovadas as senhas, daqueles que sequer trabalharam 350 (trezentos e cinquenta) horas.

22. E foi concedido o direito de justificativa a todos aqueles que não tiveram suas autorizações renovadas, sendo que cerca de 50 (cinquenta) portadores de senha, por terem comprovado não assiduidade, por motivo de saúde, lograram a revalidação de suas autorizações, como foi o caso dos Impetrantes LUIZ CARLOS SÁ RODRIGUES e RAFAEL DE OLIVEIRA.’

Entretanto, não foi comprovado ter sido dada a oportunidade, como o exige o Decreto, ao não assíduo na acepção da palavra, de provar o por que dessa não assiduidade.

Toda a doutrina, trazida à colação pela própria autoridade impetrada (não a referente à atividade discricionária, porém, a diretamente ligada aos ‘avulsos’), vem em abono do pedido inicial.

Vejamos a doutrina colacionada:

‘quadro de reservas em nada prejudica os estivadores associados do Sindicato, uma vez que somente será utilizado no trabalho depois de ocupado todo o número de estivadores fixado. Embora não de direito, mantém de fato o Sindicato um quadro de reservas. As peculiaridades locais devem ter provocado a criação de tal quadro, consagrado pelo costume’.

(*D. do Dir. Geral do DNT*, ALÍRIO DE SALES COELHO, no processo 2001.764-59; DO de 17/12/59).

E, a fls. 151, de ARNALDO SUSSEKIND, em ‘Com. à CLT e Legislação Complementar’, págs. 162/163, Editora Livraria Freitas Bastos:

‘O “bagrinho” só trabalha quando o número de estivadores matriculados não é suficiente para atender à composição dos “ternos” exigidos pela movimentação do porto ou quando o estivador escalado não responde à chamada ou recusar-se a integrar o respectivo “terno”’

Em vista do exposto, e mais do que nos autos consta, por não ter ficado demonstrado que a não renovação das autorizações de trabalho deveu-se à falta de assiduidade, prova que competia demonstrada documentalmente pelo Impetrado (pois a ninguém se pode pedir prova negativa), e sendo este e somente este o motivo de não renovação, a teor do Decreto nº 90.927/85 de referência desses ‘avulsos’, CONCEDO A ORDEM para os Impetrantes remanescentes para o fim de terem suas autorizações de trabalho renovadas, voltando a inclui-los no quadro de estivadores não sindicalizados (trabalhadores avulsos com autorização).”

Como se observa, o critério adotado pela autoridade impetrada para deixar de renovar as autorizações não encontra respaldo legal, pois deriva da regra de assiduidade a observância, pelo trabalhador avulso não sindicalizado, de média mínima de trabalho considerado o volume ofertado. Dispõe, expressamente, o artigo 2º do Decreto nº 90.927, de 07/02/85, que a assiduidade serve para avaliar o cumprimento da “obrigação dos trabalhadores avulsos,

especificados no artigo anterior, de *atender à escalação* para realizar os serviços que lhes forem *atribuídos*, de acordo com o rodízio numérico organizado pelos sindicatos.”

Se o “bagrinho”, denominação que reflete a condição subalterna desta espécie de trabalhador portuário, somente trabalha quando algum matriculado ou sindicalizado não aceita o serviço ou quando sobram vagas, resta evidente que o cálculo da assiduidade não pode basear-se em números extraídos apenas da quantidade de horas trabalhadas, de forma absoluta, sem considerar a escalação ou disponibilização de serviço pelos sindicatos.

Por outro lado, ainda que correta a aplicação de tal critério, não podia deixar a Administração Pública de ofertar a possibilidade concreta de defesa ainda e, sobretudo, por se tratar, na espécie, de autorização de trabalho para pessoas de baixa qualificação profissional e sem perspectiva de colocação em outros setores da atividade econômica. Mais do que um princípio de direito, tem-se presente aqui um clamor de justiça, que à Administração Pública cumpre responder com máxima plenitude.

Em suma, a r. sentença decidiu corretamente o caso concreto, tanto à luz da legislação, como da doutrina, esclarecendo a verdade natureza jurídica da atividade do estivador não sindicalizado e provando, na espécie, a violação, pela autoridade impetrada, de direito líquido e certo.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

Registro 1999.61.18.001654-1

Parte A: SEBASTIÃO LEMES BARBOSA

Parte R: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE

Classe do Processo: REO 832820

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2009

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. PRAZO DECADENCIAL. LEI 9.784/99. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONCESSÃO MEDIANTE FRAUDE. CANCELAMENTO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REGULARIDADE.

I - O prazo decadencial, estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99, é contado a partir de sua entrada em vigor (1º/02/1999), não sendo possível a aplicação retroativa da norma a situações consolidadas anteriormente à sua vigência. Precedentes.

II - A Administração tem o poder-dever de desfazer seus próprios atos, quando viciados (Súmula nº 473 do E. STF), sendo que a aquisição de um direito com fraude à lei não se convalida, mesmo com o decorrer do tempo. Precedentes do STJ e Tribunais Regionais Federais.

III - Benefício de aposentadoria por tempo de serviço concedido mediante Justificação Administrativa, utilizada para provar o tempo trabalhado na Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica, no período de 26.03.1953 a 20.03.1959.

III - Em sede de processo administrativo, instaurado para verificação das circunstâncias em que a aposentadoria foi deferida, a beneficiária assegurou não ter trabalhado entre os anos de 1953 e 1958, reconhecendo falsas as declarações das testemunhas que instruíram a Justificação Administrativa.

IV - As testemunhas, convocadas pela Inspeção Geral do Ministério da Previdência Social, retificaram o depoimento prestado na Justificação Administrativa, afirmando desconhecer o período em que a segurada trabalhou na Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica.

V - As declarações da autora e das testemunhas invalidam a Justificação Administrativa e por si só fazem prova da fraude perpetrada para a concessão do benefício.

VI - A Justificação Administrativa, que deu ensejo à concessão do benefício, foi processada por servidora demitida a bem do serviço público, segundo a Portaria nº 268, de 1º de outubro de 1984, referente ao processo nº 31050.000.287/84, por conta da multiplicidade de fraudes por ela cometidas, conforme apuração de Grupo de Trabalho Especial montado pela Autarquia junto ao Município de Guaratinguetá/SP.

VII - O desenrolar do procedimento administrativo, por cópia aos autos, revela a lisura da conduta levada a cabo pela Autarquia, demonstrando o respeito às garantias constitucionais que protegem o cidadão dos atos estatais, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

VIII - A verificação de equívoco na concessão de aposentadoria justifica a sua cessação, sob pena de ilegítima assunção de obrigação pelo sistema previdenciário.

IX - A procedência do pedido foi decretada em frontal contrariedade à prova dos autos, razão pela qual a sentença merece ser reformada.

X - Em vista a inversão do resultado da demanda, resta prejudicada a análise dos demais pontos do *decisum*.

XI - Remessa oficial provida para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Regional

Federal da Terceira Região, por votação unânime, dar provimento à remessa oficial para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos do voto da Senhora Desembargadora Federal Relatora, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

São Paulo, 03 de agosto de 2009. (data do julgamento)

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE -
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A sentença (fls. 204/213), excluiu da lide José Roberto Lemes Barbosa, Roselei Auxiliadora Alves da Silva Barbosa, Rosangela Lemes Barbosa da Silva, Francisco Carlos da Silva, Letícia Lemes Barbosa Nunes e Pedro Paulo Nunes, sucessores da autora, dada sua ilegitimidade para figurar no pólo ativo deste feito, que ficou integrado apenas pelo autor Sebastião Lemes Barbosa, marido da segurada falecida.

O *decisum* ainda reconheceu já ter transcorrido o lapso prescricional para o exercício, por parte do INSS, do controle administrativo de seus atos, julgando procedente a demanda para efeito de determinar o restabelecimento da aposentadoria da autora Gertrudes Gonçalves Barbosa até a véspera do seu falecimento, com pagamento das prestações mensais atrasadas desde a suspensão e até o termo final indicado, observada a prescrição quinquenal e com correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela, nos termos do Provimento nº 26/01, da E. CGJF da 3ª Região, e na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal de julho de 2001, do E. CJF, acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, contados da citação.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Sem custas, diante da isenção do INSS e em razão da parte ser beneficiária da justiça gratuita.

Por fim, a sentença determinou que eventuais valores que tiverem sido pagos administrativamente deverão ser deduzidos à época da liquidação do julgado, processando-se a execução nos termos dos artigos 730 e 731 do CPC.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Em virtude do duplo grau obrigatório, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE -
Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A questão em debate, em síntese, consiste em saber se a aposentadoria por tempo de serviço de Gertrudes Gonçalves Ferreira, cassada pelo INSS, merece ser restabelecida.

Alegou a autora, na inicial, que por ocasião da concessão de sua aposentadoria, forneceu toda a documentação comprobatória, sendo-lhe concedido o benefício de nº 42/01.363.113-6, com DIB em 06.06.1978.

Todavia, em 16.01.1997, teve sua aposentadoria cancelada sob alegação de fraude, sem o regular procedimento administrativo.

A sentença ora recorrida considerou que “passados mais de dez anos da concessão do benefício, não é razoável submeter o segurado à possibilidade de cancelamento do ato a qualquer tempo, qualquer que seja o vício que se lhe atribua, sob pena de infringência à estabilidade das relações jurídicas”.

Assim, primeiramente faz-se necessário analisar a questão da decadência para o exercício da autotutela pela Previdência Social.

Antes do advento da Lei nº 9.528/97, não existia, na legislação previdenciária, a figura da decadência.

Ou seja, a instituição do prazo decadencial para o ato de revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários é inovação. A inclusão

do instituto foi efetuada pela nona reedição da Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

Assim, o prazo decadencial, estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99, é contado a partir de sua entrada em vigor (1º/02/1999), não sendo possível a aplicação retroativa da norma a situações consolidadas anteriormente à sua vigência.

Entender-se em contrário, seria inverter os princípios de direito que vedam a aplicação retroativa das leis, salvo as exceções constitucionais expressas.

Confira-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EMPREGADO PÚBLICO ANISTIADO. REVISÃO DE ATO DE CONCESSÃO DE ANISTIA. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 344/02. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI Nº 9.784/99. INCIDÊNCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO À VALIDADE DO ATO. TEMPESTIVO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ANULAR. DEMISSÃO EM VIRTUDE DE EXTINÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.878/94. CONTRADITÓRIO. INOBSERVÂNCIA. NECESSÁRIA INTIMAÇÃO PESSOAL.

A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos MS nº 9.112/DF e 9.157/DF, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, e do MS nº 9.115/DF, da relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, todos na sessão do dia 16 de fevereiro de 2005, negou toda e qualquer eficácia retroativa ao artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

(...)”

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 8604; Processo: 200201109701; UF: DF; Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO; Data da decisão: 22/06/2005; Documento: STJ000298609; Fonte: DJ; DATA: 06/08/2007; PG: 00459; Relator: GILSON DIPP)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. PRAZO DE 5 ANOS (ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99). PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

Entendimento pacificado no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça de que o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 não tem aplicação retroativa.

Agravo regimental desprovido.”

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: AERESP - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL - 445100; Processo: 200501440036; UF: RS; Órgão Julgador: TERCEIRA SECA; Data da decisão: 25/04/2007; Documento: STJ000294078; Fonte: DJ; DATA: 04/06/2007; PG: 00297; Relator: FELIX FISCHER)

“ADMINISTRATIVO. ANISTIA. LEI 8.878/94. REVISÃO. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO (FAEPE). NÃO-RECONHECIMENTO DE ANISTIA. DECADÊNCIA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. PRAZO CONTADO A PARTIR DA VIGÊNCIA DO DIPLOMA LEGAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

1. O prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99 é contado a partir da vigência da lei (1º/02/1999), não sendo possível a aplicação retroativa da norma para limitar a Administração. Precedentes: MS 8.843/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 09.04.2007 e MS 8717/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 28.08.2006. Assim, tendo o ato de revisão da anistia sido publicado em 2002, não há falar em decadência.

(...)”

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 12709; Processo: 200700596672; UF: DF; Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO; Data da decisão: 12/12/2007; Documento:

STJ000335466; Fonte: DJE; DATA: 15/09/2008; Relator: HERMAN BENJAMIN)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. PODER JUDICIÁRIO. VANTAGEM PESSOAL. CRIAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO. DECADÊNCIA. NÃO CARACTERIZADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA O PROVIMENTO.

1. A segurança pleiteada consiste no reconhecimento do direito líquido e certo de servidores continuarem a receber vantagens pessoais concedidas com base em decisão administrativa do Conselho da Justiça Federal, as quais foram suprimidas por ato administrativo.

2. A decadência para a Administração revogar o ato de concessão de referidas vantagens, não se operou, porquanto a Lei 9784/99 não é aplicável, retroativamente, sendo certo que o *dies a quo*, em sendo o ato revocatório posterior à lei, corresponde à data de entrada em vigor da própria lei. Precedentes.

3. Consoante entendimento da Corte Especial do STJ, não há irregularidade, ilegalidade ou ofensa a direito na decisão do Conselho da Justiça Federal que decidiu pela revogação do pagamento da denominada ‘Diferença Pessoal’. (MS 9122/DF, DJU 03/03/2008)

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.”

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 24563; Processo: 200701558412; UF: ES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data da decisão: 05/06/2008; Documento: STJ000329235; Fonte: DJE; DATA: 23/06/2008; Relator: JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)

Em suma, *in casu*, o exercício da autotutela não se encontra limitado pelo prazo decadencial.

Além do que, a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus atos eivados de vícios, estando tal entendimento, consubstanciado na Súmula nº 473 do E. STF, *in verbis*:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Ou seja, a Administração tem o poder-dever de desfazer seus próprios atos, quando viciados, sendo que a aquisição de um direito com fraude à lei não se convalida, mesmo com o decorrer do tempo. Precedentes do STJ e Tribunais Regionais Federais.

Levando-se em conta que essa reavaliação deve submeter-se aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, passo à análise da revisão em questão.

Compulsando os autos, verifico que a autora instruiu a inicial com as cópias do Ofício nº 252/96 e da Carta nº 027/97, os quais comunicavam que, em revisão efetuada no seu benefício, havia sido constatada a seguinte irregularidade: “(...) Justificação Administrativa com vínculo empregatício falso para a empresa Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica no período de 26.03.1953 à 20.03.1959” - fls. 09/10.

Também foi anexado à inicial o ofício IG/MPAS nº 1034/96, expedido em 21/11/96, convocando-a a comparecer na sede do INSS em Guaratinguetá, no prazo máximo de dez dias, munida dos seguintes documentos: original de sua Certidão de Casamento, bem como das Certidões de Nascimento dos filhos José Roberto e Rosângela, além da Carteira de Identidade, Carteiras Profissionais de nº 61.956/93ª e 42.218/167ª e Carteira de Contribuição do IAPI nº 14.422.406, no qual constava o seguinte aviso: “O não comparecimento no prazo acima fixado, poderá acarretar ao segurado as sanções previstas nas disposições contidas no Artigo 382 do Decreto 83.080 de 24 de janeiro de 1979 combinado com o Artigo 295 do Decreto 611 de 21 de julho de 1992” – fls. 11.

Em sede de contestação, o INSS trouxe aos autos o processo administrativo de concessão da aposentadoria, no qual verifica-se que a autora utilizou-se de “Justificação Administrativa” para provar o tempo de serviço prestado à Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica, no período de 26.03.1953 a 20.03.1959 (fls. 20/123).

A Justificação Administrativa foi processada pela funcionária Inaiá Maria Vilela Lima, que tomou depoimento de duas testemunhas: Angelina Maciel e Francisca Frattari Silva - as quais afirmavam que a justificante trabalhou efetivamente como empregada da Cia. Fiação e Tecidos Lanifício Plástica, no período de vinte e seis de março de mil novecentos e cinquenta e três até vinte de março de mil novecentos e cinquenta e nove, ininterruptamente. (fls. 28/36).

Observo, ainda, que a autora, atendendo à convocação efetuada pelo ofício IG/MPAS nº 1034/96, compareceu à agência do INSS em 25/11/1996, e prestou declaração, juntada a fls. 60/60-verso, e por ela assinada, de seguinte teor: “(...) *que em 1952 nasceu seu filho Jose Roberto Lemes Barbosa, o qual veio a adoecer no ano seguinte, 1953, e por intervenção de seu esposo, o Sr. Sebastião Lemes Barbosa desligou-se da Fiação Guaratinguetá para cuidar da criança, o que fez até meados de 1958; que após constatar a melhora da criança foi convidada por um conhecido seu que atendia pela alcunha ‘Zé Sofia’, a trabalhar como urdineira na Cia. Fiação e Tecidos Lanifício Plástica, por volta de 1959; que na Plástica permaneceu até 1970, digo, 1966 (...) que apresentado o documento de Justificação Administrativa constante em seu processo de aposentadoria reconhece como falsas as declarações das testemunhas Angelina Maciel e Francisca Frattari, que efetivamente não trabalhou no período de 26/03/1953 a 20/03/1959 na Empresa Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica; que quem agilizou sua aposentadoria foi o Presidente do Sindicato dos Textéis de Guaratinguetá, o Sr. Walter Vilella Pinto; que nessa ocasião ela, segurada não sabia se podia ou não aposentar-se; que reconhece como suas as assinaturas apostas no documento da referida Justificação*

Administrativa, e que estava presente quando as testemunhas prestaram as referidas declarações, ignorando no entanto o conteúdo de cada uma delas, pois não as ouviu; que essas declarações foram prestadas no posto do INSS; que apesar de constarem as assinaturas da Sra. Inaia Maria Vilela Lima da justificação Administrativa, a segurada afirma categoricamente que a referida Sra. Não esteve presente em nenhum momento, estando presente apenas um funcionário conhecido como ‘Nielito’ (...)” – *negritei*.

Em vista de parecer da Inspeção-Geral da Previdência Social recomendando a cassação do benefício, a autora protocolou “Recurso à Junta de Recursos da Previdência Social”, através do processo nº IGPS.GTE.269 – Guaratinguetá, datado de 23/01/1997 (fls. 78).

Essa “Defesa Inicial” não foi aceita pela Inspeção Geral, em razão da segurada não ter apresentado “provas plenas de comprovação de vínculo empregatício, que nos conduza a alterar nosso parecer” – fls. 80.

A fls. 99/107, encontra-se juntado documento nº MPAS/IGPS/GTE 269, no qual consta que, em razão da declaração prestada pela segurada (trasladada a fls. 101/102 do documento), a Inspeção Geral do Ministério da Previdência Social convocou a Sra. Angelina Maciel, primeira testemunha na Justificação Administrativa da autora, que prestou declaração nos seguintes termos:

“(...) que lembra-se da segurada ter realmente trabalhado na plástica, porém não se recorda com exatidão da época; que apresentada a declaração da justificação Administrativa constante no processo de aposentadoria da segurada, reconheceu como sendo sua a assinatura nela aposta. Recordar-se, no entanto, de tê-la assinado sem ler; que na ocasião da Justificação Administrativa, compareceu a este posto do INSS juntamente com a outra testemunha, a sra. Francisca Frattari Silva e ambas *encontraram os termos da Justificação Administrativa já preenchidos, bastando apenas assiná-los*; que as pessoas que apresentaram os documentos da Justificação Administrativa, não formularam

nenhuma pergunta; que não fez questão de assinar o documento sem ler, pois a segurada era sua amiga; que compareceu ao Posto sem que a segurada lhe pedisse, mas que recebeu em sua residência uma convocação emitida por uma pessoa ignorada; que lida em voz alta os termos da declaração supostamente atribuída à declarante, contestou vários itens, entre eles o seguinte: (...) *que afirma categoricamente que jamais emitiu qualquer das palavras constantes na declaração da justificação administrativa do referido processo*”. – *negritei*.

No referido documento também consta a convocação da segunda testemunha, Sra. Francisca Frattari Silva, que também prestou depoimento (fls. 104), do qual destaco os seguintes trechos: “(...) que na ocasião da Justificação Administrativa o período de 26/03/53 a 20/03/59 foi-lhe previamente fornecido pela segurada, pois não tem idéia do período em que a segurada trabalhou na referida Empresa; que embora as assinaturas da Sra. Inaiá Maria Villela Lima estejam presentes em quase todas as páginas da declaração, a declarante não teve nenhum contacto com a referida ex-funcionária, tampouco a conhece (...)” – *negritei*.

Diante dessas provas, a Inspetoria Geral concluiu que o benefício em questão foi concedido fraudulentamente, com intervenção da “ex-servidora Inaiá Maria Villela Lima, ex-chefe da Seção de Concessão, matrícula Nº 2.049.660 (...) pessoa envolvida em vários casos de aposentadorias irregulares, que foram encaminhados à Polícia Federal. A citada ex-funcionária foi demitida a bem do Serviço Público, conforme Portaria 268 de 01/10/84, referente ao processo Nº 31050.000.287/84, anexada às fls. 71” – fls. 106.

Em razão do acima exposto, conclui-se que o benefício nº 42/01.363.113-6 foi concedido mediante fraude, eis que:

a) A própria autora, em declaração por cópia a fls. 60/60-verso, revelou que, em virtude de doença do seu filho José Roberto, não trabalhou entre os anos de 1953 e 1958, reconhecendo falsas as declarações das testemunhas;

b) as testemunhas não puderam afirmar se a segurada trabalhou no período de 26/03/1953 a 20/03/1959 na Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica (fls. 103/104).

Ou seja, as declarações da autora e das testemunhas invalidam a Justificação Administrativa e por si só fazem prova da fraude perpetrada para a concessão do benefício.

Além do que, há de se levar em conta que a Justificação Administrativa que deu ensejo à concessão do benefício foi processada por servidora demitida a bem do serviço público, segundo a Portaria nº 268, de 1º de outubro de 1984, referente ao processo nº 31050.000.287/84, por conta da multiplicidade de fraudes por ela cometidas, conforme apuração de Grupo de Trabalho Especial montado pela Autarquia junto ao Município de Guaratinguetá/SP.

Além disso, o desenrolar do procedimento administrativo acima descrito, revela a lisura da conduta levada a cabo pela Autarquia, demonstrando o respeito às garantias constitucionais que protegem o cidadão dos atos estatais, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, a providência adotada pela Autarquia, ao cancelar o pagamento do benefício em questão, apenas objetivou resguardar a Administração de erro que lhe trouxe prejuízo indevido, a ser arcado, na verdade, por todos os segurados e beneficiários da Previdência Social, afinal, por toda a sociedade.

E a jurisprudência desta Corte, firmada em casos análogos, encontra-se pacificada no sentido de que a verificação de equívoco na concessão de aposentadoria justifica a sua cessação, sob pena de ilegítima assunção de obrigação pelo sistema previdenciário:

“ADMINISTRATIVO - PREVIDENCIÁRIO - SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA - AÇÃO ANULATÓRIA JULGADA PROCEDENTE - APELAÇÃO INTERPOSTA PELO INSS IMPROVIDA POR MAIORIA – EMBARGOS INFRINGENTES - FRAUDE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO COMPROVADA - EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS.

1. Na suspensão do pagamento de benefício previdenciário, no

âmbito administrativo, deverá ser precedida de processo administrativo no qual deverá ser assegurado o direito de defesa.

2. Instaurado o processo administrativo para verificação das circunstâncias em que o benefício previdenciário foi deferido e convocada a beneficiária, compareceu ela naquele feito e declarou que, no período de 1º de abril de 1952 a 10 de junho de 1976, não trabalhou na empresa Fiação, Tecidos, lanifício Plástica, tratando-se, a anotação feita em sua Carteira Profissional, de um registro falso, o qual determinou a concessão do benefício de aposentadoria.

3. Correto, pois, o ato administrativo que suspendeu o pagamento do benefício de aposentadoria que lhe vinha sendo pago.

4. Embargos infringentes acolhidos.”

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO; Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 51039; Processo: 91030195210; UF: SP; Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO; Data da decisão: 21/05/2003; Documento: TRF300101431; Fonte: DJU; DATA: 16/03/2006; PÁGINA: 270; Relator: JUIZ ANDRE NABARRETE)

“PREVIDENCIÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONCESSÃO MEDIANTE FRAUDE. CANCELAMENTO. EFEITO CIVIL DE JULGAMENTO PROFERIDO NO ÂMBITO PENAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REGULARIDADE. FALSIDADE. COMPROVAÇÃO. DEFERIMENTO, NO CURSO DA LIDE, DE APOSENTADORIA POR IDADE. PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA.

I - A concessão de aposentadoria por idade, na via administrativa, no curso da lide, não prejudica o exame do mérito da causa, que versa sobre cancelamento de aposentadoria por tempo de serviço.

II - A procedência do pedido, com a determinação de restabelecimento do pagamento do benefício, foi decretada

em frontal contrariedade à prova dos autos, eis que afirmada, na esfera penal, a materialidade do delito, que consistiu no lançamento de falsos contratos de trabalhos com a 'Cia. Fiação Tecidos Lanifício Plástica' e 'Fiação Jomig Indústria e Comércio Ltda.', nos períodos de 10 de junho de 1959 a 13 de setembro de 1963 e 14 de julho de 1970 a 30 de novembro de 1977, respectivamente.

III - Logo, ao contrário do que assevera a apelada na exordial, o fato de ter sido absolvida na esfera criminal, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, não implica no reconhecimento da inexistência do vício, primeiro porque não afastada, de forma cabal, a prática de crime por parte da beneficiária, e, depois, em razão do fato delituoso ter sido indubitavelmente assentado no juízo penal.

IV - Em suas relações com os segurados ou beneficiários, o INSS, na condição de autarquia, pratica atos administrativos subordinados à lei, os quais estão sempre sujeitos à revisão, como manifestação do seu poder/dever de reexame com vistas à proteção do interesse público, no qual se enquadra a Previdência Social.

V - Orientação da Súmula nº 473/STF, cujo enunciado, é bem verdade, também explicita a sujeição da revisão do ato administrativo ao respeito às garantias constitucionais que protegem o cidadão dos atos estatais, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mandamentos explicitados no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

VI - O procedimento administrativo instaurado para apuração da regularidade da concessão da aposentadoria por tempo de serviço à apelada propiciou à interessada oportunidade para produção de prova para contrastar o entendimento do Instituto no sentido do descabimento da concessão da aposentadoria, cujo pagamento somente foi cessado após duas oportunidades oferecidas à beneficiária para apresentar documento idôneo a fim de demonstrar o acerto do ato de deferimento do benefício.

VII - No que diz respeito à existência da fraude, restou insofismavelmente demonstrada na via administrativa, eis que, não bastasse a admissão da apelada no sentido da ausência do exercício de atividade laborativa entre os anos de 1959 e 1977, em depoimento prestado perante a Previdência Social, os registros de contrato de trabalho pertinentes às empresas Cia. Fiação e Tecidos Lanifício Plástica e Fiação Jomig Indústria e Comércio Ltda. não foram confirmados pelas diligências realizadas naquela sede, consoante se verifica dos documentos extraídos do procedimento administrativo, seja pela negativa da suposta empregadora (Cia. Fiação e Tecidos Lanifício Plástica), seja pela não localização da empresa (Fiação Jomig Indústria e Comércio Ltda.).

VIII - É de ser realçado, ainda, o contexto em que se deu a concessão da aposentadoria por tempo de serviço da apelada, cujo ato foi patrocinado por servidora demitida a bem do serviço público, segundo a Portaria nº 268, de 1º de outubro de 1984, do INSS, por conta da multiplicidade de fraudes então cometidas, conforme apuração de Grupo de Trabalho Especial montado pela autarquia junto ao Município de Guaratinguetá/SP para análise dos episódios lá então ocorridos.

IX - Por ter sido demonstrada a prestação de atividade laborativa durante apenas 18 (dezoito) anos, 11 (onze) meses e 1 (um) dia, mostra-se de todo incabível o deferimento da aposentadoria por tempo de serviço à apelada, eis que, à época de seu requerimento administrativo (10 agosto de 1979), exigia-se um mínimo de 30 (trinta) anos de trabalho, nos termos do art. 41, *caput*, da CLPS/76.

X - A providência adotada pela autarquia previdenciária, ao cancelar o pagamento da prestação da autora, apenas objetivou resguardar a Administração de erro que lhe trouxe prejuízo indevido, a ser arcado, na verdade, por todos os segurados e beneficiários da Previdência Social, o que não se mostra admissível.

XI - Apelação e remessa oficial providas para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.”

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO; Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 680075; Processo: 199961180016061; UF: SP; Órgão Julgador: NONA TURMA; Data da decisão: 10/10/2005; Documento: TRF300098045; Fonte: DJU; DATA: 11/11/2005; PÁGINA: 752; Relator: JUIZA MARISA SANTOS)

“PREVIDENCIÁRIO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE SUSPENDEU APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO SOB ALEGAÇÃO DE FRAUDE. PROCESSO CIVIL. CUMULAÇÃO DE AÇÕES: POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSERTOS NO ARTIGO 5º, INCISOS LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA.

- A prescrição diz respeito a direito patrimonial e requer, portanto, manifestação da parte, seja nas razões ou contra-razões de apelação.

- A cumulação de ações, como neste caso, é possível. Todos requisitos do artigo 292 do Código de Processo Civil foram observados. Matéria de caráter preliminar suscitada pelo INSS rejeitada.

- A documentação acostada por ambas partes não permite a conclusão de que houve ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

- Quanto ao modo pelo qual a aposentadoria foi obtida, não há dúvida sobre a fraude perpetrada, notadamente com relação à justificação administrativa pela qual logrou o autor contar como trabalhado para a firma ‘Cia Fiação Tecidos Lanifício Plástica’.

- Descabe a condenação do autor nas despesas processuais e nos honorários advocatícios, por fazer jus à gratuidade de justiça.

- Rejeitada a matéria preliminar suscitada na apelação e recurso provido. Pedido julgado improcedente.”

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO; Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 53180; Processo: 91030247007; UF: SP; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data da decisão: 24/09/2002; Documento: TRF300070959; Fonte: DJU; DATA: 19/11/2002; PÁGINA: 280; Relator: JUIZ ANDRE NABARRETE)

Em suma, a procedência do pedido foi decretada em frontal contrariedade à prova dos autos, razão pela qual a sentença merece ser reformada.

Tendo em vista a inversão do resultado da demanda, resta prejudicada a análise dos demais pontos do *decisum*.

Por essas razões, dou provimento ao reexame necessário para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Isento(a) de custas e de honorária, por ser beneficiário(a) da assistência judiciária gratuita – artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. (Precedentes: RESP 27821-SP, RESP 17065-SP, RESP 35777-SP, RESP 75688-SP, REExt 313348-RS).

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE -
Relatora

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO(*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir do sétimo mês de vigência da Constituição Federal, até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SIGLAS

AASP	Associação dos Advogados de São Paulo
ABDF	Associação Brasileira de Direito Financeiro
ABECIP	Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança
ABIA	Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação
ABIN	Agência Brasileira de Inteligência
ABINEE	Associação Brasileira da Indústria Eletro-Eletrônica
ABLE	Associação Brasileira de Loterias Estaduais
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ABPI	Associação Brasileira de Propriedade Industrial
ABRANET	Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
AC	Apelação Cível
ACO	Ação Cível Originária
ACr	Apelação Criminal
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCOAS	Advogados Consultores Associados
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIR	Adicional ao Imposto de Renda
Adm	Direito Administrativo
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
ADPESP	Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
ADSL	“Asymmetric Digital Subscriber Line”
AESB	Arquivo de Entidades Sindicais Brasileiras
AFAC	Adiantamento para Futuro Aumento de Capital
AFRMM	Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante
AFTN	Auditor Fiscal do Tesouro Nacional
Ag	Agravo
Ag	Agravo de Instrumento
AgExp	Agravo em Execução Penal
AGF	Aquisição do Governo Federal
AgPt	Agravo em Petição Trabalhista
AgR	Agravo Regimental
AgRg	Agravo Regimental
AGU	Advocacia-Geral da União
AHD	Apelação em “Habeas Data”
AI	Agravo de Instrumento
AIDF	Autorização para Impressão de Documento Fiscal

AIDS	“Acquired Immunodeficiency Syndrome” (Síndrome de Imuno deficiência Adquirida)
AIE	Anemia Infecciosa Equina
AITP	Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso
AJG	Assistência Judiciária Gratuita
AJUFE	Associação dos Juizes Federais do Brasil
AJUFESP	Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul
AJURIS	Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
ALALC	Associação Latino-Americana de Livre Comércio
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
ALECSO	Organização Árabe para a Educação, a Cultura e a Ciência
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
AMPERJ	Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANDHEP	Associação Nacional de Direitos Humanos
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APAC	Associação de Assistência e Proteção aos Condenados
APCEF	Associação de Pessoal da Caixa Econômica Federal
ApelReex	Apelação/Reexame Necessário
APEX	Agência de Promoção de Exportações
APIP	Ausência Permitida para Tratar de Interesse Particular
Apn	Ação Penal
APS	Agência da Previdência Social
AR	Ação Rescisória
ArI	Arguição de Inconstitucionalidade
ARN	Ácido Ribonucléico
ART	Anotação de Responsabilidade Técnica
ATM	Apólice do Tesouro Municipal
ATN	Apólice do Tesouro Nacional
ATP	Adicional de Tarifa Portuária

BACEN	Banco Central do Brasil
BANESPA	Banco do Estado de São Paulo
BCE	Banco Central Europeu
BEFIEIX	Benefícios Fiscais à Exportação
BGB	“Bürgerliches Gesetzbuch” (Código Civil Alemão)
BGU	Balanço Geral da União
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BJA	Boletim de Jurisprudência ADCOAS
BMJTACRIMSP	Boletim Mensal de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
BOVESPA	Bolsa de Valores de São Paulo
BTN	Bônus do Tesouro Nacional
BTNC	Bônus do Tesouro Nacional Cambial
BTNF	Bônus do Tesouro Nacional Fiscal
CAASP	Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo
CABESP	Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo
CACEX	Carteira de Comércio Exterior (do Banco do Brasil)
CAD	Cobrança Administrativa Domiciliar
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos Não-Quitados do Setor Público Federal
CAL	Comunicado de Arremate em Leilão
CAM	Certificado de Alistamento Militar
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CAP	Conselho de Autoridade Portuária
CAT	Certidão de Acervo Técnico
CAT	Comunicação de Acidente de Trabalho
CATI	Coordenadoria de Assistência Técnica Integral (da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo)
CauInom	Cautelar Inominada
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CBT	Código Brasileiro de Telecomunicações
CBT	Código Brasileiro de Trânsito
CBTU	Companhia Brasileira de Trens Urbanos
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCAB	Comitê do “Codex Alimentarius” do Brasil

CCo	Código Comercial
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CDB	Certificado de Depósito Bancário
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDFMM	Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante
CDI	Certificado de Depósito Interbancário
CE	Comunidade Européia
CEASA	Central de Abastecimento
CEBRAE	Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa
CECA	Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Européia
CEETPS	Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
CEF	Caixa Econômica Federal
CEFET-SP	Centro Federal de Educação Tecnológica de São Paulo
CEIPN	Coordenadoria das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais
CENACON	Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor
CES	Câmara de Educação Superior
CESE	Comitê Econômico e Social Europeu
CESP	Companhia Energética de São Paulo
CET	Companhia de Engenharia de Tráfego
CETESB	Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental
CETIP	Sistema de Registro e de Liquidação Financeira de Títulos
CF	Constituição Federal
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFMV	Conselho Federal de Medicina Veterinária
CFN	Conselho Federal de Nutricionistas
CGC	Cadastro Geral de Contribuintes
CGJF	Corregedoria-Geral da Justiça Federal
CIC	Cartão de Identificação de Contribuinte
CID	Código Internacional de Doenças
CIDA	Certidão de Inscrição na Dívida Ativa
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIDIPS	Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado
CIERGS	Centro das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul
CIF	“Cost, Insurance, Freight” (Custo, Seguro e Frete)

CIP	Conselho Interministerial de Preços
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CIRDI	Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos
CIRETRAN	Circunscrição Regional de Trânsito
CIS	Certificado de Inspeção Sanitária
CJ	Conflito de Jurisdição
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLPS	Consolidação das Leis da Previdência Social
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMC	Conselho do Mercado Comum
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNA	Confederação Nacional da Agricultura
CNAE	Código Nacional de Atividades Econômicas
CNAS	Conselho Nacional de Assistência Social
CNC	Confederação Nacional do Comércio
CND	Certidão Negativa de Débito
CNE	Conselho Nacional de Educação
CNEN	Comissão Nacional de Energia Nuclear
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNIS	Cadastro Nacional de Informações Sociais
CNP	Conselho Nacional do Petróleo
CNPC	Conselho Nacional de Política Cafeeira
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CNPS	Conselho Nacional da Previdência Social
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CNSS	Conselho Nacional da Seguridade Social
CNT	Código Nacional de Trânsito
Co	Direito Comercial
COBAL	Companhia Brasileira de Alimentos
CODECON	Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
COEFA	Coordenação de Gestão do Uso de Espécies da Fauna
COESPE	Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado
COFECI	Conselho Federal de Corretores de Imóveis
COFINS	Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social
COGEAE	Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (PUC/SP)

COM	Comunicação da Comissão (Comissão das Comunidades Européias)
COMEX	Comitê Executivo da CAMEX
CONAB	Conselho Nacional do Abastecimento
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONCINE	Conselho Nacional do Cinema
CONDEFAT	Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador
CONDEPHAAT	Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo
CONDESB	Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Baixada Santista
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CONFEA	Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
CONSEMA	Conselho Estadual do Meio Ambiente
CONSEPE	Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
COPERSUCAR	Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo
COPOM	Comitê de Política Monetária (do Banco Central)
CORDE	Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CORECON	Conselho Regional de Economia
COSIPA	Companhia Siderúrgica Paulista
COSIT	Coordenação-Geral do Sistema de Tributação
CP	Código Penal
CPA	Comissão de Política Aduaneira
CPA	Conselho de Política Aduaneira
CPC	Código de Processo Civil
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
CPFL	Companhia Paulista de Força e Luz
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CPqD	Centro de Pesquisas e Desenvolvimento
CR	Constituição da República Federativa do Brasil

CRAV	Comissão de Administração de Retribuição Adicional Variável
CRC	Conselho Regional de Contabilidade
CRE	Conselho Regional de Economia
CREAA	Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CRECI	Conselho Regional de Corretores de Imóveis
CREDUC	Crédito Educativo
CREF/SP	Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo
CREFITO	Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CREP	Conselhos Regionais de Economistas Profissionais
CRF	Conselho Regional de Farmácia
CRI	Cartório de Registro de Imóveis
CRI	Certificado de Recebíveis Imobiliários
CRM	Conselho Regional de Medicina
CRMV	Conselho Regional de Medicina Veterinária
CRN	Conselho Regional de Nutricionistas
CRP	Constituição da República Portuguesa
CRPS	Conselho de Recurso da Previdência Social
CRQ	Conselho Regional de Química
CRS	Certificado de Regularidade de Situação
CRT	Coordenadoria de Relações do Trabalho
CSE	Conselho Superior de Educação
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSM	Conselho Superior da Magistratura
CSM/MTel	Centro de Suprimento de Manutenção de Material de Telecomunicações
CSPE	Comissão de Serviços Públicos de Energia
CST	Coordenadoria do Sistema de Tributação
Ct	Direito Constitucional
CT	Carta Testemunhável
CTA	Centro Tecnológico da Aeronáutica
CTN	Código Tributário Nacional
CTNbio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
CTP	Certificado de Transação de Passeriformes
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
Cv	Direito Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CZPE	Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação
DAC	Departamento de Aviação Civil

DAEE	Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo
DAIA	Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental
DAMF	Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda
DARF	Documento de Arrecadação da Receita Federal
DARP	Documento de Arrecadação da Receita Previdenciária
DATAPREV	Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social
dB	Decibel
DCT	Departamento de Correios e Telégrafos
DCTF	Declaração de Contribuições e Tributos Federais
DECAM	Departamento de Câmbio (do Banco Central do Brasil)
DECEX	Departamento de Comércio Exterior (do Banco do Brasil)
DECOM	Departamento de Defesa Comercial
DECON	Departamento de Controle e Fiscalização (da SUNAB)
DEDIP	Departamento de Dívida Pública (do Banco Central do Brasil)
DEIC	Departamento de Investigações sobre Crime Organizado
DELEMAF	Delegacia Marítima, Aeroportuária e de Fronteiras
DENARC	Departamento Estadual de Investigações sobre Narcóticos
DENTEL	Departamento Nacional de Telecomunicações
DEPRN	Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais
DER	Data da Entrada do Requerimento
DER	Departamento de Estradas de Rodagem
DER	Depósito Especial Remunerado
DERAT	Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DF	Distrito Federal
DFC	Delegacia Federal de Controle
DFSJ	Diretoria do Foro das Seções Judiciárias
DI	Declaração de Importação
DIANA	Divisão de Administração Aduaneira
DIB	Data Inicial do Benefício
DIBAC	Divisão de Serviços Bancários da Caixa Econômica Federal
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos
DIMED	Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos
DIMOB	Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias
DIRPF	Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física
DISAR	Divisão de Arrecadação
DISE	Divisão de Investigações sobre Entorpecentes
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça do Estado

DJU	Diário da Justiça da União
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNC	Departamento Nacional de Combustíveis
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
DNIT	Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
DNPM	Departamento Nacional da Produção Mineral
DNTA	Departamento Nacional de Transportes Aquaviários
DOE	Diário Oficial do Estado
DOESP	Diário Oficial do Estado de São Paulo
DOU	Diário Oficial da União
DPDE	Departamento de Proteção e Defesa Econômica
DPRF	Departamento da Receita Federal
DPU	Departamento de Patrimônio da União
DPVAT	Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
DRF	Delegacia da Receita Federal
DRF	Distrito Rodoviário Federal
DRT	Delegacia Regional do Trabalho
DT	Disposições Transitórias
DTIC	Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial
DTM	Delegacia do Trabalho Marítimo
DTQ	Divisão de Controle de Trânsito e Quarentena Vegetal (Ministério da Agricultura e Abastecimento)
DTR	Departamento de Transportes Rodoviários
DUT	Documento Único de Trânsito
EBCT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
Econ	Direito Econômico
ECR	Emenda Constitucional de Revisão
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ED	Embargos de Declaração
EDcl	Embargos de Declaração
EDI	“Electronic Data Interchange” (Intercâmbio Eletrônico de Dados)
EFV	Execução Fiscal Virtual
EI	Embargos Infringentes
EIA	Estudo do Impacto Ambiental
EInf	Embargos Infringentes
EJTFR	Ementário da Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos
ELETROBRÁS	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações
EMGEA	Empresa Gestora de Ativos
ENC	Exame Nacional de Cursos
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
EPI	Equipamento de Proteção Individual
EResp	Embargos de Divergência no Recurso Especial
ESAF	Escola de Administração Fazendária
ESALQ	Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”
ESTJ	Ementário do Superior Tribunal de Justiça
Euratom	Comunidade Européia de Energia Atômica
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
FAAP	Fundação Armando Álvares Penteado
FACES	Ficha de Atualização de Cadastro de Entidades Sindicais
FAO	“Food and Agriculture Organization of the United Nations”
FAPESP	Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
FAS	Fator de Atualização Salarial
FASASS	Fundação América do Sul de Assistência e Seguridade Social
FATEC	Faculdade de Tecnologia
FATMA	Fundação do Meio Ambiente
FCVS	Fundo de Compensação das Variações Salariais
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FDSBC	Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
FEB	Força Expedicionária Brasileira
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FEBRAPS	Federação Brasileira dos Criadores de Pássaros
FEF	Fundo de Estabilização Fiscal
FENASEG	Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização
FEPASA	Ferrovia Paulista S.A.
FESESP	Federação de Serviços do Estado de São Paulo
FGC	Fundo Garantidor de Créditos
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIERGS	Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul
FIES	Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior
FINAM	Fundo de Investimentos da Amazônia
FINAME	Agência Especial de Financiamento Industrial
FINEP	Financiadora de Estudos e Projetos (Ministério da Ciência e Tecnologia)
FINOR	Fundo de Investimentos do Nordeste
FINSOCIAL	Fundo de Investimento Social

FIRCE	Departamento de Capitais Estrangeiros (do Banco Central do Brasil)
FISET	Fundo de Investimentos Setoriais
FMI	Fundo Monetário Internacional
FMU	Faculdades Metropolitanas Unidas
FNAS	Fundo Nacional de Assistência Social
FND	Fundo Nacional de Desenvolvimento
FNDCT	Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
FNDE	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
FNS	Fundo Nacional de Saúde
FNT	Fundo Nacional de Telecomunicações
FOB (preço)	“Free on Board” (Livre a Bordo)
FPAS	Fundo da Previdência e Assistência Social
FPE	Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
FPR	Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de Medicamentos
FSE	Fundo Social de Emergência
FTAA	“Free Trade Area of the Americas”
FUNAD	Fundo Nacional Antidrogas
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
FUNCAMP	Fundação de Desenvolvimento da UNICAMP
FUNCATE	Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologia Espaciais
FUNCEF	Fundação dos Economistas Federais
FUNDEF	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
FUNRURAL	Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural
FUP	Frete de Uniformização de Preços
FUSEx	Fundo de Saúde do Exército
GARE	Guia de Arrecadação Estadual
GATA	Gratificação Técnico-Administrativa
GATS	“General Agreement on Trade in Services” (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio
GBENIN	Gerenciamento de Benefícios por Incapacidade
GCE	Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica
GED	Gerenciamento Eletrônico de Documentos
GEE	Grau de Eficiência na Exploração
GEL	Gratificação Especial de Localidade
GERA	Grupo Executivo da Reforma Agrária
GFIP	Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social

GI	Guia de Importação
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
GMC	Grupo Mercado Comum do Mercosul
GPS	Guia da Previdência Social
GRCS	Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical
GRPS	Guia de Recolhimento da Previdência Social
GTDC	Grupo Técnico de Defesa Comercial
GUT	Grau de Utilização da Terra
HC	“Habeas Corpus”
HIV	“Human Immunodeficiency Virus” (Vírus da Imunodeficiência Humana)
IAA	Instituto do Açúcar e do Alcool
IAPAS	Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social
IAPETC	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas
IAPFESP	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos
IAPI	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários
IAPM	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IASP	Instituto dos Advogados de São Paulo
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBAP	Instituto Brasileiro de Advocacia Pública
IBAPE	Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia
IBC	Instituto Brasileiro do Café
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBCJA	Instituto Brasileiro de Ciências Jurídico-Ambientais
IBDDC	Instituto Brasileiro de Direitos Difusos e Coletivos
IBDF	Instituto Brasileiro de Direito Financeiro
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBICT	Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
IBPC	Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural
IBRA	Instituto Brasileiro de Reforma Agrária
ICM	Imposto sobre Circulação de Mercadorias
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ICSID	“International Center for the Settlement of Investment Disputes”
IDAP	Instituto de Direito Administrativo Paulista
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
IDIS	Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social

IDRC	“International Development Research Center”
IEDC	Instituto de Estudos de Direito e Cidadania
IF	Incidente de Falsidade
IGP-DI	Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna
IGP-M	Índice Geral de Preços do Mercado
I.I.	Imposto de Importação
IIRGD	Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt
ILL	Imposto sobre o Lucro Líquido
IMESC	Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo
IN	Instrução Normativa
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INAN	Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição
INC	Instituto Nacional do Cinema
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INDA	Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário
INDECOPI	“Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual”
INDESP	Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
INPAMA	Instituto Nacional de Proteção ao Meio Ambiente
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
INPM	Instituto Nacional de Pesos e Medidas
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
Inq	Inquérito
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
Int	Direito Internacional
INTER	Instituto Jurídico das Terras Rurais
INTERPOL	“International Criminal Police Organization”
IOB	Informações Objetivas
IOC	Imposto sobre Operações de Câmbio
IOCAM	Imposto sobre Operações de Câmbio
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IP	Inquérito Policial
IPASE	Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado
IPC	Índice de Preços ao Consumidor
IPC-R	Índice de Preços ao Consumidor em Real

IPCA-E	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada
IPEM	Instituto de Pesos e Medidas
IPEN	Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPi	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPMF	Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores
IR	Imposto de Renda
IRLL	Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
IRRF	Imposto de Renda Retido na Fonte
IRSM	Índice de Reajuste do Salário Mínimo
IRVF	Índice de Reajuste de Valores Fiscais
ISA	Instituto Socioambiental
ISS	Imposto sobre Serviços
ISSC	Imposto sobre Serviço de Comunicação
ISSN	“International Standard Serial Number”
ISTR	Imposto sobre Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual de Passageiros
ITA	Instituto Tecnológico da Aeronáutica
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos
ITCD	Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos
ITE	Instituição Toledo de Ensino
ITESP	Instituto de Terras do Estado de São Paulo
ITR	Imposto Territorial Rural
IUCLEEM	Imposto Único sobre Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais
IUEE	Imposto Único sobre Energia Elétrica
IUIJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
IUM	Imposto Único sobre Minerais
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro
IVC	Imposto sobre Vendas e Consignações
IVVC	Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos
JC	Jurisprudência Catarinense (periódico)
JCJ	Junta de Conciliação e Julgamento
JRPS	Junta de Recursos da Previdência Social

JTA	Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
JTACRIM	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal
JTACrSP	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
JTACSP	Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
JTJ	Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
JUCESP	Junta Comercial do Estado de São Paulo
JUTACRIM	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LALUR	Livro de Apuração do Lucro Real
LAP	Lei da Ação Popular
LBA	Legião Brasileira de Assistência
LBC	Letra do Banco Central
LBPS	Lei de Benefícios da Previdência Social
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
LDA	Lei do Direito Autoral
LEF	Lei de Execuções Fiscais
LEP	Lei das Execuções Penais
LER/DORT	Lesão por Esforço Repetitivo/Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho
LEX-JTRF	LEX - Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais
LF	Lei de Falências
LF	Lei Federal
LFT	Letra Financeira do Tesouro Nacional
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LMS	Lei do Mandado de Segurança
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
LOMP	Lei Orgânica do Ministério Público
LOPS	Lei Orgânica da Previdência Social
LPC	Lei das Pequenas Causas
LRP	Lei de Registros Públicos
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MCI	Medida Cautelar Inominada
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MEC	Ministério da Educação e Cultura
MECIR	Departamento do Meio Circulante do Banco Central
MEFP	Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MEX	Ministério do Exército

MF	Ministério da Fazenda
MICT	Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo
MINFRA	Ministério da Infra-estrutura
MIRAD	Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário
MME	Ministério de Minas e Energia
MNI	Manual de Normas e Instruções do Banco Central
MP	Medida Provisória
MP	Ministério Público
MPAS	Ministério da Previdência e Assistência Social
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
MTPS	Ministério do Trabalho e Previdência Social
MVR	Maior Valor de Referência
NAFTA	“North American Free Trade Agreement” (Acordo de Livre Comércio da América do Norte)
NBCE	Notas do Banco Central do Brasil
NCFE	Nota de Crédito Fiscal de Exportação
NCM	Nomenclatura Comum do Mercosul
NDFG	Notificações para Depósito de Fundo de Garantia
NDJ	Nova Dimensão Jurídica
NESAF	Núcleo da Escola de Administração Fazendária
NET	Nova Estrutura Tarifária
NEV-USP	Núcleo de Estudos da Violência da USP
NFLD	Notificação Fiscal de Lançamento de Débito
NOTEX	Notificação para Explicações
NR	Nova Redação
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
ODCE	Organização Europeia de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECE	Organização Europeia de Cooperação Econômica
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
OIC	Organização Internacional do Comércio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização Não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
OTN	Obrigações do Tesouro Nacional

PA	Processo Administrativo
PAES	Parcelamento Especial
PAJ	Procuradoria de Assistência Judiciária
PAR	Programa de Arrendamento Residencial
PAS	Plano de Assistência à Saúde
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PBC	Período Básico de Cálculo
PBPS	Plano de Benefícios da Previdência Social
PCCS	Plano de Classificação de Cargos e Salários
PCPS	Plano de Custeio da Previdência Social
PDV	Plano de Demissão Voluntária
PERC	Pedido de Revisão de Ordem de Emissão de Incentivos Fiscais
PES	Plano de Equivalência Salarial
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S.A.
PExt	Pedido de Extensão
PF	Procuradoria Fiscal
PFN	Procuradoria da Fazenda Nacional
PGC	Primeiro Grupo de Câmaras (OAB)
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGI	Pedido de Guias de Importação
PGO	Plano Geral de Outorgas
PIB	Produto Interno Bruto
PIN	Programa de Integração Nacional
PIS	Programa de Integração Social
PLANASA	Plano Nacional de Saneamento Básico
PLANHAP	Plano Nacional de Habitação Popular
PMA	Procriação Medicamente Assistida
Pn	Direito Penal
PND	Plano Nacional de Desestatização
PNDR	Programa Nacional de Desenvolvimento Rural
PNP	Polícia Nacional do Peru
PNS	Piso Nacional de Salários
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PNUE	Programa das Nações Unidas para o Ambiente
PORTOBRÁS	Empresa de Portos do Brasil S.A.
PPE	Parcela de Preços Específica
PRC	Procedimentos pertinentes a Pagamento de Precatórios
PrCv	Processo Civil
Prec	Precatório
PROAGRO	Programa de Garantia da Atividade Agropecuária
PROCON	Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
PROGE	Procuradoria-Geral
PRORURAL	Programa de Assistência ao Trabalhador Rural

PROTERRA	Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste
PrPn	Processo Penal
PRSU	Projeto de Súmula
PT	Partido dos Trabalhadores
PUC	Pontifícia Universidade Católica
Pv	Direito Previdenciário
RA	Recurso Administrativo
RAET	Regime de Administração Temporária
RAF	Relatório Agrônomo de Fiscalização
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RAMPR	Revista da Associação dos Magistrados do Paraná
RArI	Revista de Arguições de Inconstitucionalidade
RAV	Retribuição Adicional Variável
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RBDP	Revista Brasileira de Direito Processual
RBPS	Regulamento dos Benefícios da Previdência Social
RC	Resolução do Conselho de Administração (BNH)
RcCr	Recurso Criminal
Rcl	Reclamação
RCNPCP	Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
RCPS	Regulamento de Custeio da Previdência Social
RDA	República Democrática Alemã
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada (da ANVISA)
RDDT	Revista Dialética de Direito Tributário
RDM	Revista de Direito Mercantil
RDP	Revista de Direito Público
RDPE	Regime de Dedicação Profissional Exclusiva
RDPE	Revista de Direito Público da Economia
RDT	Revista de Direito Tributário
RE	Recurso Extraordinário
RECOFIS	Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social
REFIS	Programa de Recuperação Fiscal
RENAVAM	Registro Nacional de Veículos Automotores
REO	Reexame Necessário Cível
REOAC	Remessa “Ex Officio” em Ação Cível
REOMS	Remessa “Ex Officio” em Mandado de Segurança
Res Trib	Resenha Tributária
REsp	Recurso Especial
RF	Revista Forense

RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
RG	Registro Geral
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RHC	Recurso em “Habeas Corpus”
RI	Regimento Interno
RICMS	Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
RIISPOA	Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
RIPI	Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados
RIR	Regulamento do Imposto de Renda
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITRF	Regimento Interno do Tribunal Regional Federal
RJ	Revista Jurídica
RJDTACRIM	Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
RJTAMG	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTJERGS	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
RJTJESP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RJTJRS	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RMI	Renda Mensal Inicial
RMV	Renda Mensal Vitalícia
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RP	Revista de Processo
RPGE	Revista da Procuradoria Geral do Estado
RPV	Requisição de Pequeno Valor
RR	Recurso de Revista
RSE	Recurso em Sentido Estrito
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT	Revista dos Tribunais
RTFR	Revista do Tribunal Federal de Recursos
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
RTJE	Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados
RTJESP	Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RTRF	Revista do Tribunal Regional Federal
RTS	Regime de Tributação Simplificada
RvCr	Revisão Criminal
SAAE	Serviço Autônomo de Água e Esgoto
SACRE	Sistema de Amortização Crescente
SAEXP	Serviço de Apoio à Exportação
SAF	Secretaria de Administração Federal
SAF	Serviço Anexo das Fazendas
SAIN	Secretaria de Assuntos Internacionais
SAT	Seguro Acidente do Trabalho
SBDI	Sociedade Brasileira de Direito Internacional
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SDI	Seção de Dissídios Individuais (TST)
SDN	Sociedade das Nações
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEAP	Secretaria Especial de Abastecimento e Preços
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SECEX	Secretaria de Comércio Exterior
SECRIM	Serviço de Criminalística da Polícia Federal em São Paulo
SEI	Secretaria Especial de Informática
SELA	Sistema Econômico Latino-Americano
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SEMA	Secretaria Especial do Meio Ambiente
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAD	Secretaria Nacional Antidrogas
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR	Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT	Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SEP	Secretaria da Presidência (TRF da 3ª Região)
SEPLAN	Secretaria de Planejamento
SEPRE	Secretaria Especial de Políticas Regionais
SERASA	Centralização dos Serviços dos Bancos S.A.
SERPRO	Serviço Federal de Processamento de Dados
SESC	Serviço Social do Comércio
SESCON	Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas no Estado de São Paulo
SESI	Serviço Social da Indústria
SEST	Serviço Social do Transporte
SESu	Secretaria de Educação Superior (MEC)

SFC	Secretaria Federal de Controle
SFH	Sistema Financeiro da Habitação
SIAPÉ	Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos
SIAPRO	Sistema de Acompanhamento Processual (TRF)
SIDA	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida
SIF	Serviço de Inspeção Federal
SIMPLES	Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte
SINARM	Sistema Nacional de Armas
SINCOPEURO	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo
SINICESP	Sindicato da Indústria da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplenagem em Geral do Estado de São Paulo
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SINTESP	Sindicato dos Tecnólogos do Estado de São Paulo
SINTRAJUD	Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo
SIPEC	Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal
SISCOMEX	Sistema Integrado de Comércio Exterior
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
SL	Suspensão de Liminar
SLAT	Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela
SLP	Serviço Limitado Privado
SMA/SP	Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo
SMC	Serviço Móvel Celular
SME	Sistema de Manutenção de Ensino
SMR	Salário Mínimo de Referência
SNI	Serviço Nacional de Informações
SNT	Secretaria Nacional do Trabalho
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
SPTrans	São Paulo Transporte S.A.
SPU	Secretaria do Patrimônio da União
SPU	Serviço do Patrimônio da União
SRF	Secretaria da Receita Federal
SS	Suspensão de Segurança
SSP	Secretaria de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
STN	Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda

SUDAM	Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia
SUDENE	Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste
SUDIN	Súmulas publicadas pelo Departamento de Imprensa Nacional
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SuExSe	Suspensão de Execução de Sentença
SUFRAMA	Superintendência da Zona Franca de Manaus
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
SUNAB	Superintendência Nacional do Abastecimento
SUNAMAM	Superintendência Nacional da Marinha Mercante
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
SVS/MS	Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde
TA	Tribunal de Alçada
TAB	Tabela Aduaneira Brasileira
TAC	Tribunal de Alçada Civil
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
TACRSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TAMG	Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TAP	Taxa de Armazenagem Portuária
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
Tban	Taxa de Assistência do Banco Central
TBC	Taxa Básica do Banco Central
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCFA	Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental
TCU	Tribunal de Contas da União
TDA	Título da Dívida Agrária
TEC	Tarifa Externa Comum
TELEBRÁS	Telecomunicações Brasileiras S.A.
TELESP	Telecomunicações de São Paulo S.A.
TFA	Taxa de Fiscalização Ambiental
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TIPI	Tabela de Incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados
TJ	Tribunal de Justiça
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TMP	Taxa de Melhoramento dos Portos
TPI	Tribunal Penal Internacional
Tr	Direito do Trabalho
TR	Taxa Referencial
Trbt	Direito Tributário
TRCT	Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho

TRD	Taxa Referencial Diária
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TRIPS	“Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights” (Tratado Relacionado aos Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual no Comércio Internacional)
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UCAJ	Subsecretaria dos Conselhos de Administração e Justiça do TRF da 3ª Região
UE	União Européia
UFESP	Unidade Fiscal do Estado de São Paulo
UFIR	Unidade Fiscal de Referência
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UIT	União Internacional de Telecomunicações
ULAM	União Latino-Americana de Mulheres
UNCITRAL	“United Nations Commission on International Trade Law” (Comissão das Nações Unidas para o Estudo do Direito Comercial Internacional)
UNESCO	“United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization”
UNESP	Universidade Estadual Paulista
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas
UNIFESP	Universidade Federal de São Paulo
UNIFIEO	Centro Universitário FIEO (Fundação Instituto de Ensino para Osasco)
UniFMU	Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
UNISUL	Universidade do Sul de Santa Catarina
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
UPC	Unidade-Padrão do Capital
URP	Unidade de Referência de Preços
URV	Unidade Real de Valor
USIMINAS	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais
USP	Universidade de São Paulo
VPNI	Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada
VRF	Valor de Referência de Financiamento
VTNm	Valor da Terra Nua Mínimo
ZPE	Zonas de Processamento de Exportação

ÍNDICE SISTEMÁTICO

FEITOS DA PRESIDÊNCIA

SuExSe	2000.03.00.055024-1	Desembargadora Federal Marli Ferreira	98/4
SLAT	2008.03.00.049219-7	Desembargadora Federal Marli Ferreira	98/7
SLAT	2009.03.00.019566-3	Desembargadora Federal Marli Ferreira	98/12
SLAT	2009.03.00.033926-0	Desembargadora Federal Marli Ferreira	98/21

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

REsp AC	94.03.037893-0	Desembargadora Federal Suzana Camargo	98/33
REsp AC	2000.61.00.026227-5	Desembargadora Federal Suzana Camargo	98/39
RE AMS	2004.61.00.024642-1	Desembargadora Federal Suzana Camargo	98/42
RE AI	2008.03.00.041145-8	Desembargadora Federal Suzana Camargo	98/50

DECISÕES MONOCRÁTICAS

AR	2000.03.00.040317-7	Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel	98/55
AI	2009.03.00.026807-1	Desembargador Federal Luiz Stefanini	98/60
MS	2009.03.00.028573-1	Desembargador Federal Antonio Cedenho	98/66
AI	2009.03.00.032976-0	Desembargador Federal Nelson Bernardes	98/70
HC	2009.03.00.034567-3	Desembargadora Federal Regina Costa	98/74
AI	2009.03.00.034848-0	Desembargador Federal Mairan Maia	98/79
AC	2009.03.99.028734-9	Desembargador Federal Fábio Prieto	98/86

JURISPRUDÊNCIA**AÇÃO PENAL**

APN	2001.61.02.001698-5	Desembargadora Federal Therezinha Cazerta	98/95
-----	---------------------	---	-------

AGRAVO

Ag AC	2007.61.05.013878-5	Desembargador Federal Henrique Herkenhoff	98/218
-------	---------------------	---	--------

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AI	2000.03.00.055798-3	Desembargadora Federal Cecilia Mello	98/227
----	---------------------	--------------------------------------	--------

AI	2005.03.00.080188-0	Desembargador Federal Márcio Moraes	98/233
AI	2006.03.00.029172-9	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	98/239
AI	2009.03.00.012609-4	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	98/258
AI	2009.03.00.015957-9	Desembargadora Federal Alda Basto	98/268

AGRAVO REGIMENTAL

AgRg MS	2009.03.00.031251-5	Desembargador Federal André Nabarrete	98/283
---------	---------------------	---------------------------------------	--------

APELAÇÃO CÍVEL

AC	1999.61.15.000833-5	Desembargadora Federal Vera Jucovsky	98/303
Apel/Reex			
	2000.61.02.010013-0	Desembargadora Federal Marisa Santos	98/308
AMS	2001.03.99.003654-8	Desembargadora Federal Salette Nascimento	98/329
Apel/Reex			
	2001.03.99.006396-5	Desembargadora Federal Eva Regina	98/337
Apel/Reex			
	2003.61.26.009722-8	Desembargadora Federal Diva Malerbi	98/346
AMS	2004.61.00.011973-3	Desembargador Federal Nery Júnior	98/356
AMS	2005.61.00.010623-8	Desembargador Federal Roberto Haddad	98/361
AMS	2005.61.17.001083-0	Desembargadora Federal Leide Polo	98/369
AC	2006.61.08.003485-0	Desembargador Federal Lazarano Neto	98/373
AC	2007.61.83.001765-0	Desembargador Federal Newton de Lucca	98/387
AC	2008.03.99.029744-2	Desembargador Federal Sérgio Nascimento	98/392
AC	2008.03.99.039513-0	Desembargador Federal Walter do Amaral	98/397

APELAÇÃO CRIMINAL

ACr	1999.61.81.001392-4	Desembargadora Federal Ramza Tartuce	98/406
-----	---------------------	--------------------------------------	--------

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CJ	2008.03.00.043395-8	Desembargador Federal Peixoto Junior	98/434
----	---------------------	--------------------------------------	--------

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EDcl AI 2008.03.00.037221-0 Desembargador Federal André Nekatschalow 98/439

EMBARGOS INFRINGENTES

EI 89.03.030139-0 Desembargador Federal Baptista Pereira 98/448

EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO CÍVEL

ExImp 1999.61.00.030984-6 Desembargadora Federal Vesna Kolmar 98/455

“HABEAS CORPUS”

HC 2009.03.00.016571-3 Desembargador Federal Cotrim Guimarães 98/460

HC 2009.03.00.028254-7 Desembargador Federal Nelton dos Santos 98/467

INQUÉRITO POLICIAL

IP 2007.03.00.099034-0 Desembargadora Federal Cecília Marcondes 98/477

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

REO 90.03.000328-9 Desembargador Federal Carlos Muta 98/497

REO 1999.61.18.001654-1 Desembargadora Federal Marianina Galante 98/505

Expediente

A Revista do TRF 3ª Região
é uma publicação oficial.

DIRETOR DA REVISTA

Fábio Prieto de Souza
Desembargador Federal

JORNALISTA RESPONSÁVEL

Rosana Sanches (MTb 17993)

EQUIPE

Francisco Oliveira da Silva
Lucia Massako Y. C. Rosa
Maria José Francisco da Rocha
Renata Bataglia Garcia

PROJETO DA VERSÃO DIGITAL

Secretaria de Informática
Divisão de Serviços Gráficos

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



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO

JURISDIÇÃO: SÃO PAULO
E MATO GROSSO DO SUL

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95 - Presidente⁽²⁾
SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95- Vice-Presidente⁽³⁾
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95 - Corregedor-Geral⁽⁴⁾
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
ANNA MARIA PIMENTEL - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
Pedro Paulo LAZARANO NETO - 19/12/2002⁽⁵⁾
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
LEIDE POLO Cardoso Trivelato - 21/5/2003
EVA REGINA Turano Duarte da Conceição - 21/5/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
HENRIQUE Geaquinto HERKENHOFF - 12/4/2007

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 15/12/2009.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região, no período de 08/9/2008 a 08/9/2010, nos termos do Ato nº 9.079, de 08/9/2008, da Presidência do TRF da 3ª Região.