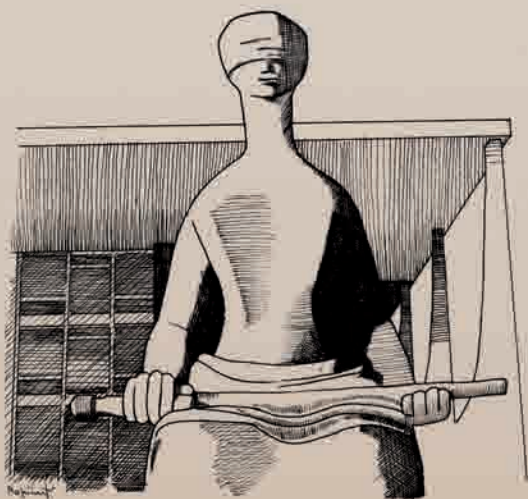


REVISTA

ANO XXV - N. 121 - ABRIL/JUNHO DE 2014 - ISSN 1982-1506

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS



- **O anteprojeto de lei que cria os novos Tribunais Regionais Federais e a desnecessidade de participação do CNJ no trâmite do processo legislativo**

Ronaldo José da Silva
Juiz Federal

- **Fornecimento de medicamentos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a audiência pública nº 4**

Sílvia Melo da Matta
Juíza Federal



- **O foro privilegiado na França**

Paulo Gustavo Guedes Fontes
Desembargador Federal

- **Minimalismo judicial - conceitos e reflexões**

Eliana Borges de Mello Marcelo
Juíza Federal



- **Reforma Judicial**

Carlos Daniel Luque
Professor

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Seguro-desemprego. Rescisão de contrato de trabalho. Homologação por sentença arbitral. Possibilidade.

Ag AMS
0006915-30.2010.4.03.6100

Comentários:

Fabiano Lopes Carraro
Juiz Federal

Luciana Faísca Nahas
Advogada

Selma Ferreira Lemes
Advogada

Louise Vilela Leite Filgueiras Borer
Juíza Federal

Raquel Fernandez Perrini
Juíza Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretora da Revista

Desembargadora Federal Lucia Ursaia

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXV	n. 121	p. 1-568	abr./jun. 2014

Expediente

DIRETORA DA REVISTA: Desembargadora Federal Lucia Ursaia

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Lucia Massako Y. C. Rosa / Maria José Lopes Leite /
Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - nº 119 (out./dez. 2013).

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98- Presidente⁽²⁾
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98 - Vice-Presidente⁽³⁾
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Corregedora-Regional⁽⁴⁾
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95⁽⁵⁾
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
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
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 30/05/2014.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA TURMA

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
NINO TOLDO
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal
HÉLIO NOGUEIRA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CECILIA MELLO
DENISE AVELAR - Juíza Federal

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
DIVA MALERBI
NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente

QUARTA TURMA

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO
MÔNICA NOBRE

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI
ANTONIO CEDENHO - Presidente
PAULO FONTES

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
NELTON DOS SANTOS

SÉTIMA TURMA

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
MARCELO SARAIVA
VALDECI DOS SANTOS - Juiz Federal

OITAVA TURMA

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA - Presidente
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

NONA TURMA

MARISA SANTOS - Presidente
NELSON BERNARDES
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSIAIA

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O anteprojeto de lei que cria os novos Tribunais Regionais Federais e a desnecessidade de participação do CNJ no trâmite do processo legislativo

Ronaldo José da Silva.....17

Fornecimento de medicamentos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a audiência pública nº 4

Sílvia Melo da Matta 35

O foro privilegiado na França

Paulo Gustavo Guedes Fontes 49

Minimalismo judicial – conceitos e reflexões

Eliana Borges de Mello Marcelo 59

Reforma judicial: breves notas sobre la malograda “democratización de la justicia” y sobre el recorrido de la ley 26.855 de reformas al consejo de la magistratura de la República Argentina

Carlos Daniel Luque 79

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Seguro desemprego. Rescisão de contrato de trabalho. Homologação por sentença arbitral. Possibilidade.

Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100

Relator Desembargador Federal Baptista Pereira 89

COMENTÁRIOS

Fabiano Lopes Carraro 97

Louise Vilela Leite Filgueiras Borer..... 103

Luciana Faisca Nahas 113

Raquel Fernandez Perrini.....121

Selma Lemes 129

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Responsabilidade civil do Estado. Exílio por motivos políticos no período de ditadura militar. Prescrição. Inocorrência. Fato lesivo, dano moral e nexos causal comprovados. Valor da indenização.

AC 0003151-75.2006.4.03.6100

Desembargador Federal André Nabarrete 143

Segurança da navegação. Hidrovia Tietê-Paraná. Auto de infração. Transposição de ponte. Desmembramento de comboio. Extensão da pena: razoabilidade e proporcionalidade.

AC 0006059-47.2007.4.03.6108

Desembargador Federal Mairan Maia 161

Medida cautelar preparatória de Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Prorrogação de contrato. Fornecimento de material didático para o município de Taubaté. Interesse do FNDE na lide. Repasse de verbas federais ao município. Competência da Justiça Federal. Irregularidades.

AC 0000521-75.2009.4.03.6121

Desembargador Federal Márcio Moraes 170

Mandado de Segurança Coletivo. Conselho Regional de Farmácia. Assistência de técnico responsável inscrito no CRF em empresas e/ou distribuidoras que comercializam produtos correlatos. Inexistência de obrigatoriedade.

Ag AMS 0015678-54.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Nelton dos Santos 186

Concurso público. Experiência profissional advinda de estágio. Possibilidade. Ausência de proibição do edital.

AMS 0016004-09.2012.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Ciro Brandani 191

Auto de infração. Multa. INMETRO. Atos normativos infralegais. Validade. Comercialização. Irregularidade. Produto para o mercado de consumo. Responsabilidade objetiva.

AC 0021165-97.2012.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 194

Servidor público. Remoção para acompanhamento de companheira.

AI 0027226-04.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 202

DIREITO CIVIL

Propriedade intelectual. Normas técnicas da ABNT. Aplicação do regime de direitos autorais. Impossibilidade. Normalização voluntária. Simples colaboração de associação civil. Incorporação por regulamento técnico. Ganho de juridicidade. Conhecimento tecnológico. Inaplicabilidade da Lei nº 9.610/1998.

AC 0010071-65.2006.4.03.6100

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....209

DIREITO CONSTITUCIONAL

Opção de nacionalidade. Pedido administrativo prévio. Desnecessidade.

AC 0001025-88.2013.4.03.6138

Desembargadora Federal Marli Ferreira 219

Pedido de suspensão de medida liminar. Ação de manutenção cumulada com reintegração de posse. Comunidade indígena. Incêndio em acampamento. Condições desumanas de sobrevivência. Conflito potencial. Obrigação dos órgãos públicos de finalizar o procedimento administrativo de estudo antropológico e providenciar condições dignas para os indígenas. SuExSe 0004038-45.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 222

DIREITO PENAL

Abandono do processo. Multa. Falsificação de documento público. Falsificação grosseira. Resultado danoso. Crime impossível. Dosimetria da pena. Pena-base. Atenuante da confissão espontânea. Preponderância da agravante. Continuidade delitiva.

ACr 0006455-20.2009.4.03.6119

Desembargador Federal André Nekatschalow 229

Uso de documento falso. Certidão de quitação eleitoral para fins de obtenção de passaporte. Falsificação grosseira. Crime impossível. Ineficácia absoluta do meio.

ACr 0001083-10.2010.4.03.6102

Desembargador Federal Paulo Fontes 242

Tráfico transnacional de drogas. Insubordinação à ordem policial para parar o veículo (fuga). Autodefesa. Crime de desobediência. Inadequação. Circunstância judicial desfavorável. Impossibilidade. Neutralização da preponderância do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 pela atenuante da confissão espontânea.

ACr 0002216-53.2011.4.03.6005

Juiz Federal Convocado Fernão Pompêo.....246

Crime contra a administração pública. Concussão. Presença de justa causa. Tipicidade em tese das condutas. Nexo entre a condição especial de agente público e a exigência descrita na exordial. Vantagem indevida.

RSE 0003229-44.2011.4.03.6181

Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 254

Tráfico internacional de droga, arma e munição de uso restrito e importação de medicamento falsificado. Coação moral irresistível. “Batedor” não caracteriza participação de menor importância. Perdimento dos veículos.

ACr 0007437-32.2011.4.03.6000

Desembargador Federal José Lunardelli..... 260

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Mandado de segurança. Atividade concomitante. Ausência de contribuição em relação a uma atividade. Certidão. Contagem recíproca. Expedição. Possibilidade.

AMS 0007850-48.2007.4.03.6109

Desembargador Federal Walter do Amaral..... 295

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. AIDS. Não preenchidos os requisitos legais. Decisão fundamentada.

Ag AC 0008317-91.2007.4.03.6120

Desembargadora Federal Tânia Marangoni..... 298

Revisão de benefício previdenciário. Decadência. Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Efeitos infringentes. Embargos acolhidos.

EDcl REO 0001580-09.2009.4.03.6183

Desembargador Federal Souza Ribeiro 304

Benefício assistencial. Estrangeiro não naturalizado. Possibilidade.

Ag AMS 0000397-30.2011.4.03.6119

Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 308

Ação Rescisória. Inépcia da inicial. Acolhida em parte. Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Coisa julgada. Violação e lei. Ocorrência. Aposentadoria por idade. Carência. Suficiente.

AR 0008933-54.2011.4.03.0000

Desembargador Federal Nelson Bernardes 312

Revisão de benefício previdenciário. Aposentadoria especial. Alteração no teto dos benefícios do regime geral de previdência. Reflexos nos benefícios concedidos antes da alteração. Emendas constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003. Correção monetária. Juros de mora.

Ag AC 0011500-36.2011.4.03.6183

Desembargadora Federal Cecilia Mello 324

Aposentadoria por invalidez. Transtorno afetivo unipolar depressivo crônico. Requisitos legais não preenchidos. Falta qualidade de segurado.

AC 0000030-75.2012.4.03.6117

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....332

Aposentadoria por tempo de serviço. Motorista de caminhão autônomo. Farto conjunto probatório. Recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes. Atividade especial reconhecida.

AR 0030897-69.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 335

Auxílio-doença. Trabalho remunerado para subsistência no período das parcelas devidas e em execução. Benefício devido.

Ag AC 0039616-16.2012.4.03.9999

Desembargadora Federal Marisa Santos.....342

Aposentadoria por invalidez ou auxílio doença. Ausência de incapacidade.

Ag AC 0002511-83.2013.4.03.6114

Desembargador Federal Newton De Lucca 347

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

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

Ag AC 0037905-54.2004.4.03.9999

Desembargador Federal David Dantas.....353

Conflito Negativo de Competência. Pedido de condenação do INSS ao pagamento de danos morais em razão da não concessão de benefício previdenciário no tempo devido. Inexistência de cumulação com a pretensão de concessão de aposentadoria. Causas autônomas. Caráter indenizatório do pleito formulado. Natureza administrativa da demanda. Competência da 4ª Turma (2ª Seção).

CC 0026422-70.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 356

Conflito Negativo de Competência. Agravo. Art. 120, parágrafo único, do CPC. Recurso interposto pelo juízo suscitado. Ilegitimidade. Juízo de direito de vara distrital. Inaplicabilidade da delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição da República.

CC 0009343-44.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 367

Ação Ordinária promovida contra o INSS. Representação “ad juditia” por advogado credenciado. Execução do julgado. Honorários advocatícios. Ilegitimidade do advogado credenciado.

AI 0012979-18.2013.4.03.0000

Desembargadora Federal Alda Basto..... 377

Falecimento da autora no curso do processo. Habilitação de suposto companheiro. Comprovação de união estável. Necessidade de ajuizamento de demanda autônoma.

Ag AI 0025743-36.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 381

Mandado de Segurança. Interposição em face da decisão que converteu o Agravo de Instrumento em Agravo Retido. Inadmissibilidade.

MS 0027564-75.2013.4.03.0000

Desembargadora Federal Salette Nascimento.....385

Conflito de Competência entre Juizados. Competência deste Tribunal para dirimi-lo. Instalação de Juizado Especial no domicílio do autor. Redistribuição de processos entre Juizados. Possibilidade.

CC 0002824-19.2014.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 393

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tráfico internacional de drogas. Associação para o tráfico. Preliminar de nulidade do processo: necessidade de vinda aos autos da Ação Penal do inteiro teor das investigações preliminares.

ACr 0003281-74.2010.4.03.6181

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita.....399

Crimes contra a honra. Morte do querelante. Ausência de sucessores interessados no feito. Rejeição da queixa-crime.

Pet 0001739-03.2011.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior 405

Agravo em Execução. Visita íntima. Portaria nº 1.190/2008. Discricionariedade administrativa.

AgExPe 0028650-18.2012.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 412

“Habeas Corpus”. Artigo 299 do CP. Alteração da capitulação jurídica indicada na denúncia. Artigos 383 e 384 do CPP. Afastado o trancamento da ação penal. Ordem denegada.

HC 0002282-98.2014.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira..... 415

DIREITO TRABALHISTA

Anulatória. Multa trabalhista. Registro de empregados. Vínculo empregatício. Terceirização de mão de obra. Trabalho temporário. Descaracterização. Colheita de cana-de-açúcar. Atividade-fim. Inscrição no CADIN. Regularidade. Procedência da autuação.

AC 0003832-14.2003.4.03.6112

Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos..... 421

DIREITO TRIBUTÁRIO

REFIS. Adesão anterior à Lei nº 9.964/2000. Extinção da punibilidade. Recurso Especial admitido.

REsp ACr 0004384.22.2002.4.03.6109

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 431

Importação de guindastes por empresa habilitada no programa “Reporto”. Equipamentos não liberados pela alfândega, por se destinarem à locação a terminais alfandegados. Inexigência de que os bens adquiridos com amparo no regime especial de importação sejam utilizados exclusivamente pelo beneficiário, proibida a posterior locação.

AMS 0007472-78.2005.4.03.6104

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 435

Imposto sobre a renda. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e Hepatite C (hepatopatia grave). Complementação de aposentadoria. Isenção.

ApelReex 0900602-04.2005.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior..... 441

Embargos à Execução Fiscal. Multa ANP. Combustível adulterado. Posto autuado a ter adquirido gasolina de diversos distribuidores. Responsabilidade solidária do artigo 18 da Lei nº 9.847/1999, inaplicável à espécie, por ausente demonstração de nexo de causalidade.

AC 0016471-41.2010.4.03.6105

Juiz Federal Convocado Silva Neto..... 446

Execução Fiscal. Medida Cautelar Fiscal. Sociedades empresárias prestadoras de serviço. Ausência de ativo permanente relevante. Circunstância excepcional. Indisponibilidade de bens não pertencentes ao ativo fixo. Possibilidade.

AI 0000570-10.2013.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 449

SENTENÇAS

Ação Penal. Lavagem de dinheiro. Crimes antecedentes. Quadrilha. Perseguição política.

0008647-36.2006.4.03.6181

Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali 457

Tráfico internacional de pessoas. “Casa de prostituição”.

0001445-79.2010.4.03.6112

Juiz Federal Bruno Santhiago Genovez..... 476

Embargos à Execução Fiscal. Cobrança de multa pecuniária imposta pela Comissão de Valores Mobiliários. Preclusão. Prescrição. Competência da CVM. Dano. Nexo lógico entre a conduta e penalidade aplicada.

0050508-23.2011.4.03.6182

Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup 483

Depósito de crédito tributário constituído em processo administrativo. Declaração da existência de depósito integral. Declaração que possui os mesmos efeitos do pagamento.

0007146-26.2012.4.03.6120

Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa..... 497

Embargos de Declaração. Omissão em relação ao pedido de suspensão do processo. Contradição quanto ao pedido principal de depósito judicial.

0007146-26.2012.4.03.6120

Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa.....503

CEF. Programa de Arrendamento Residencial. Cessão de direitos (contrato de gaveta). Lei nº 12.424/2011.

0007256-49.2012.4.03.6112

Juiz Federal Cláudio de Paula dos Santos 505

Mandado de Segurança. Não incidência de imposto de renda sobre a parcela de juros moratórios recebidos em razão de ação impetrada visando incorporar a sua remuneração de servidora pública federal os valores equivalentes ao percentual de 11,98% de reajuste.

0008215-65.2012.4.03.6000

Juiz Federal Renato Toniasso 518

Lei nº 12.527/2011. Disponibilização no site do TCU de relação nominal de servidores do tribunal e suas respectivas remunerações. Ação proposta para retirada do nome de servidora. Publicidade de subsídio. Informação pessoal.

0002703-37.2013.4.03.6301

Juíza Federal Monica Aparecida Bonavina Camargo 524

Protesto de certidão de dívida ativa. Cobrança de débito relativo a tributo federal. Lei nº 9.492/1997 alterada pela Lei nº 12.767/2012. Sanção política.

0000171-81.2014.4.03.6325

Juiz Federal Claudio Roberto Canata 530

Desaposentação. Renúncia de benefício percebido. Concessão de novo benefício com a utilização do mesmo tempo de contribuição computado anteriormente. Restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior.

0008418-26.2014.4.03.6301

Juiz Federal Nilson Martins Lopes Junior.....545

SÚMULAS 565



Artigos Doutrinários

O anteprojeto de lei que cria os novos Tribunais Regionais Federais e a desnecessidade de participação do CNJ no trâmite do processo legislativo



Ronaldo José da Silva

Pós-Graduado em Direito Constitucional. Professor da ESMAGIS/MS. Juiz Federal.

RESUMO: Visa o presente artigo discutir os limites da competência fiscalizatória do CNJ, notadamente no que diz respeito aos atos políticos praticados pelo Poder Judiciário, como é o caso da iniciativa de projetos de lei de matérias reservadas a determinado órgão do Poder.

PALAVRAS-CHAVE: CNJ. Competência. Atos políticos. Autonomia. Iniciativa. Reservada. Anteprojeto. Lei.

ABSTRACT: This article aims to discuss the limits of the competence overseeing of CNJ, especially with regard to political acts practiced by the judiciary, such as the initiative of bills of matters reserved to a particular organ of power.

KEYWORDS: CNJ. Competence. Political acts. Autonomy. Initiative. Reserved. Bills. Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Distinção entre atos jurisdicionais, administrativos e políticos. 3. Natureza jurídica da iniciativa (geral e reservada) como elemento do processo legislativo. 4. Iniciativa privativa do STJ para deflagrar o processo legislativo de criação de novos Tribunais Regionais Federais e alterar a organização judiciária da Justiça Federal brasileira. 5. CNJ e competência para rever exclusivamente os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário. Diferença entre atos administrativos e atos políticos. Inconstitucionalidade do artigo 4º, XXXI, do Regimento Interno do CNJ e dos artigos 22 e 74 da Lei nº 12.708/2012. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O presente estudo visa contribuir para a discussão sobre o papel do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nos casos de tramitação de anteprojeto de lei de interesse do Poder Judiciário, notadamente o da União, nos casos de iniciativa reservada constitucionalmente aos Tribunais, mormente, os Superiores.

O debate se faz necessário na medida em que o legislador constituinte derivado ao criar o CNJ, mediante a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, atribuiu a este a magna função de zelar pela “legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” e fiscalizar a conduta funcional dos magistrados brasileiros.

Nesta diretriz, resta claro que é terminantemente vedado ao CNJ interferir na atividade jurisdicional dos juízes, tendo em vista que os magistrados brasileiros são dotados da garantia institucional da independência funcional, corolário do princípio da separação de poderes, não obstante seja o CNJ um órgão do Poder Judiciário. Neste sentido, já se posicionou o STF quando julgou a ADI 3.367/DF,¹ onde se discutia exatamente a constitu-

cionalidade da criação do CNJ.

Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.

3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça.

4. PODER JUDICIÁRIO. *Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da Magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal.* Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, *caput*, inc. I, letra ‘r’, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo.

6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional”.

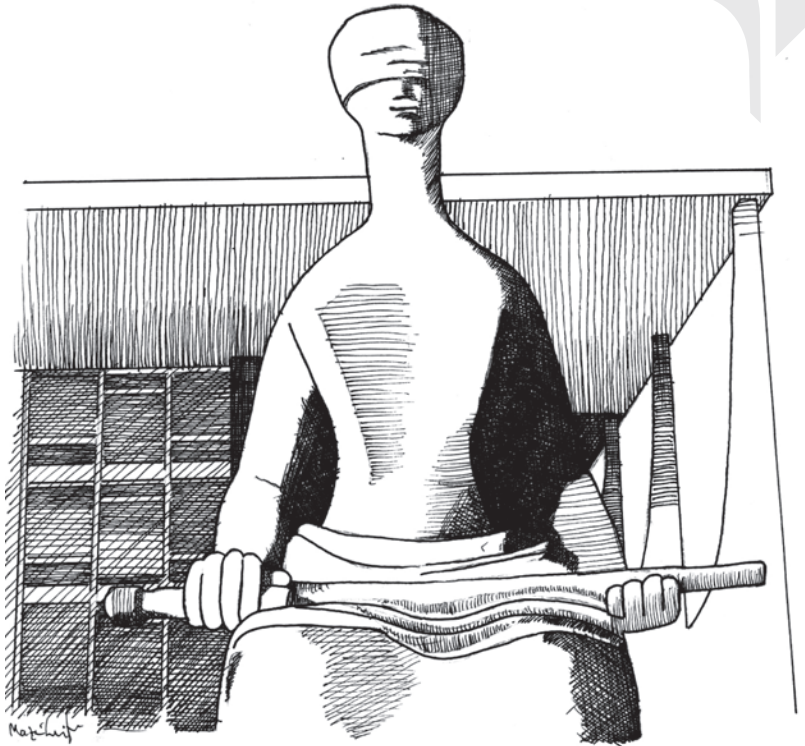
(STF, ADI 3.367/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006 e DJ 22/09/2006 - republicação)

1 “1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença.

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da Magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente.

Considerada esta temática, tem-se que o campo de atuação do CNJ dentro do Poder Judiciário não pode desbordar da esfera estritamente administrativa, consoante já atestado pelo STF² em mais de uma oportunidade, sob pena de seu ato, por traduzir comportamento *ultra vires*, revelar-se arbitrário e destituído de legitimidade jurídico-constitucional.

Ocorre que, no pertinente à deflagração do processo legislativo, via encaminhamento de anteprojeto de lei de interesse do Poder Judiciário da União, vale dizer, no âmbito da iniciativa reservada aos Tribunais, notadamente, os Superiores, o CNJ vem entendendo, e editou norma neste sentido em seu Regimento Interno, que é obrigatória a análise prévia pelo CNJ, exceto em relação a projetos do STF, para, somente após o crivo deste órgão administrativo, o anteprojeto ser encaminhado à Casa Legislativa, no caso a Câmara dos Deputados. Posteriormente, foi inserido na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO



de 2012 (Lei nº 12.708 de 17/08/2012) um artigo que placita a orientação firmada no âmbito do CNJ.

Entende-se, com todo o respeito, que esta prática cogente e amparada em legislação infraconstitucional é inconstitucional, dada a natureza jurídica do ato (iniciativa) que deflagra o processo legislativo, no caso ato essencialmente político. Logo, procurar-se-á demonstrar que este entendimento do CNJ, aprovado pelo legislador ordinário, não encontra respaldo no texto constitucional, sendo írrita a legislação neste sentido, na medida em que a iniciativa reservada, como ato deflagrador do processo legislativo, tem natureza jurídica de ato político, praticado excepcionalmente pelo Poder Judiciário nas hipóteses taxativamente autorizadas pela Constituição da República.

Com efeito, à mingua de amparo constitucional, sustenta-se neste singelo estudo que é despicienda a intervenção/participação do CNJ no *iter* procedimental de tramitação dos anteprojeto de leis de interesse do Poder Judiciário, notadamente os que dispõem sobre matérias com reserva constitucional de iniciativa.

2 “(...) O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NÃO DISPÕE, CONSTITUCIONALMENTE, DE COMPETÊNCIA PARA APRECIAR OU REVER MATÉRIA DE CONTEÚDO JURISDICIONAL. - O Conselho Nacional de Justiça, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da Magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio Supremo Tribunal Federal e os seus Ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus Conselheiros ou, ainda, do Corregedor Nacional de Justiça, fiscalizar, reexaminar, interferir e/ou suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral, sob pena de, em tais hipóteses, a atuação administrativa de referido órgão estatal – por traduzir comportamento ‘ultra vires’ – revelar-se arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional. Doutrina. Precedentes (MS 28.598-MC-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, v.g.)”. (STF, MS AgR 27.148/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11/05/2011, DJe 24/05/2011)

2. Distinção entre atos jurisdicionais, administrativos e políticos.

Inicialmente, o contraste entre a função legislativa (criadora do direito) e a função administrativa (executora do direito *ex officio*) é de fácil apreensão. Contudo, a distinção entre as funções administrativa e jurisdicional, ambas executórias do direito, já apresenta certo grau de dificuldade para a sua exata percepção.³

De certa forma, uma compreensão parece dominar o entendimento dogmático comum sobre a matéria, qual seja, a de que todo ato jurisdicional implica dois termos: a controvérsia a propósito da aplicação da norma jurídica e a solução da controvérsia.

Neste diapasão aponta a doutrina que:

Julgar significa aplicar a lei ao caso concreto conflituoso, sob provocação do interessado e com efeitos definitivos. (...) Porém, o juiz (que exerce a função jurisdicional), não age de ofício. Só aplica a lei, para resolver um conflito, quando provocado por alguém nele interessado (o autor da ação).⁴

Assim, tem-se que:

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. (...) O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. (...) A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por con-

seqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício).⁵

Muito embora, não se olvide as advertências do sempre lembrado Hely Lopes Meirelles,⁶ impõe-se, por inarredável exigência da dogmática constitucional, distinguir os atos com maior densidade política daqueles tipicamente administrativos. Vale dizer, os atos essencialmente políticos⁷ encontram fundamento de validade expresso e diretamente do texto constitucional, enquanto, em regra, os atos tipicamente administrativos dependem de norma legal infraconstitucional que os ampare.

5 CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 27-28.

6 “Negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado de fundamento político. O impropriamente chamado ato político não passa de um ato de governo praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os poderes do Estado. A lei é um ato legislativo com fundamento político; o veto é um ato executivo com fundamento político a suspensão condicional da pena é um ato judiciário com fundamento político. Daí a existência de uma política legislativa, de uma política judiciária”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45).

7 É sempre atual a lição do saudoso professor Pedro Lessa que, citando o insuperável Ruy Barbosa, nos ensinou que: “(...) uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. (...) Noutras palavras: a violação de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida. Em substância, exercendo atribuições políticas e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas que escapam à competência do Poder Judiciário. Desde que ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica”. (LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 54 e ss.)

3 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 272.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 72.

Esta distinção encontra ressonância em respeitável doutrina, a exemplo dos professores Hely Lopes Meirelles,⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ e José dos Santos Carvalho Filho.¹⁰

Sob uma perspectiva da dogmática constitucional, pode-se, *a priori*, concluir que os atos políticos possuem natureza jurídica própria, não estando sujeitos ao regime jurídico administrativo. Isto porque tais atos derivam diretamente da Constituição Federal, e não de leis infraconstitucionais, como ocorre com os demais atos administrativos.

É fato que o Supremo Tribunal Federal

– STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o STF, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas (*political questions*),¹¹ nas quais observa violação à Constituição Federal, notadamente aos direitos fundamentais.

Todavia, tem-se que como inquestionável a assertiva de que os atos políticos, diferentemente dos atos tipicamente administrativos, por terem seu fundamento de validade direto no texto constitucional, são dotados de maior discricionariedade, no que tange à conveniência e oportunidade de sua edição, respeitando-se, sempre, os critérios formais e materiais mínimos fixados na Carta Magna, nomeadamente a reserva de competência subjetiva, ou seja, o órgão legitimado a deflagrar o processo de criação do ato normativo (iniciativa reservada no processo de formação das leis).

Ademais, considerada a reserva de com-

8 Para o eminente jurista “Atos políticos são os que, praticados por agente do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 680)

9 “Atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao Interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 378-379)

10 “Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses os atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e das estratégias do Governo. Ausentes quaisquer *standards* predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas. Como exemplo desses atos, temos o ato de indulto, da competência do Presidente da República (art. 84, XII, CF); o ato de permissão da mesma autoridade, para que forças estrangeiras transitem pelo território nacional (art. 84, XXII, CF). Em relação ao Congresso Nacional, exemplificamos com o ato pelo qual é concedida autorização ao Presidente da República para se ausentar do país (art. 49, III, CF). Todos esses são considerados atos políticos, porque seus motivos residem na esfera exclusiva da autoridade competente para praticá-los”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 870)

11 A doutrina das questões políticas chegou ao STF com o famoso e polêmico julgamento do HC nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1895. Em sua petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-americana da “political questions”, criada por influência da decisão de Marshall no célebre caso “Marbury vs. Madison”, que “os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo”. Assim, “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I/1891-1898: defesa das liberdades civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 22) Apesar da eloquente defesa realizada por Rui Barbosa, o STF indeferiu o *habeas corpus*, por entender que não caberia ao Tribunal envolver-se em questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo. (*Ibidem*, p. 20) Suas lições apenas foram devidamente apreciadas pelo Tribunal nos posteriores julgamentos dos Habeas Corpus nº 1.063 e 1.073, ambos de 1898, nos quais o Tribunal deixou assentado que a doutrina das questões políticas não poderia deixar ao desamparo as liberdades individuais (TEIXEIRA, José Elaeeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 93).

petência constitucional para a deflagração do processo de criação dos atos marcadamente políticos, ou melhor, atos jurídicos com maior densidade política, o próprio STF vem entendendo que a possibilidade de questionamento judicial destes atos é limitada e excepcional.¹²

3. Natureza jurídica da iniciativa (geral e reservada) como elemento do processo legislativo.

Tradicionalmente a doutrina costuma dividir o processo legislativo nas seguintes fases: fase introdutória, da qual faz parte a iniciativa; fase constitutiva, que inclui o momento de deliberação, votação, sanção ou veto; e a fase complementar, que abrange a promulgação e a publicação da lei votada.

Por não ser objeto deste estudo a análise global do processo legislativo, limitar-se-á a abordagem à temática da iniciativa, pois é o que aqui interessa para se chegar à conclusão já adiantada na introdução.

Neste aspecto, a iniciativa pode ser geral, vale dizer, a deflagração do processo de

formação das leis cabe a um dos legitimados, por assim dizer “universais”, descritos no *caput* do artigo 61 da Constituição Federal. Por outro lado, pode ser reservada, ou seja, a própria carta política elege determinados entes, *v.g.*, Presidente da República (art. 61, § 1º, CF/88), STF (art. 93, *caput*, CF/88), para, com privatividade, darem início ao processo legislativo.

Sem grandes divergências, tanto a doutrina mais abalizada¹³ quanto a jurisprudência do STF¹⁴ são incontestes em afirmar que a iniciativa legislativa é prerrogativa política do ente ou órgão a que foi estipulada a reserva de iniciativa diretamente no texto constitucional.

Para o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

(...) O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante.¹⁵

De há muito, o insuperável Pontes de Miranda já advertia:

(...) 3. A organização das secretarias compete aos tribunais a que pertencem, e, além disso, conforme a inteligência que fixaremos, a dos cartórios e de todos os mais serviços auxiliares; porém, assim aos tribunais como aos órgãos do Poder Legislativo e ao Poder Executivo, não se lhes faculta criar, suprimir, fixar, aumentar, diminuir, ou alterar vencimentos: propõem eles ao Poder Legislativo – diretamente – a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos. *Não é preciso que o tribunal federal se dirija ao Ministro da Justiça, ou ao Presidente*

12 “(...) O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.

- O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo.
- Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.

- A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. (...)”.

(STF, MS 24.849/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22/06/2005, DJ 29/09/2006)

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 206/207.

14 ADI MC 2.364/AL, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01/08/2001, DJ 14/12/2001.

15 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 208.

Nesta perspectiva, para o STF:



*da República, praxe que correspondia ao regime anterior e posterior a 1934. O art. 97, II, não disse que havia de solicitar ou propor ao Poder Executivo, porque seria tornar dependente desse a remessa ou o pedido; disse, clarissimamente, que se havia de propor ao Poder Legislativo. O Poder Legislativo, recebendo a proposta, encaminhá-lo-á à Comissão competente e será apresentado, ou não, o projeto de lei. (...).*¹⁶

Com base nesse entendimento – caber ao detentor da iniciativa reservada decidir o momento e conveniência para iniciar o processo legislativo –, o STF tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais que fixam prazos para que o Chefe do Executivo ou o Poder Judiciário apresentem projetos de leis de suas iniciativas privativas.¹⁷

A disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa – se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresse, a preveja. Em consequência desse modelo constitucional, nenhuma lei, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, dispõe de autoridade suficiente para impor, ao chefe do Executivo, o exercício compulsório do poder de iniciativa legislativa.

(STF, MS 22.690/CE, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17/04/1997, DJ 07/12/2006)

Corroborando este entendimento, qual seja, o de não ser a iniciativa reservada um simples ato administrativo, ao qual se admitiria a possibilidade de convalidação,¹⁸ mas uma atividade dotada de alta densidade política, o fato de ter o STF revisitado sua clássica jurisprudência e superado a Súmula 5 que dizia, em suma, que o vício de iniciativa do Chefe do Poder Executivo poderia ser convalidado com a sanção da lei votada em desrespeito à iniciativa reservada a este mandatário da nação.¹⁹

16 MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1953, vol. II, p. 169.

17 “Competência do Tribunal de Justiça para criar e disciplinar seus serviços auxiliares. Inconstitucionalidade da estipulação de prazo para que o Tribunal de Justiça envie projeto de lei dispondo sobre matéria que lhe é privativa”. (STF, ADI 106/RO, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 10/10/2002, DJ 25/11/2005) Igualmente: STF, ADI 645/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 11/11/1996, DJ 13/12/1996; ADI MC 2.393/AL, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribu-

nal Pleno, j. 09/05/2002, DJ 21/06/2002 e ADI 3.051/MG, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 30/06/2005, DJ 28/10/2005.

18 Fundamentando seu entendimento neste mesmo sentido, vale dizer, que o vício de iniciativa no processo de formação das leis configure nulidade insanável, logo impassível de convalidação, confira-se o clássico e precursor artigo do professor Nogueira de Sá. (Do poder de iniciativa das leis que compete ao chefe do executivo. *Revista dos Tribunais*, RT 206/28, dez./1952)

19 “A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de ini-

Esta orientação, que no STF²⁰ encontra-se pacificada, se justifica e, ao mesmo tempo, encontra respaldo no próprio sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) inerente ao princípio constitucional da separação relativa de poderes/funções de Estado,²¹ na

ciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insustentabilidade da Súmula 5/STF. Doutrina. Precedentes”.

(STF, ADI 2.867/ES, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 03/12/2003, DJ 09/02/2007)

No mesmo sentido: ADI 2.305/ES, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 30/06/2011, DJe 04/08/2011; AI 348.800/SP, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 05/10/2009, DJe 19/10/2009; ADI 2.113/MG, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/03/2009, DJe 20/08/2009; ADI MC 1.963/PR, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 18/03/1999, DJ 07/05/1999; ADI 1.070/MS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29/03/2001, DJ 25/05/2001.

- 20 “A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da CB (art. 61, § 1º)”.

(STF, ADI 3.458/GO, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 21/02/2008, DJe 15/05/2008)

- 21 A inesquecível professor José Horácio Meirelles Teixeira já nos ensinava no século passado que é incorreto falar em separação de poderes, mas sim em coordenação de competências, de funções estatais, haja vista que o poder é uno. Em suas palavras: “(...) Longe de uma ‘separação de poderes’, o que ocorre na realidade, em larga escala, é a verdadeira coordenação, uma co-participação em certas tarefas, um funcionamento harmônico, embora independente, uma colaboração recíproca na tarefa comum. (...)”. (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 582)
- Citando o mestre Dabin, pontua: “(...) Colaboração supõe dualidade, e o notável mestre de Louvain prossegue, assinalando que a participação de um órgão, em função de outro, não reintroduz a confusão, porque cada órgão conserva a sua função, e a sua participação na função do outro continua, ao mesmo tempo, limitada e secundária. É o órgão executivo (governamental) que, não obstante o controle parlamentar, conserva a responsabilidade daquela função; é o Parlamento, não obstante a participação do Executivo na obra legislativa, quem vota as leis. Nada impede mesmo, conclui Dabin, que o órgão titular da função vá encontrar no órgão ‘participante’ o seu propulsor ou o seu guia; o Executivo pode, de certo modo, dirigir os trabalhos legislativos, como o Parlamento pode ora estimular, ora moderar a ação governamental. Nem esta participação, nem esta influência, destroem a separação inicial, que elas vêm simplesmente completar num sentido orgânico, de modo a coordenar o mecanismo do poder. (...)”. (*Ibidem*, p. 583)

medida em que, nas matérias cuja iniciativa de deflagração do processo legislativo caiba a determinado Poder ou órgão é vedado ao outro usurpar esta atribuição constitucional privativa, sob pena de ingerência indevida e inconstitucional no campo de independência orgânica deste Poder do Estado.

4. Iniciativa privativa do STJ para deflagrar o processo legislativo de criação de novos Tribunais Regionais Federais e alterar a organização judiciária da Justiça Federal brasileira.

Fixadas estas premissas, analisando o texto constitucional infere-se que compete privativamente, ou seja, com reserva de iniciativa, ao Superior Tribunal de Justiça – STJ dar início ao projeto de lei que crie novos Tribunais Regionais Federais e a consequente modificação da estrutura judiciária da Justiça Federal do país.

É o que se extrai da leitura do artigo 96, II, c e d, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 96. Compete *privativamente*:
(...)

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos *Tribunais Superiores* e aos Tribunais de Justiça *propor ao Poder Legislativo respectivo*, observado o disposto no art. 169:

(...)

c) a *criação* ou extinção dos *tribunais inferiores*;

d) a *alteração da organização e da divisão judiciárias*;

Mais adiante, ao justificar que o que existe de fato é “divisão” ou “distribuição de funções estatais”, de forma harmônica e independente, o mestre nos fala nas “interferências” e “limitações recíprocas” de um Poder no outro, citando como exemplo de interferência do Judiciário nas esferas teoricamente do Legislativo e Executivo, respectivamente, quando “(...) elabora seus próprios regulamentos e regimentos internos e organiza os seus serviços (...); propõe ao Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos (...)”. (*Ibidem*, p. 590).

De modo que, sendo a iniciativa reservada ao STJ, cabe somente a este órgão judiciário eleger o melhor momento, em termos de conveniência e oportunidade, ressalvada determinação constitucional fixando prazo em sentido contrário, para deflagrar o processo legislativo.

Descabe, a nosso sentir, condicionar, esta iniciativa reservada constitucionalmente a determinado ente, ao crivo de qualquer outro órgão ou Poder da República, mesmo que dentro da mesma estrutura de Poder, sob pena de ofensa direta e insanável ao mandamento constitucional, sobremodo se levarmos em conta que, por via oblíqua, qualquer condicionante à iniciativa reservada pode modificar sensivelmente a intenção do constituinte originário que era, evidentemente, a de reservar e preservar campos próprios de atuação política independente dos órgãos de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) que compõem a estrutura republicana do Estado Brasileiro.

Esta compreensão do tema encontra respaldo, inclusive, em precedentes do próprio CNJ no que diz respeito ao Poder Judiciário Estadual, consoante se infere na leitura dos seguintes julgados, *verbis*:

Além disso, descabe atuação do CNJ em matéria legislativa, cujo trâmite e futura aprovação se dão com independência da esfera judicial. (...) assim, por tratar-se de matéria afeta a Projeto de Lei de iniciativa do Tribunal de Justiça do Ceará descabe a interferência no âmbito parlamentar da questão em voga. (...). (CNJ, Conselheiro Jefferson Luis Kravchychyn, Recurso Administrativo no PCA 0006400-45.2009.2.00.0000, j. 23/02/2010)

PEDIDO DE PROVIDÊNCIA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. INSUCESSO NA BUSCA JUDICIAL DE CORREÇÃO DE PREJUÍZO ADVINDO DA APLICAÇÃO DE ÍNDICES IRREAIS DE REAJUSTE DE PROVENTOS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. MATÉ-

RIA ESTRANHA ÀS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CF, ARTS. 61, 92, L-A, 96, I, D, E II, E 103-B, *CAPUT* E § 4º.

I – Por integrar o Conselho Nacional de Justiça o Poder Judiciário, falece-lhe competência legislativa.

II – *Iniciativa de leis outorgada apenas aos colendos Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça, ainda assim restrita à matéria de interesse do Poder, ex vi art. 96, II, da Constituição Federal.*

III – *Restrita a competência do Conselho Nacional de Justiça ao controle do próprio Poder Judiciário, não lhe cabe examinar questão envolvendo falta de iniciativa legislativa ou ausência de adoção de critérios legais de reajuste, mesmo que porventura mais justos, por estranha a matéria à função judicante.*

IV – Pedido não conhecido, feito arquivado.

(CNJ, PP 02, Relator Conselheiro Jirair Aram Meguerian, j. 16/08/2005, DOU 05/09/2005)

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. SOLICITAÇÃO DE INGRESSO DE AÇÃO ORIGINÁRIA NO STF. ADITAMENTO A PROJETO DE LEI E SUSPENSÃO DO TRÂMITE LEGISLATIVO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA LEGISLATIVA. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL.

– *Este Conselho não pode intervir em toda matéria relativa à organização administrativa dos Tribunais, mas tão-somente nos casos em que se verifica que estes atuam de forma descompassada com os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.*

– *Cabe ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a definição do que deve ser objeto de ação judicial, respeitando a iniciativa que lhe assiste. A administração local é quem está apta a avaliar a forma adequada de tratar suas questões orçamentárias, com base nos critérios de necessidade e oportunidade, visto que a ela é dado conhecer*

as inúmeras carências e demandas verificadas em todo o judiciário local.

– Não se verificando qualquer violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, urge concluir que, no caso em apreço, seria indevida a intervenção do CNJ, sob pena de afronta ao princípio da autonomia dos Tribunais.

– Desse modo, *não se faz possível o acolhimento da pretensão deduzida para obrigar o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a ingressar com Ação Originária no Supremo Tribunal Federal, remeter aditamento do Projeto de Lei nº 711/2010, ou mesmo determinar à Mesa da Assembléia Legislativa, a suspensão do andamento processual do projeto supracitado.*

– Pedido julgado improcedente.

(CNJ, PP 0007779-84.2010.2.00.0000, Relator Conselheiro Jefferson Luis Kravchyn, j. 26/04/2011)

RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TJPA. ESCALONAMENTO VERTICAL. ENVIO PROJETO DE LEI À ASSEMBLÉIA. MATÉRIA LEGIFERANTE. AFASTADA A COMPETÊNCIA DO CNJ. AUTONOMIA DO TRIBUNAL PARAENSE.

Aos Tribunais, dentro de sua autonomia administrativa, compete estabelecer a política remuneratória de seus servidores. Descabe a atuação do Conselho Nacional de Justiça em matéria legislativa, cujo trâmite e aprovação se dão com independência da esfera judicial.

Válido o destaque de que o caso em apreço é totalmente diverso daquele outrora analisado por esse Conselho, em que fui relator. Naquela situação o CNJ recomendou ao TJCE que se abstinhasse de enviar Projeto de Lei à Assembléia Legislativa, enquanto aqui se cuida de lei vigente há mais de cinco anos. (...)

(CNJ, Recurso Administrativo em PCA 0006918-98.2010.2.00.0000, Relator Conselheiro Jefferson Luis Kravchyn, j. 25/01/2011)

Deveras, se este entendimento se aplica

à Justiça Estadual, não há razão lógica plausível para excluir a Justiça da União desta orientação jurisprudencial do CNJ.

Qualquer entendimento diverso deste implicaria em dizer que, se o órgão de controle externo (CNJ) pode interferir na iniciativa reservada aos Tribunais no âmbito da União de propor leis, alterando, inclusive, anteprojetos de leis enviados ao CNJ “obrigatoriamente”, a pretexto de exercer um controle financeiro do Poder Judiciário, este novel órgão na estrutura do Judiciário também poderia propor, ainda que por via oblíqua, mediante alteração de anteprojetos sob sua revisão, anteprojetos de lei cuja iniciativa fora reservada a um Tribunal Superior. Por exemplo, poderia o CNJ, sob o fundamento do critério financeiro-orçamentário, alterar o número de membros que comporiam os novos Tribunais Regionais Federais, à revelia do que já decidido pelo STJ, órgão legitimado a deflagrar o processo legislativo sobre o tema.

5. CNJ e competência para rever exclusivamente os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário. Diferença entre atos administrativos e atos políticos. Inconstitucionalidade do artigo 4º, XXXI, do Regimento Interno do CNJ e dos artigos 22 e 74 da Lei nº 12.708/2012.

Como já ressaltado, a iniciativa reservada é ato eminentemente político do órgão legitimado constitucionalmente a exercê-la.

Assim, com a devida vênia, entende-se que não encontra respaldo no texto constitucional a disciplina constante do artigo 4º, XXXI, do Regimento Interno do CNJ, *verbis*:

Art. 4º. Ao Plenário do CNJ compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura,

o seguinte:

(...)

XXXI – aprovar e encaminhar ao Poder Legislativo parecer conclusivo nos projetos de leis de criação de cargos públicos, de estrutura e de natureza orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário federal;

(...)

§ 2º. O Poder Legislativo estadual ou o Tribunal de Justiça poderão consultar o CNJ sobre os projetos de lei referidos no inciso XXXI deste artigo.

Analisando-se o texto constitucional infere-se, com hialina clareza, que dentre as competências atribuídas ao CNJ em momento algum se lhe autorizou interferir tanto na jurisdição quanto na esfera eminentemente política do Poder Judiciário.

De modo que, somente os atos tipicamente administrativos praticados pelo Poder Judiciário é que estão sob o crivo do CNJ, sendo vedada a este órgão administrativo a revisão dos atos tipicamente jurisdicionais e dos casos excepcionalíssimos de atuação política do Poder Judiciário, como na hipótese de iniciativa privativa de deflagração do processo legislativo.

Observa-se que, neste ponto específico, o Regimento Interno do CNJ desbordou até mesmo da Lei nº 12.708, de 17/08/2012,²² onde



22 “Art. 22. Os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União encaminharão à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento - SIOP, até 15 de agosto de 2012, suas respectivas propostas orçamentárias, para fins de consolidação do Projeto de Lei Orçamentária de 2013, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º. As propostas orçamentárias dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, encaminhadas nos termos do caput, deverão ser objeto de parecer do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, de que tratam os arts. 103-B e 130-A da Constituição, respectivamente, a ser encaminhado à Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição, até 28 de setembro de 2012, com cópia para a Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 2º. Não se aplica o disposto no § 1º ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Ministério Público Federal e ao Conselho Nacional do Ministério Público”.

esta determina que o CNJ emitirá parecer tão somente sobre as propostas orçamentárias do Poder Judiciário da União, as quais são enviadas anualmente ao Executivo para fins de consolidação e remessa ao Poder Legislativo, e não sobre outros projetos de lei cuja iniciativa privativa é reservada exclusivamente ao respectivo órgão do Poder Judiciário, no caso em questão, ao STJ.

Por elucidativo, colhe-se trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Jirair Meguerian, então Conselheiro do CNJ, no PP 02 cuja ementa fora dantes citada, onde sua Excelência assentou com a maestria que lhe é peculiar que:

(...) *Da mesma forma, não contemplado no rol do art. 61 da mesma Constituição, sequer possui legitimidade para iniciativa de leis.*

4. *Por outro lado, nem ao menos pode encaminhar, a título de sugestão, proposta de alteração legislativa sobre o tema aos demais órgãos do Poder Judiciário a quem outorgada competência de iniciativa de leis, por fugir o tema, benefício previdenciário, da matéria relacionada com a função judicante, consoante art. 96, I, d, e II, que indica os temas objeto de iniciativa de projeto de leis pelos Tribunais Superiores e de Justiça. (...)*

(CNJ, PP 02, Relator Conselheiro Jirair Aram Meguerian, j. 16/08/2005, DOU 05/09/2005)

Aliás, ao dispensar o Ministério Público Federal – MPF de submeter suas propostas orçamentárias a parecer do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, o próprio legislador malferiu o *princípio constitucional da simetria*, já reconhecido, inclusive, pelo mesmo CNJ quando do julgamento do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000.²³

23 “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA. SIMETRIA CONSTITUCIONAL COM O MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 129, § 4º DA CONSTITUIÇÃO). RECONHECIMENTO DA EXTENSÃO DAS VANTAGENS PREVISTAS NO ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LC 73, de 1993, e LEI 8.625, de 1993). INADEQUAÇÃO DA LOMAN FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REVOGAÇÃO DO ARTIGO 62 DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA FACE AO NOVO REGIME REMUNERATÓRIO INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19. APLICAÇÃO DIRETA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS VENCIMENTOS, JÁ RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE PARA QUE SEJA EDITADA RESOLUÇÃO DA QUAL CONSTE A COMUNICAÇÃO DAS VANTAGENS FUNCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL À MAGISTRATURA NACIONAL, COMO DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DIRETA DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE GARANTE A SIMETRIA ÀS DUAS CARREIRAS DE ESTADO.

I – A Lei Orgânica da Magistratura, editada em 1979, em pleno regime de exceção, não está de acordo com os

Na mesma linha, entende-se que o ar-

princípios republicanos e democráticos consagrados pela Constituição Federal de 1988.

II – A Constituição de 1988, em seu texto originário, constituiu-se no marco regulatório da mudança de nosso sistema jurídico para a adoção da simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, obra complementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante a dicção normativa emprestada ao § 4º do art. 129.

III – A determinação contida no art. 129, § 4º, da Constituição, que estabelece a necessidade da simetria da carreira do Ministério Público com a carreira da Magistratura é auto-aplicável, sendo necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa sempre que se verificar qualquer desequilíbrio entre as carreiras de Estado. Por coerência sistêmica, a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da Magistratura e do Ministério Público se auto define e é auto suficiente, não necessitando de lei de hierarquia inferior para complementar o seu comando.

IV – Não é possível admitir a configuração do esdrúxulo panorama segundo o qual, a despeito de serem regidos pela mesma Carta Fundamental e de terem disciplina constitucional idêntica, os membros da Magistratura e do Ministério Público brasileiros passaram a viver realidades bem diferentes, do ponto de vista de direitos e vantagens. V – A manutenção da realidade fática minimiza a dignidade da judicatura porque a independência econômica constitui um dos elementos centrais da sua atuação. A independência do juiz representa viga mestra do processo político de legitimação da função jurisdicional.

VI – Não existe instituição livre, se livres não forem seus talentos humanos. A Magistratura livre é dever institucional atribuído ao Conselho Nacional de Justiça que vela diuturnamente pela sua autonomia e a independência, nos exatos ditames da Constituição Federal.

VII – No caso dos Magistrados e membros do Ministério Público a independência é uma garantia qualificada, instituída *pro societatis*, dada a gravidade do exercício de suas funções que, aliadas à vitaliciedade e à inamovibilidade formam os pilares e alicerces de seu regime jurídico peculiar.

VIII – Os subsídios da Magistratura, mais especificamente os percebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, representam o teto remuneratório do serviço público nacional, aí incluída a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes (art. 37, XI), portanto, ao editar a norma do art. 129, § 4º (EC 45, de 2004), o constituinte partiu do pressuposto de que a remuneração real dos membros do Ministério Público deveria ser simétrica à da Magistratura. IX – *Pedido julgado procedente para que seja editada resolução que contenha o reconhecimento e a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional, como decorrência da aplicação direta do dispositivo constitucional (art. 129, § 4º) que garante a simetria às duas carreiras de Estado*”.

(CNJ, PP 0002043-22.2009.2.00.0000, Relator Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, j. 17/08/2010)

tigo 74 da Lei nº 12.708/2012²⁴ não encontra fundamento de validade no texto constitucional, seja pela ofensa ao princípio constitucional da simetria,²⁵ na medida em que o MPF está desonerado de enviar ao CNMP anteprojeto de lei que implique aumento de gastos no âmbito exclusivo do redimensionamento da carreira de Procurador da República; seja pela violação ao *caráter nacional* da magistratura, pois, consoante jurisprudência pacífica do STF,²⁶ dada a peculiaridade constitucional de

ter criado a Magistratura brasileira com feição nitidamente nacional (art. 93, V, CF/88), não pode haver distinção nos critérios regulamentadores das carreiras de Magistrados estaduais e federais.

Elucidativas, neste sentido, são as pa-

24 “Art. 74. Os projetos de lei e medidas provisórias relacionados a aumento de gastos com pessoal e encargos sociais deverão ser acompanhados de:

I - premissas e metodologia de cálculo utilizadas, conforme estabelece o art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal; II - simulação que demonstre o impacto da despesa com a medida proposta, destacando ativos, inativos e pensionistas;

III - manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no caso do Poder Executivo, e dos órgãos próprios dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União, sobre o mérito e o impacto orçamentário e financeiro; e

IV - parecer sobre o atendimento aos requisitos deste artigo, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, de que tratam os arts. 103-B e 130-A da Constituição, tratando-se, respectivamente, de projetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário e do Ministério Público da União.

§ 1º. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput aos projetos de lei referentes exclusivamente aos órgãos Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público Federal e Conselho Nacional do Ministério Público.

§ 2º. Os projetos de lei ou medidas provisórias previstos neste artigo, e as leis deles decorrentes, não poderão conter dispositivo com efeitos financeiros anteriores à entrada em vigor ou à plena eficácia. (Vide Lei nº 12.795, de 2013)

§ 3º. Excetua-se do disposto neste artigo a transformação de cargos que, justificadamente, não implique aumento de despesa”.

25 É expressiva a assertiva exarada pelo eminente Ministro Luiz Fux do STF quando indeferiu liminarmente petição inicial da Ação Popular nº 1.725 (AO 1.725/DF, j. 28/03/2012, DJe 30/03/2012), que questionava a Resolução nº 133 do CNJ – que regulamenta a simetria entre Magistratura e Ministério Público, onde sua Excelência pontuou que “(...) A tese do Demandante de que o reconhecimento aos magistrados das mesmas prerrogativas que as asseguradas ao Ministério Público demanda a edição de lei específica acaba por inverter a pirâmide kelseniana, deixando os direitos assegurados pelas normas constitucionais em uma posição subalterna à das leis. Nesse contexto, a simetria constitucionalmente prevista não pode ficar condicionada à edição de uma lei, sob pena de a força normativa da Constituição a que alude Hesse vir a depender de atos estatais de estatura infraconstitucional. (...)”.

26 “MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remun-

neratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da Magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução nº 13/2006 e do art. 1º, § único, da Resolução nº 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da Magistratura estadual e os da federal”.

(STF, ADI MC 3.854/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 28/02/2007, DJe 28/06/2007)

“AÇÃO ORIGINÁRIA. REMUNERAÇÃO DOS MAGISTRADOS. EC 19/98. DISCIPLINA DO ARTIGO 39, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUBSÍDIO DOS MINISTROS DO STF, DE INICIATIVA QUÁDRUPLO (CF, ARTIGO 48, XV). TETO. EFICÁCIA CONTIDA DOS ARTIGOS 37, XI, E 39, § 4º, DA CARTA DA REPÚBLICA. PREVALÊNCIA DA REGRA GERAL QUE VEDA A VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. AJUSTE ARITMÉTICO PARA FIXAR-SE ADMINISTRATIVAMENTE O SUBSÍDIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CARÁTER NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. APARENTE ANTINOMIA EM FACE DA AUTONOMIA DAS UNIDADES FEDERADAS.

1. Remuneração dos magistrados na vigência da EC 19/98. Regência do § 4º do artigo 39, com remissão ao artigo 37, X e XI, da Constituição Federal: parcela única em forma de subsídio, exigência de lei específica e teto correspondente ao valor devido aos Ministros do STF.

2. A nova estrutura judiciária nacional (CF, artigo 93, V), criou ampla vinculação, embora indireta, entre toda a Magistratura, independentemente do nível organizacional, se federal ou estadual. Antinomia apenas aparente, em face da autonomia dos Estados-membros, por força do constituinte derivado.

3. O sistema de subsídio instaurado pela EC 19/98 somente terá eficácia após a edição da lei de iniciativa dos Presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 48, XI).

4. Enquanto não editada a lei de iniciativa quádrupla, prevalece a regra geral que veda a vinculação de vencimentos, exceção feita apenas aos limites da própria carreira, que, no nível federal, se encerra nos Tribunais Regionais e, no estadual, nos Tribunais de Justiça.

5. Qualquer reajuste administrativo da remuneração dos magistrados viola a Constituição, quer no regime anterior, quer após a EC 19/98. Segurança denegada”.

(STF, AO 584/PE, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 21/05/2003, DJ 27/06/2003)

layras do eminente Ministro Cezar Peluso, quando do voto apresentado no julgamento da medida cautelar na já citada ADI 3.854/DF, onde sua Excelência, lembrando ensinamentos de notáveis juristas como João Mendes Júnior e Castro Nunes, pontificou que:

(...) “O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, ‘Judiciários estaduais’ ao lado de um ‘Judiciário federal’.

A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos”.

(...)

Negar a unicidade do Poder Judiciário importaria desconhecer o unitário tratamento orgânico que, em termos gerais, lhe dá a Constituição da República. Uma única lei nacional, um único estatuto, rege todos os membros da magistratura, independentemente da qualidade e denominação da Justiça em que exerçam a função (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979; art. 93, *caput*, da CF). A todos aplicam-se as mesmas garantias e restrições, concebidas em defesa da independência e da imparcialidade. (...).

(STF, ADI MC 3.854/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 28/02/2007, DJe 28/06/2007, destaquei)

Logo, a criação pelo legislador ordinário de critérios diferenciados para a tramitação de anteprojetos de lei que digam respeito à magistratura federal viola patentemente esta garantia constitucional que determina a unicidade e indivisibilidade do Poder Judiciário Nacional.

Assim, o fato de se exigir de forma cogente parecer técnico do CNJ sobre aspectos econômico-orçamentários de anteprojetos de lei de interesse da magistratura federal, e dispensá-lo no caso da magistratura estadual, revela discriminação inaceitável das carreiras da magistratura, as quais devem ser tratadas de maneira isonômica.

Sob outra perspectiva, aduz-se que tendo o CNJ recebido atribuição constitucional para exercer o controle da atividade financeira do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, CF/88) estaria este órgão de controle externo legitimado a emitir, de modo cogente, parecer técnico sobre a viabilidade econômico-orçamentária de anteprojetos de lei de iniciativa do Poder Judiciário.

A prevalecer este entendimento, chegaríamos à conclusão, obviamente ofensiva do princípio constitucional que outorga autonomia administrativa e financeira aos Tribunais (art. 99, *caput*, CF/88), notadamente a de elaborar suas propostas orçamentárias (art. 99, I, CF/88), de que o parecer do CNJ recomendando a viabilidade econômico-orçamentária de determinado anteprojeto de lei poderia, em tese, ser revisto pelo TCU, na medida em que os atos praticados pelo CNJ também estão sujeitos ao controle do TCU (art. 103-B, § 4º, II, CF/88).

De modo que, por via oblíqua, também o TCU poderia se imiscuir, em atuação inconstitucional, na autonomia financeira do Poder Judiciário, e, o que é mais grave, na discricionariedade que este possui de formar o seu quadro de juízes.

Não se está aqui a defender que tanto

o CNJ quanto o TCU não possam exercer um controle sobre a atuação financeira do Poder Judiciário. A toda evidência que podem.

O que se discute é o momento em que este controle é exercido, no caso, entende-se que ele se dá na fase de execução do orçamento pelo Judiciário, ou seja, no momento em que o Poder Judiciário aplica os recursos orçamentários aprovados em lei formal e material já aprovada e promulgada segundo os termos constitucionais, cuja iniciativa já foi exercitada pelo órgão de Poder legitimado na fase inicial do processo legiferante.

Inferre-se que tal exigência deve vir disposta no futuro Estatuto da Magistratura, cuja legitimidade para deflagração do processo legislativo (iniciativa) é do STF, sem a participação, por óbvio, do CNJ.

Trata-se, portanto, a iniciativa privativa, por parte do STJ, de deflagração do processo de formação das leis de matérias de interesse do Poder Judiciário da União, notadamente a criação de novos Tribunais Regionais Federais, de ato eminentemente político inerente ao sistema de freios e contrapesos próprios do regime democrático no que dispõe sobre a separação de poderes.

Este entendimento é reiterado pelo magistério jurisprudencial do STF, na medida em que:

(...) A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. (...).

(STF, ADI MC 2.364/AL, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01/08/2001, DJ 14/12/2001)

Aliás, se ao CNJ é vedado, inclusive, o controle repressivo de constitucionalidade de atos administrativos e de leis que tratem do Po-

der Judiciário, consoante já assentado no STF,²⁷ com maior razão a este é defeso o exercício do controle preventivo de constitucionalidade das referidas leis e atos administrativos, sendo desnecessário, portanto, o encaminhamento do anteprojeto de lei respectivo àquele órgão de controle externo para que este o analise sob o ângulo da constitucionalidade.

Na mesma senda, sob o viés estritamente político, consistente na conveniência

27 “AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DE PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

I – *O Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade.*

II – *Agravo improvido”.*

(STF, MS AgR 28.872/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 24/02/2011, DJe 17/03/2011)

“AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. LEI Nº 8.223/2007 DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ. LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO.

1. Ação Cautelar preparatória de ação destinada à desconstituição da decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça que determinou a exoneração de servidores nomeados para os cargos em comissão criados pela Lei nº 8.223/2007 do Estado da Paraíba.

2. O Tribunal de Justiça da Paraíba deu exato cumprimento à lei ao promover as nomeações, mas, o Conselho Nacional de Justiça concluiu pela exoneração dos servidores em razão de haver ‘indícios de inconstitucionalidade material’ naquele diploma legal.

3. Afastado o vício apontado pelo Conselho Nacional de Justiça sob critérios extraídos da Constituição da República (art. 37, incs. II e V), pois a ilegalidade não residiria nas efetivas nomeações ocorridas no Tribunal de Justiça da Paraíba, mas na própria norma legal que criou os cargos.

4. *A Lei nº 8.223/2007, decretada e sancionada pelos Poderes Legislativo e Executivo do Estado da Paraíba, não pode ter o controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, pois a Constituição da República confere essa competência, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal.*

5. *Medida liminar referendada”.*

(STF, AC MC-REF 2.390/PB, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19/08/2010, DJe 29/04/2011)

e oportunidade de dar início ao processo de formação da lei de interesse do Poder Judiciário Federal, no caso a lei que cria efetivamente os novos Tribunais Regionais Federais e altera a organização da Justiça Federal no País, por se tratar esta, iniciativa reservada pelo texto magno ao STJ, de ato com alta densidade política, por decorrer a competência diretamente do texto constitucional, tem-se por desnecessário, outrossim, submeter este anteprojeto ao crivo político (conveniência e oportunidade, adequação orçamentária, etc.) prévio do CNJ.

Ressalte-se, por oportuno, que nada impede que o STJ o faça por razões também políticas. Aliás, o próprio Congresso Nacional pode ouvir previamente o CNJ antes de apreciar o anteprojeto de lei respectivo.

O que se defende aqui é que esta oitiva não é obrigatória como determina a norma prevista no Regimento Interno do CNJ e na LDO de 2012. Trata-se, portanto, de providência facultativa.

A prevalecer entendimento diverso, poderíamos ter a seguinte situação anômala. O órgão do Poder Judiciário competente para dar início ao processo legislativo de formação da lei de interesse deste Poder encaminharia o anteprojeto respectivo ao CNJ que, entendendo ser este desnecessário em termos de conveniência e oportunidade, ou seja, exercendo juízo político-discrecionário próprio, paralisaria o trâmite do anteprojeto em questão deixando de enviá-lo ao Congresso Nacional para que lá, na Caso do Povo, se proceda à deliberação democrática.

Ora, esta postura fere, a nosso ver, flagrantemente a norma constitucional que estipula a reserva de iniciativa àquele órgão de Poder (Tribunal Superior) que deu início ao processo de formação da lei.

Mutatis mutandis, no que toca à composição dos Tribunais de Justiça, o STF sempre manteve firme a sua jurisprudência no sentido de que é inconstitucional qualquer tentativa, seja pelo constituinte estadual ou pelo legislador ordinário do ente federado,

de burlar a iniciativa privativa do Poder Judiciário Estadual para deflagrar o processo de formação de lei que altere o seu quadro de Desembargadores.²⁸ Se nem mesmo o Constituinte decorrente pode assim agir, será que ao CNJ seria permitido tamanho poder?

Igualmente, são inconstitucionais as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais cuja iniciativa não partiu do próprio Poder Judiciário.²⁹

28 “Poder. Prerrogativa. Tribunal de Justiça. Composição. Vulnera a CF norma de Carta estadual que preveja limite de cadeiras no Tribunal de Justiça, afastando a iniciativa deste quanto a projeto de lei visando à alteração”.

(STF, ADI 3.362/BA, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, j. 30/08/2007, Tribunal Pleno, DJE 27/03/2008)

“Art. 85 da Constituição do Estado de Rondônia, que elevou para treze o número de desembargadores do Tribunal de Justiça. Ofensa manifesta ao princípio da iniciativa privativa, para o assunto, do Tribunal de Justiça, consagrada no art. 96, II, b, da CF, de observância imperiosa pelo poder constituinte derivado estadual, como previsto no art. 11 do ADCT/1988. Procedência da ação, para declarar inconstitucional a expressão ‘treze’ contida no referido dispositivo”.

(STF, ADI 142/RO, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 19/06/1996, DJ 06/09/1996)

“Declarada a inconstitucionalidade de normas da Constituição maranhense que aumentavam de 15 para 21 o número de desembargadores do Tribunal de Justiça e criavam o Tribunal de Alçada do Estado. Reconheceu-se, na espécie, contrariedade ao art. 96, II, b e c, da CF (competência privativa dos Tribunais de Justiça para propor às Assembleias Legislativas ‘a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros (...)’ e ‘a criação ou extinção dos tribunais inferiores’). Precedentes citados: ADI 274-PE (RTJ 139/418); ADI 157-AM (RTJ 139/393)”. (STF, ADI 366/MA, Relator Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, j. 24/10/1996, DJ 07/02/1997)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. EC 8, de 20-5-1999, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Extinção dos Tribunais de Alçada e sua transformação em órgãos do Tribunal de Justiça. Promoção dos integrantes daqueles ao cargo de desembargadores. Ausência de proposta do Tribunal de Justiça. Afronta ao art. 96, II, d, da CF. A CF reservou aos Tribunais de Justiça a iniciativa legislativa relacionada à auto-organização da Magistratura, não restando ao constituinte ou ao legislador estadual senão reproduzir os respectivos textos na Carta estadual, sem qualquer margem para obviar a exigência da Carta Federal”.

(STF, ADI MC 2.011/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. 30/06/1999, DJ 04/04/2003)

29 “É pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que as leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, a teor do que dispõem as alíneas b e d do inciso II do art. 96 da CR. Precedentes: ADI 1.935/RO, Rel. Min. Carlos Vello-

Para fechar este tema, vale rememorar o entendimento hoje pacificado no STF sobre o âmbito de atuação do CNJ, *verbis*:

O CNJ, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo *ultra vires*, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança.

(STF, MS MC-AgR 28.611/MA, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14/10/2010, DJe 31/03/2011)

No mesmo sentido: MS AgR 29.744/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 29/06/2011, DJe 03/10/2011; MS AgR 27.148/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11/05/2011, DJe 24/05/2011; MS MC-AgR 28.598/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14/10/2010, DJe 08/02/2011; MS AgR 28.174/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 14/10/2010, DJe 17/11/2010. Vide: MS 27.708/BA, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 29/10/2009, DJe 20/05/2010.

so, DJ de 4-10-2002; ADI 865/MA-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8-4-1994”. (STF, ADI 3.773/SP, Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. 03/03/2009, DJe 04/09/2009)

Nesta linha de raciocínio, resta claro que a prática atual de envio ao CNJ de anteprojetos de leis de interesse do Judiciário, mas cuja iniciativa foi reservada a um Tribunal Superior, logo prescindente da análise daquele órgão de controle externo, se revela inconstitucional sob o ângulo da obrigatoriedade, e desnecessária sob o viés eminentemente político-institucional da facultatividade, pelos fundamentos acima expostos.

Por sinal, o próprio CNJ reconhece que não detém competência constitucional para deflagrar o processo legislativo de formação de seus quadros, submetendo as suas propostas ao crivo do STF, este sim legitimado a dar início ao respectivo processo de formação da lei respectiva (art. 4º, XVII, RI/CNJ).

Por fim, no que se refere ao CNJ as limitações de atuação no campo político, vale dizer, a possibilidade de atuação política deste órgão de controle externo do Poder Judiciário se limita à disciplina de seu próprio funcionamento, e isto até que sobrevenha o Estatuto da Magistratura, este com iniciativa de deflagração do processo legiferante reservada ao STF (art. 93, *caput*, CF/88), onde será disciplinada a competência e as atribuições do CNJ, conforme dispõe o artigo 5º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 45/2004.³⁰

6. Conclusão.

Com efeito, à guisa de conclusão, entende-se que é desnecessária a participação/intervenção do CNJ no processo de formação da lei infraconstitucional que instituirá os novos Tribunais Regionais Federais, mais precisamente na fase introdutória, na me-

30 “Art. 5º. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

(...)

§ 2º. Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor”.

dida em que este órgão de controle externo do Poder Judiciário não detém competência constitucional para dar início ao processo legislativo nesta matéria, iniciativa esta reservada ao STJ exclusivamente (art. 96, II, c e d, CF/88), sendo, ademais, inconstitucional qualquer interferência ou avaliação, seja sob o ângulo da constitucionalidade do anteprojeto, seja sobre os aspectos discricionários do ato, por parte do CNJ, no texto de proposta normativa a ser encaminhado ao Congresso Nacional pelo STJ.

Assim, ultimada a votação do anteprojeto de lei de criação dos novos Tribunais Regionais Federais, bem como a eventual ampliação dos TRF's existentes, cabe ao STJ enviar o anteprojeto respectivo diretamente à Câmara dos Deputados para que naquela Casa de leis se inicie o processo público democrático de deliberação, e não ao CNJ como costumeiramente vem ocorrendo.

Nada impede, porém, que o STJ, ao seu exclusivo alvitre, envie o anteprojeto de lei ao CNJ para que este emita parecer técnico ou opinião política. O que se veda constitucionalmente é a obrigatoriedade desta consulta. Igualmente, o Congresso Nacional, se assim o entender conveniente, também pode ouvir o CNJ. Esta última hipótese, porém, está sujeita ao verdadeiro livre arbítrio (e não discricionariedade) dos respectivos órgãos da República.

Referências bibliográficas.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes. *Comentarios à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1953, vol. II.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I/1891-1898: defesa das liberdades civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SÁ, Nogueira de. Do poder de iniciativa das leis que compete ao chefe do executivo. *Revista dos Tribunais*, RT 206/28, dez./1952.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Fornecimento de medicamentos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a audiência pública nº 4¹



Sílvia Melo da Matta

Juíza Federal em São José dos Campos. Mestranda em Direito no núcleo Jurisdição Federal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Fundamentais pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Especialista em Direito Constitucional pela EMAG da 3ª Região. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. Audiência pública – parâmetros estabelecidos. 4. Atos do Conselho Nacional de Justiça. 5. Jurisprudência atual. 6. A problemática persiste. 7. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução.

O fornecimento de medicamentos por meio de decisões judiciais é objeto de discussões por gestores públicos, médicos e a sociedade civil, bem como no meio acadêmico e jurídico.

A falta de critérios objetivos e claros definidos pela jurisprudência quando da análise de concessão das medidas judiciais aumenta ainda mais a controvérsia.

O presente trabalho busca, após uma breve análise histórica, examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, após a realização da audiência pública nº 4 e a fixação de critérios no acórdão do AgR STA

175/CE do Presidente daquela Corte, Ministro Gilmar Mendes.

Atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ serão analisados em seguida, tendo em vista a consonância destes com os parâmetros estabelecidos e pela sua relevância administrativa perante o Poder Judiciário.

Em um capítulo específico, haverá a análise da jurisprudência atual da mais alta Corte do Brasil no tocante aos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminares (SL) e Suspensão de Segurança (SS), em razão de serem os primeiros recursos a chegarem ao STF antes do cumprimento efetivo das decisões judiciais. Neste mesmo capítulo, serão analisados os

¹ Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Fundamentais, realizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em setembro de 2011.

acórdãos proferidos pelos órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma) e pelo Pleno do STF, além das decisões de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário.

Para fins do presente estudo não foram consideradas as duzentas e trinta e duas decisões monocráticas proferidas no período de 08/05/2009 a 30/08/2011, pois os entendimentos individuais dos Ministros já foram revelados nos julgamentos coletivos do Tribunal, especialmente no acórdão do AgR STA 175/CE, decidido em sessão do Pleno do STF e por votação unânime dos Ministros, nos termos do voto do Relator.

Ao final serão ainda apresentados alguns pontos que reputamos relevantes, os quais não foram analisados detidamente pelo Tribunal e poderiam inclusive contribuir para aprofundamento da discussão e quem sabe, talvez até, alterar significativamente o seu entendimento, não obstante a menção deles na fundamentação do referido acórdão de AgR STA 175/CE.

2. Breve histórico.

A Constituição Federal estabelece no artigo 6º, desde sua redação original e após suas reformas pelas Emendas Constitucionais nºs 26/2000 e 64/2010, e no artigo 196, respectivamente, o direito à saúde:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000).

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Inicialmente a doutrina, bem como a jurisprudência, manifestaram-se no sentido de tratar-se de norma programática, sem aplicação imediata, com necessidade de regulamentação posterior para sua eficácia.

As ações judiciais com pedidos referentes à aplicação das referidas normas, como no caso de fornecimento de medicamentos ou tratamentos, deduzidas perante o Poder Judiciário eram indeferidas ou julgadas improcedentes sob a precípua fundamentação da não possibilidade de intervenção deste Poder perante o Poder Executivo, haja vista o modelo tradicional de direito administrativo.

Contudo, a jurisprudência pátria começou a embasar suas decisões nestas normas quando na década de 1990 os pedidos para fornecimento de medicamentos, em especial os referentes aos portadores de SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – começaram a chegar ao Poder Judiciário.

Sem adentrar no mérito se a norma é programática, ou não, verificamos que de um primeiro momento onde os membros do Poder Judiciário não acolhiam este tipo de pretensão, passou-se para um caminho de concessão irrestrita. Assim, havia precedentes mais ou menos abrangentes e em todos os sentidos, inclusive diametralmente opostos, ou seja, pela concessão do medicamento ao postulante por



se tratar de um direito fundamental, pois visa resguardar a vida, como em sentido inverso, o qual não caberia ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos no tocante a sua discricionariedade, pois implicaria ingerência nas políticas públicas preestabelecidas.

Neste sentido, interessante verificar que mesmo no STF, órgão encarregado pela guarda da Constituição, nos termos do artigo 102 da Carta Magna, houve decisões em ambos os sentidos, com predomínio do primeiro entendimento. Tomo como exemplo os posicionamentos dos Eminentes Ministro Celso de Mello e da Ministra Ellen Gracie.

O primeiro entende que o direito à saúde é corolário do direito à vida e, desta forma, o direito secundário e financeiro do Estado não pode prevalecer, notadamente no tocante aos hipossuficientes, como decidiu no acórdão do AgR RE 271.286-8/RS.²

Já a Ministra Ellen Gracie chegou a decidir de ambas as formas no mesmo ano (2007).

Verificamos que na SS 3073/RN, de 09/02/2007, e STA 91/AL, de 26/02/2007, ambas disponíveis no sítio eletrônico do STF, ela deferiu as suspensões por entender que estava configurada a lesão à ordem pública, tendo em vista que a execução de decisões individuais afeta o sistema público de saúde, pois este:

(...) busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.³

Contudo, posteriormente, a partir de maio de 2007, a Eminente Ministra passou a manter as decisões de obrigar o Estado a fornecer os medicamentos desde que hipossuficiente o paciente e em razão da gravidade da doença. Neste sentido as SS 3158, 3205 e 3183.

A esta época já era majoritário no âmbito daquele Tribunal o entendimento da concessão ampla e irrestrita de medicamentos ou tratamentos requeridos perante o Poder Judiciário.

Portanto, passou-se de uma fase inicial onde não havia intervenção deste Poder para uma implementação dos direitos sociais pela via judicial.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR RE 271.286-8/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2EENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN e STA 91/AL. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 9 fev. 2007 e 26 fev. 2007, respectivamente. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283073%2EENUME%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282891%2EENUME%2E+OU+91%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acessos em: 30 ago. 2011.

Desta forma, sobressai-se a “ausência de clareza nos critérios que determinam a obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos”.⁴

Assim, para melhor analisar a complexidade do tema e sob um aspecto mais amplo de discussão, em razão dos pedidos cada vez mais numerosos perante o Poder Judiciário, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte, marcou audiência pública para colher experiências e dados sobre o tema.

3. Audiência pública – parâmetros estabelecidos.

A audiência pública ocorreu nos dias 27, 28 e 29/04 e 04, 06 e 07/05/2009, na qual foram ouvidos os gestores públicos, profissionais da área de saúde, membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, acadêmicos, entidades e organismos da sociedade civil.

Após a sua realização, o Ministro Presidente do STF resolveu redimensionar o problema, pois ficou constatado, segundo o entendimento dos membros da Corte na época, que na maioria dos casos não havia, ou não há, ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas e sim a implementação destas para o cumprimento do já estabelecido.

Assim, estipularam-se os seguintes parâmetros e diretrizes gerais para serem observados quando da concessão de medida judicial para fornecimento de medicamentos:

1. A existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Neste último caso, a não prestação decorre de:

- a) omissão legislativa administrativa;
- b) decisão administrativa de não fornecê-la;
- c) vedação legal a sua dispensação, como a inexistência de registro do fármaco perante a ANVISA.

2. A existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, tendo em vista que:

- a) há tratamento alternativo, ou
- b) não tem tratamento específico para determinada patologia.

Na letra “a” do item 2, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, salvo se comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente.

Na hipótese da letra “b” do item 2, a qual certamente ensejará impugnação judicial, seja por meio de ações individuais, ou coletivas, é imprescindível a ampla produção de provas, decorrente de instrução processual.

Além, é claro, da análise detida e concreta do caso com suas especificidades, numa subsunção da dimensão subjetiva com a objetiva do direito à saúde.

Estes parâmetros inspiraram o CNJ, órgão do Poder Judiciário, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça, a editar dois atos para auxiliar a solução de conflitos nesta seara, de acordo com a competência estabelecida no inciso I do § 4º do artigo 103–B da Constituição Federal.

4. Atos do Conselho Nacional de Justiça.

Em decorrência da audiência pública e dos parâmetros fixados nesta, o Presidente do CNJ, que também era, na época, o Presidente do STF, editou a Recomendação nº 31, de

⁴ WANG, Daniel; TERRAZAS, Fernanda. *Decisões da Ministra Ellen Gracie sobre medicamentos*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=66>. Acesso em: 29 ago. 2011.

30/03/2010,⁵ na qual prescreve aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Consta desta que os Tribunais, sejam os de Justiça dos Estados, como os Regionais Federais, celebrem convênios de forma a disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais, até dezembro de 2010.

Recomenda que os juízes:

1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas - CONEP, se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Há ainda outras recomendações de caráter administrativo, como a inclusão da matéria referente ao direito sanitário nos editais de concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução nº 75/2009 do CNJ; visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON; bem como que as Escolas de Magistratura incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

Da leitura atenta da norma e da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da STA 175/CE, que ensejou a audiência pública, salta aos olhos que a recomendação em questão é justamente a reprodução dos parâmetros então estabelecidos.

Trata-se de uma boa iniciativa, pois até então cada juiz, seja de forma individual em Primeira Instância, ou nos Tribunais, decidia de maneira casuística e sem balizas, de forma a enfrentar uma responsabilidade grande no cotejo de interesses.

Contudo, a atuação do CNJ não ficou apenas nesta iniciativa, pois logo em seguida editou a Resolução nº 107, 06/04/2010.⁶ Esta instituiu o “Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde”, o qual busca co-

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>.

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107, de 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.

letar subsídios e informações aos magistrados referentes às demandas de saúde e fomentar a discussão sobre o tema.

Este realizou um primeiro encontro (dias 18 e 19/11/2010, em São Paulo), do qual resultaram os seguintes objetivos a serem perseguidos:

1 – sugestão para que o Plenário do CNJ edite resolução que disponha sobre procedimentos que assegurem a efetividade do direito constitucional à saúde, a celeridade processual, a diminuição da litigiosidade, compondo uma política judiciária que gerencie as demandas da área da Saúde;

2 – instalação até o mês de janeiro de 2011 dos comitês estaduais, estes formados por juízes que vão promover o acompanhamento das principais demandas judiciais no setor;

3 – realização de estudos e diagnósticos que poderão subsidiar as políticas públicas do judiciário, considerando especialmente a prevenção e solução de conflitos judiciais no que diz respeito às suas peculiaridades e dificuldades locais;

4 – levantamento e acompanhamento regular dos processos judiciais de modo a identificar e tipificar as principais demandas dos cidadãos e as partes envolvidas nos conflitos, sejam elas entes públicos ou privados;

5 – realização de debates e eventos científicos nos Estados, com apoio das Escolas de Magistratura, como forma de preparar novas sugestões de regulação e procedimentos para o setor que poderão ser discutidos por meio de encontros e/ou jornadas, como os dois primeiros Fóruns Nacionais do Judiciário para a Saúde já realizados, respectivamente, em novembro de 2010 e dezembro de 2011.⁷

Estabelecidas estas iniciativas, as quais não se podem negar a vontade de auxiliar os juízes e fomentar a discussão, iremos agora verificar se na jurisprudência do STF houve alguma alteração de entendimento após a referida audiência pública.

5. A jurisprudência atual.

A análise da jurisprudência do STF restringir-se-á ao período de 08/05/2009 a 30/08/2011, ou seja, um dia após o término da audiência pública e até data recente a conclusão deste trabalho, e apenas no tocante aos acórdãos, decisões de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário e aos pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminares (SL) e Suspensão de Segurança (SS), decisões da Presidência, segundo pesquisa realizada no sítio eletrônico, envolvendo os itens de pesquisa “fornecimento e medicamento”.⁸

Houve a prolação de quatro acórdãos – AgR RE 607.381/SC, julgamento em 31/05/2011, pela 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux; AgR STA 328/PR, julgamento em 24/06/2010, pelo Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso; AgR AC 2117/SC, julgamento em 17/02/2010, também pelo Pleno, Relatora Ministra Carmen Lúcia e o AgR AI 553.712/RS, julgamento em 19/05/2009, pela 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Destes, apenas o segundo enfrentou o pedido de fornecimento de medicamento pelo SUS. O Ministro Cezar Peluso negou provimento ao agravo, pois, segundo consta de sua decisão, a doença é específica, comprovada com laudo médico pertencente aos quadros do SUS, há necessidade do fármaco e a decisão recorrida não é genérica, como foi alegado. Desta forma, concluiu que o acórdão observou parte dos parâmetros estabelecidos

7 I Fórum Nacional do Judiciário: Justiça faz bem à saúde. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 124, nov. 2010, p. 59. E, *Reunião do II Fórum do Judiciário para a Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes_do_II_encontro_de_saude.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

8 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

na audiência pública, pois não foram todos questionados em sede recursal.

Os demais acórdãos trataram precipuamente de questões processuais. O primeiro dizia respeito ao chamamento ao processo e à questão da solidariedade no polo passivo; o terceiro negou seguimento ao recurso, pois ausentes os requisitos da ação cautelar e o último também negou provimento em razão da inexistência de razões novas para impugnar a decisão da Corte.

Existem duas decisões nas quais foi reconhecida a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com afetação e remessa dos autos para julgamento pelo Pleno – RE 607.582 RG/RS da Ministra Ellen Gracie, analisada em 13/08/2010 e RE 605.533 RG/MG do Ministro Marco Aurélio, em 01/04/2010. Em ambas não houve questionamento sobre o mérito deste trabalho, já que, na primeira, discutiu-se a possibilidade de sequestro de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos e, na segunda, a legitimação do Ministério Público para propositura de ação civil pública que visa o fornecimento de medicamentos, razão pela qual deixo de analisá-las.

Foram encontradas vinte e uma decisões da Presidência no período sob análise. Enumero-as:

1. SS 3741/CE, julgamento em 27/05/2009.
2. STA 244/PR, julgamento em 18/09/2009;
3. STA 175/CE, julgamento em 18/09/2009;
4. SL 319/BA, julgamento em 28/10/2009;
5. STA 361/BA, julgamento em 20/11/2009;
6. STA 348/AL, julgamento em 27/11/2009;
7. SS 3854/MG, julgamento em 10/12/2009;
8. SS 3941/DF, julgamento em 23/03/2010;

9. SS 3852/PI, julgamento em 07/04/2010;

10. SS 4045/CE, julgamento em 07/04/2010;

11. SS 3962/SE, julgamento em 07/04/2010;

12. STA 283/PR, julgamento em 07/04/2010;

13. STA 434/BA, julgamento em 16/04/2010;

14. STA 334/SC, julgamento em 16/04/2010;

15. STA 316/SC, julgamento em 16/04/2010;

16. STA 424/SC, julgamento em 20/04/2010;

17. SL 256/TO, julgamento em 20/04/2010;

18. STA 421/PE, julgamento em 20/04/2010;

19. SS 4229/GO, julgamento em 01/07/2010;

20. SS 4304/CE, julgamento em 19/04/2011;

21. SS 4316/RO, julgamento em 07/06/2011.

Deste universo, apenas as três últimas foram proferidas pelo atual Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso. As demais foram todas decididas pelo Ministro Gilmar Mendes.

Com relação a primeira, proferida vinte dias após a audiência pública, o Ministro não fez menção a esta, mas utilizou a mesma fundamentação para indeferir o pedido de suspensão e manter a decisão que determinou o fornecimento de medicamentos, pois os representados pelo Ministério Público encontravam-se enfermos, os medicamentos possuíam registro perante a ANVISA e estes mostravam-se necessários, adequados e proporcionais. Desta forma, o Município deveria arcar com os fármacos de caráter especial, excepcional e de alto custo, pois a responsabilidade foi estabelecida de forma solidária.

A segunda, terceira e quarta decisões são similares e fizeram referência tanto à

audiência, como aos parâmetros estabelecidos (STA 244/PR, STA 175/CE e SL 319/BA). O medicamento requerido quando do ajuizamento da ação não possuía registro perante a ANVISA, mas quando da análise da suspensão sim, portanto, um dos critérios apontados encontrava-se presente. O fármaco era de alto custo e não constava da lista do SUS, além de não possuir tratamento alternativo específico e, segundo os relatórios médicos, era eficiente. Desta forma, com menção aos parâmetros estabelecidos na audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão e manteve as decisões recorridas.



Nas próximas decisões (STA 361/BA, STA 348/AL, SS 3854/MG, SS 3941, SS 3852/PI e SS 4045/CE) também houve menção aos critérios fixados na audiência pública e os medicamentos em questão já possuíam registro na ANVISA quando do pedido inicial. Contudo, não constavam da lista do SUS e eram medicamentos de alto custo, logo de dispensação excepcional. O Ministro aduziu que este instrumento visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Assim, em razão da análise dos fatos concretos (doença atestada por médico integrante do SUS, hipossuficiência, eficácia do medicamento), as decisões recorridas foram mantidas.

O caso seguinte é interessante, pois realmente se nota a análise individual do mesmo (SS 3962/SE). Com as mesmas funda-

mentações e análise do caso concreto como já expostas acima, o Ministro decidiu indeferir o efeito suspensivo à decisão recorrida, pois o paciente já havia feito tratamento para sua doença pelo SUS, entretanto a moléstia não foi contida e o médico integrante do Sistema de Saúde receitou outro medicamento. Este não constava da listagem, mas possuía registro na ANVISA. Desta forma, como não havia tratamento alternativo e o fármaco era essencial para a manutenção e/ou melhoria de sua saúde, o medicamento deveria ser fornecido.

Nos feitos seguintes (STA 283/PR e STA 434/BA) houve menção aos critérios fixados na audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes analisou os parâmetros e fundamentou que o alto custo do medicamento não era impeditivo à concessão de seu fornecimento.

Na STA 334/SC, após mencionar os parâmetros que fixou na audiência, o Presidente do STF reconheceu a falta de interesse de agir, haja vista a superveniente inclusão do medicamento em protocolo clínico do SUS para o tratamento de pacientes portadores das patologias descritas na ação civil pública e de expressa consignação de seu fornecimento previsto a partir do mês de fevereiro de 2010, pois estaria apenas a exigir do Poder Público o cumprimento dos protocolos clínicos já existentes no âmbito do SUS.

Já na STA 316/SC, embora não haja menção expressa aos critérios fixados pelo próprio Ministro em suas decisões anteriores, ele negou seguimento ao recurso, pois não havia decisão a suspender, uma vez que o Tribunal inferior já havia dado o efeito suspensivo, considerando que o pedido era genérico (não especificava os beneficiários).

Posteriormente, na STA 424/SC, depois de fazer referência ao decidido na STA 175/CE, que ensejou a audiência pública, e analisar o caso concreto, deferiu parcialmente o efeito suspensivo no tocante à parte da decisão recorrida que era genérica com relação aos beneficiários, sem prejuízo que, demonstrando individualmente a existência de patologia e a

necessidade de um ou de outro medicamento mencionado nesta decisão, venham a exigir judicialmente a concretização do direito à saúde, conforme precedentes da Corte.

Nas duas decisões seguintes – SL 256/TO e STA 421/PE – houve análise ainda da questão da necessidade de transporte e alimentação (diária). Em seguida ao exame dos parâmetros essenciais que orientam a análise judicial de demandas de saúde, de forma concreta e individual, discutiu-se o dever do Município/Estado de arcar com as despesas de adequado transporte e alimentação do paciente que necessita de tratamento fora do domicílio e de acompanhante, em razão de não ser oferecido, no âmbito daquela Municipalidade, ou Estado, serviço de saúde de natureza idêntica. Em ambos os casos, as decisões que determinaram o custeio foram mantidas, pois o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o transporte e a alimentação seriam necessários para viabilizar o tratamento médico. No entanto, como o primeiro feito era uma ação civil pública onde o pedido foi feito de forma genérica – para todos que necessitassem do transporte e diária –, o Ministro decidiu dar o efeito suspensivo parcial para todos os demais usuários do SUS residentes na Comarca em questão, pois o pedido como posto contrariava o parâmetro da individualização do feito. Todavia, com relação aos pacientes descritos na inicial, indeferiu o pedido e manteve a decisão como prolatada.

Passamos à análise das três decisões proferidas pelo Ministro Cezar Peluso, na época Presidente do STF.

Nos autos SS 4229/GO, apesar de não mencionar os parâmetros da audiência pública, acabou utilizando-os durante a fundamentação, tendo em vista a reprodução da decisão impugnada que individualizou o caso concreto. A decisão recorrida foi mantida, pois entendeu pela inexistência de lesão à ordem e à economia públicas ao determinar ao Estado o fornecimento de medicamentos específicos, cuja disponibilização foi precedida de comprovação da necessidade

a pacientes portadores de doenças raras e graves, de forma individualizada, consoante documentação e pareceres técnicos acostados aos autos originários.

Por fim, nas SS 4304/CE e SS 4316/RO, o Ministro fez menção aos julgamentos dos AgR STA 244/PR, 178/CE e 175/CE, os quais fixaram os parâmetros que devem nortear o julgador na solução de conflitos que envolvem questões relativas ao direito à saúde. Ressaltou a vedação imposta à Administração Pública no tocante ao fornecimento de medicamento que não possua registro na ANVISA, como nos dois casos sob análise, mas fez uma ponderação para decidir de outra forma. Apontou que há estudos científicos a comprovar que o medicamento em questão é o único eficaz disponível para o tratamento clínico da doença. Inclusive, neste sentido, havia parecer da ANVISA. Assim, concluiu que a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação mais grave (inclusive o óbito dos pacientes) e o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para a caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a “Política Pública de Dispensação de Medicamentos Excepcionais” tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Em todas as decisões de suspensão que foram indeferidas esta medida, houve utilização da fundamentação de que a ausência do medicamento poderia acarretar dano irreparável aos requerentes, ou substituídos (quando no caso de ação civil pública proposta pelo Ministério Público), bem como que o fato do medicamento não constar das Portarias do SUS, por si só, não é motivo para o seu não fornecimento, visto que a “Política de Assistência Farmacêutica” visa contemplar justamente a integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema.

Destas vinte e uma decisões analisadas, verificamos que dezoito indeferiram o efeito

é bom lembrar – são limitados, exigem, inevitavelmente, restrições seja no lado da oferta (atendimento), seja no lado da demanda (acesso), freqüentemente em ambos.¹⁰

Ele ainda nos lembra:

Mas não dá para aumentar esses recursos infinitamente, e mesmo aumentos expressivos jamais serão suficientes para eliminar a necessidade de fazer escolhas. As necessidades em saúde são inúmeras e crescentes, os recursos são escassos, e os custos de novos tratamentos, cada vez maiores.¹¹

Desta forma, não se pode dar uma abordagem individualista aos problemas sociais. Há necessidade de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, que deve ser concebida como política social, orientada pela melhor opção de custos e benefícios. Neste sentido a fundamentação que constou na STA 175/CE:

Isso porque é certo que ao Estado é inviável economicamente garantir todo e qualquer tratamento de saúde a todos os cidadãos. Assim, outorgou a Carta Magna ao Executivo o poder de eleger as políticas públicas que confirmam concretude ao direito à saúde por ela garantido (separação dos poderes). Tais políticas públicas devem ser criadas de modo a garantir, tanto quanto possível, o princípio da igualdade, no sentido de permitir a todos, no caso do direito à saúde, o acesso às mesmas ações e serviços.¹²

Por isso, não é possível, com o devido respeito, concordar com a decisão no tocante:

A questão apresentada pertine a colisão entre o princípio constitucional de proteção à saúde e a independência entre os poderes, com destaque à questão da sustentabilidade do sistema de acesso à saúde previsto constitucionalmente.¹³

Na realidade, trata-se de choque do direito à saúde versus o direito à saúde, o primeiro de forma individual e o segundo de forma coletiva, por meio de políticas públicas, pois os recursos públicos são insuficientes para as necessidades sociais e é necessário decidir onde investir, o que não é uma decisão fácil. Quando se retira uma parte do orçamento destinado à política pública, um grupo de cidadãos ficará prejudicado no tocante aos serviços e ações, em face do cidadão individual o qual conseguiu uma realocação de recurso para ter seu atendimento ilimitado à saúde.

Neste aspecto, com maestria apontou o venerando acórdão:

Por ocasião da eleição dos medicamentos/tratamentos a serem fornecidos, diversos aspectos, à escolha do Executivo, devem ser sopesados, entre eles o custo do medicamento, o índice de incidência da patologia, e a comprovação do benefício no uso do tratamento/medicamento. Assim, efetuada a ponderação entre o princípio da igualdade e do mínimo vital, é razoável que o Estado forneça medicamentos que proporcionem o atendimento do maior número de pessoas possível, com a maior efetividade (benefício comprovado).¹⁴

Portanto, as listas de medicamentos elaboradas pelo SUS estão embasadas em estudos técnicos, com arrimo em conhecimento específico, onde constam as opções do Poder Público de acordo com suas possibilidades financeiras.

10 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

11 *Ibidem*.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR STA 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2ENUME%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.



Por consequência, não há reparos a se fazer quando consta da fundamentação:

Não obstante, esse direito subjetivo público assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção ou recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperam a saúde.¹⁵

Os recursos devem ser aplicados de forma eficiente, pois não há como negar a sua escassez, como já dito. Portanto,

(...) o direito à saúde deve ser interpretado como um direito à igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde que determinada sociedade pode fornecer com os recursos disponíveis.¹⁶

Os Presidentes do STF ao embasarem suas decisões de manutenção das decisões

recorridas de fornecimento de medicamentos não constantes das listas do SUS, em especial do programa de medicamentos de dispensação excepcional, acabam por fazer prevalecer o interesse individual sobre o coletivo, na medida em que consideram efetivado o direito à saúde quando determinado tratamento ou medicamento é assegurado.

A lista de medicamentos de dispensação excepcional refere-se ao tratamento de patologias específicas, que atinge número limitado de pacientes e apresentam alto custo, seja em razão de seu valor unitário, seja em razão de seu uso por período prolongado, mas já se encontram definidos.

Desta forma, não obstante basearem suas decisões na audiência pública e nos critérios então estabelecidos, bem como na análise dos pontos aqui enumerados, que constaram na fundamentação, na realidade continuam a decidir como antes e a concessão de medicamentos fora da lista ainda persiste.

Assim, apesar de entenderem pela não ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas e sim a implementação destas para o cumprimento do já estabelecido, há de fato ingerência, porque os medicamentos postulados e concedidos por medidas judiciais estão todos fora das listas do SUS e, conseqüentemente, ensejam uma realocação de recursos de uma política pública para o tratamento individual de pacientes que acessaram o Poder Judiciário.

7. Conclusões.

Chegamos ao fim desse estudo, no qual se propunha debruçar sobre a análise da jurisprudência do STF após a realização da audiência pública nº 4.

Para tanto, fez-se necessário começar a analisar a evolução do entendimento do Poder Judiciário desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Verificamos que de uma postura de não intervenção, em razão do modelo tradicional de direito

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2007. Disponível em: < <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofohadireitosauade.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

administrativo, aos poucos a jurisprudência firmou-se no entendimento de fornecimento de medicamentos, ou tratamentos, de forma ampla e irrestrita, a ensinar a implementação dos direitos sociais, ainda que sobre o prisma particular, pela via judicial.

A medida que o tempo passava, os pedidos também aumentaram, consequentemente, houve uma crescente preocupação dos gestores públicos e dos membros do Poder Judiciário de tal forma que o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, designou uma audiência pública, com a pretensão de discutir o tema.

Resultou desta a fixação de alguns parâmetros objetivos, os quais inclusive deram ensejo ao CNJ editar dois atos para recomendar aos juízes de primeiro grau como agir perante estes pedidos.

Em seguida, examinamos a jurisprudência do STF depois da audiência e constatamos que muitos dos argumentos ali deduzidos foram sopesados contribuindo para a evolução do entendimento do Tribunal.

Mesmo assim, apesar de usarem na fundamentação os critérios fixados na decisão da STA 175/CE, os Ministros Presidentes na realidade continuavam a decidir de forma a haver ingerência nas políticas públicas estabelecidas, pois, dos casos analisados, todos os medicamentos, ou tratamentos, estavam fora da lista do SUS.

Sem sombra de dúvida, todo este caminho foi percorrido para verificar que o tema ainda não se esgotou, pelo contrário, há necessidade de muita discussão, via encontros científicos, acadêmicos, congressos, artigos.

Portanto, concluímos que os critérios estabelecidos, bem como os atos editados pelo CNJ, não são aptos a exaurir o tema, já que ainda há predominância da microjustiça, via satisfação individual dos pedidos postulados em face do sistema de saúde e o interesse coletivo que o respalda, os quais não parecem ter sido enfrentados diretamente pelo STF e tampouco os são pelos juízes das instâncias inferiores.

Bibliografia.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro: Luis Roberto Barroso & Associados Escritório de Advocacia, 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 6 abr. 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 mar. 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR STA 175/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2ENUMER%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SS 3073/RN*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283073%2ENUMER%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 91/AL*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891%2ENUMER%2E+OU+91%2EDMS%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR RE 271.286-8/RS*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUMER%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

CASTRO E COSTA, Flávio Dino. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Texas, v. 89, n. 7, p. 1643-1668, jun. 2011.

_____. Right to health litigation in Brazil, an overview of the research. In: *Workshop "Right to health litigation? Can court enforced health rights improve health policy?"*. Buenos Aires: University Torquato di Tella, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1426011>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

_____. Between usurpation and abdication? The right to health in the Courts of Brazil and South Africa. *Social Science Research Network*, [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1458299>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

_____. De quem é o SUS? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

_____. Direito à saúde, escassez e o judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhadireitosade.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

_____. ; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Revista de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito civil e Processual Civil Repositório Autorizado de Jurisprudência Superior Tribunal de Justiça nº 63/2008*, [S.l.], n. 30, ano V, p. 8-30, 2008.

I Fórum Nacional do Judiciário: Justiça faz bem à saúde. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 124, p. 52-61, nov. 2010.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, Porto Alegre, n. 65, ano 18, p. 31-53, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 18, ano 5, p. 169-186, jul./set. 2007.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. ; MARTINS, Paulo Lígia. Um diálogo pela igualdade: estratégias para o fortalecimento do movimento de direitos humanos no hemisfério sul. In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Direito e mudança social* – projetos de promoção e defesa de direitos apoiados pela Fundação Ford no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123-163.

WANG, Daniel; TERRAZAS, Fernanda. *Decisões da Ministra Ellen Gracie sobre medicamentos*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=66>. Acesso em: 29 ago. 2011.

O foro privilegiado na França



Paulo Gustavo Guedes Fontes

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ex-procurador da República. Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França.

RESUMO: O artigo aborda os aspectos gerais do sistema jurisdicional francês e do processo penal na França, com o fim de expor as hipóteses que, no Direito francês, guardam relação com o conceito brasileiro de “foro privilegiado ou por prerrogativa de função”. Analisa em especial as disposições constitucionais e legais pertinentes ao processo penal e à competência jurisdicional, quando forem acusados o presidente da República Francesa, os membros do governo, deputados e senadores e outras autoridades. Conclui no sentido de que, embora presentes no Direito francês, as hipóteses de foro privilegiado mostram-se mais restritas do que no Direito pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Foro privilegiado. Imunidade material. Imunidade formal.

ABSTRACT: The article describes general aspects of french judicial system and procedural rules on criminal matter, in order to identify privileges of jurisdiction accorded to politicians and other authorities. Constitutional and legal rules are examined when defendants are authorities as the president of french Republic, members of the government, representatives and senators and other authorities. He concludes that privileges of jurisdiction exist in french Law but are less frequently found than in brazilian Law.

KEYWORDS: Criminal procedure. Privileges of jurisdiction. Immunities.

SUMÁRIO: 1. Capítulo introdutório. 1.1. O sistema jurisdicional francês. 1.2. O processo penal na França. 2. O foro privilegiado na França. 2.1. Responsabilidade penal do presidente da República. 2.2. Os membros do governo (primeiro-ministro e ministros). 2.3. Deputados e senadores. 2.4. Outras autoridades. 3. Conclusões. Referências.

1. Capítulo introdutório.

1.1. O sistema jurisdicional francês.

A França é uma República unitária. Desde a entrada em vigor da atual Constituição, em 1958, fala-se da 5ª República.¹ O sistema francês é formalmente parlamentarista, pois, de acordo com o artigo 20 da Constituição, o governo, dirigido pelo primeiro-ministro, “determina e conduz a política da Nação”. O primeiro-ministro, por sua vez, é nomeado pelo presidente da República, mas pode ser afastado pelo Parlamento (moção de censura, art. 49). Na prática, ocorrem duas situações distintas. Quando o presidente da República dispõe de maioria no Parlamento, não obstante a existência do primeiro-ministro, ele governa de fato e, sem dúvida, é a figura-chave da vida política. Quando, porém, a maioria parlamentar opõe-se ao presidente, ela escolhe o primeiro-ministro e este exerce o governo, ficando aquele limitado às funções de chefe de Estado; é o que os franceses denominam de *cohabitation*.

Apesar de unitário, o país é subdividido em 100 departamentos que, por sua vez, estão agrupados em 26 regiões. Os departamentos e as regiões são governados por conselhos eleitos e todos contam com um *préfet*² como representante do governo central. As comunas correspondem aos nossos municípios e são governadas pelo *maire*.

Verifica-se na França a dualidade de jurisdições. Coexistem a jurisdição administrativa e a “jurisdição judiciária”. A primeira é competente para as ações em que se questiona a legalidade dos atos administrativos ou se

pedem indenizações ou reparações diversas ao Estado; a jurisdição administrativa não tem competência em matéria penal. A ordem judiciária comporta notadamente a jurisdição cível e penal.

A jurisdição administrativa é formada, em primeiro grau, pelos tribunais administrativos, que existem em cada departamento; em segundo grau, pelas *Cours Administratives d'Appel*, atualmente em número de oito. Por fim, como instância especial, pelo *Conseil d'État*, sediado em Paris, que só conhece em geral dos chamados recursos de direito, além de exercer funções consultivas junto ao governo central. Os membros da jurisdição administrativa são recrutados entre egressos da *École Nationale d'Administration* (ENA), por meio de concurso para acesso direto e, em alguns casos, mediante livre nomeação do governo central. Os juízes administrativos são inamovíveis e a independência da jurisdição administrativa é reconhecida pelo *Conseil Constitutionnel* como um princípio integrante do bloco de constitucionalidade.³

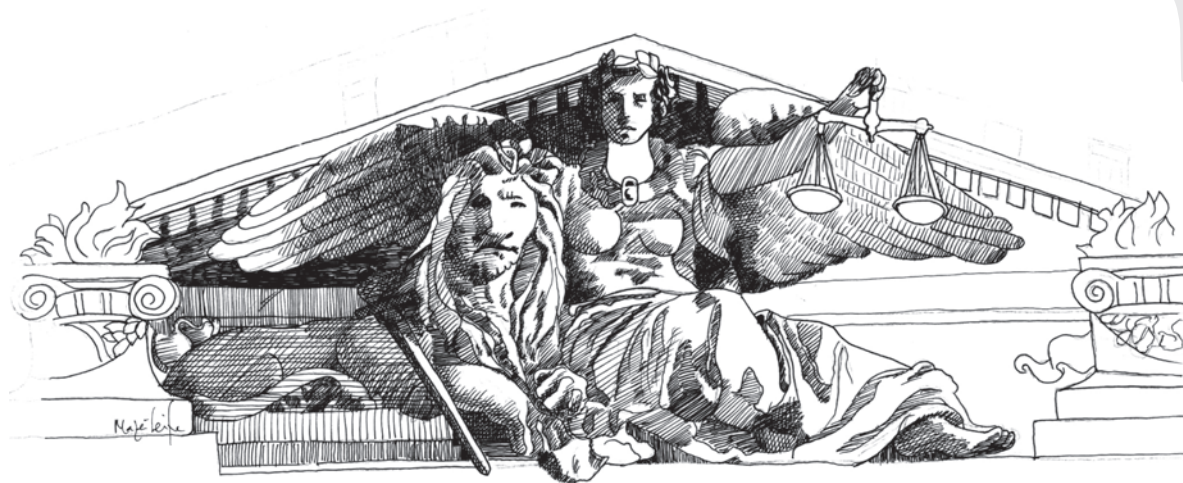
A jurisdição ou ordem judiciária é formada, em primeiro grau, pelos tribunais *d'instance*, com competência limitada em termos de matéria e de valor da causa e pelos tribunais de *grande instance* (TGI), que existem em cada departamento. Na esfera penal, o *Tribunal de Police* é competente para julgar as contravenções, o *Tribunal Correctionnel* julga os delitos e a *Cour d'Assises*, correspondente ao nosso tribunal do júri, é competente para os crimes. Suas funções serão melhor debatidas no item seguinte.

Em geral, já em primeiro grau as decisões são tomadas por colegiados de três juízes. A seguir, existem, em segundo grau, com competência recursal em matéria penal e cível, as *Cours d'Appel*. A instância máxima da ordem judiciária é a *Cour de Cassation*, com sede em Paris: conhece em princípio de recursos de direito e uniformiza a jurisprudência nacional.

1 A 1ª República foi proclamada na Revolução Francesa e vai até 1804, quando Napoleão torna-se imperador; a 2ª começa na Revolução de 1848 e vai até o golpe de Napoleão III em 1851; a 3ª República vai de 1870 até a Segunda Guerra Mundial; a 4ª é instaurada após a *Libération* e vai até 1958, quando Charles De Gaulle, concentrando o poder em suas mãos, outorga a atual Constituição e funda a 5ª República.

2 Não confundir com o nosso prefeito, que corresponde ao *maire*.

3 Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, “validation d'actes administratifs”.



Por fim, o *Conseil Constitutionnel* exerce as funções de corte constitucional. Seus membros exercem mandatos de nove anos. O controle de constitucionalidade é abstrato e prévio à promulgação das leis.⁴ O conselho pode ser provocado pelos presidentes dos Poderes, bem como, a partir de 1974, por 60 deputados ou 60 senadores. O controle de constitucionalidade na França ganhou amplitude sobretudo a partir de 1971, com a decisão “*liberté d’association*”.⁵

O Ministério Público é uma instituição forte.⁶ Seus membros, considerados magistrados, ingressam na carreira mediante concurso, da mesma forma que os juízes, na *Ecole Nationale de la Magistrature*, sediada em Bordeaux. São chamados procuradores substitutos, procuradores da República, advogados-gerais e, perante a *Cour d’Appel* e a *Cour de Cassation*, procuradores-gerais. Não existe a figura do procurador-geral da República,

sendo que as funções mais relevantes do *Parquet*, como a de mover processos criminais contra os membros do governo central, são incumbidas ao procurador-geral junto à *Cour de Cassation*.

O Ministério Público ressent-se de maior independência diante do Executivo, pois é chefiado pelo ministro da Justiça, o chamado *Garde des Sceaux*, que pode dar aos procuradores instruções gerais e particulares, estas últimas capazes de intervir em processos específicos.⁷

1.2. O processo penal na França.

No processo penal francês, por demais relevante é a distinção entre crime, delito e contravenção. A contravenção é uma infração punida com pena de multa de até 3.000 euros. O delito é punido com multa superior a 3.750 euros ou com prisão. O crime é a infração mais grave, punida com pelo menos dez anos de reclusão, podendo prever a prisão perpétua.⁸

4 A reforma constitucional de 2008 introduziu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei já em vigor, no curso de um processo individual (controle difuso). Mas a competência continua sendo exclusiva do *Conseil Constitutionnel* e a decisão possui efeito *erga omnes*.

5 Nessa decisão, o *Conseil* reconheceu o valor jurídico do preâmbulo da Constituição de 1958 e, por tabela, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ali mencionada, trazendo os direitos e garantias individuais para o bloco de constitucionalidade.

6 Credita-se à França, no século XIII, no reinado de Philippe IV, o Belo, o surgimento, com os procuradores do rei, da instituição do Ministério Público como a conhecemos hoje.

7 O papel do ministro da Justiça como chefe do Ministério Público acentuou-se no governo de Nicolas Sarkozy, a quem foi frequente a crítica de intervir em questões judiciais e penais, valendo-se da autoridade perante o *Parquet*. O tema tem dado margem a vigoroso debate depois da proposta de Sarkozy de supressão do juiz de instrução; alguns juristas, como o ex-membro do Conselho Constitucional Robert Badinter, consideram negativo concentrar as investigações nas mãos do *Parquet*, em razão de sua dependência do Poder Executivo.

8 A pena de morte foi abolida na França em 1981, no governo socialista de François Mitterrand.

A *summa divisio* das infrações tem consequência direta sobre a competência do órgão jurisdicional. As contravenções são julgadas pelo Tribunal de Polícia. Os delitos são de competência do *Tribunal Correctionnel*. Os crimes são de competência da *Cour d'Assises*, o tribunal do júri, composto por nove juízes leigos, sorteados entre os cidadãos, e três juízes de carreira.⁹

As infrações penais são geralmente constatadas pela Polícia Judiciária, que é diretamente subordinada ao procurador da República do departamento. O procurador da República tem amplos poderes na fase pré-processual, exercendo controle sobre todos os atos da Polícia Judiciária (art. 41 do CPP). Ele pode, outrossim, proceder diretamente aos atos de investigação.¹⁰

O Ministério Público tem à sua disposição um amplo leque de medidas alternativas à deflagração da *action publique*, como é conhecida a ação penal pública. Elas vão da advertência ao autor do fato às medidas previstas na *composition pénale*, espécie de transação penal sujeita à homologação pelo presidente do tribunal, quando a pena máxima for de cinco anos de prisão; a composição pode incluir medidas diversas, como pagamento de multa, prestação de serviços à comunidade, frequência a estágios e cursos, recolhimento da carteira de habilitação e do passaporte por determinado período etc.¹¹

O procurador da República pode, segundo o princípio da oportunidade da ação penal, arquivar a *notitia criminis* ou o in-

quérito preliminar. A vítima ou seu representante legal tem à disposição um recurso ao procurador-geral, que pode determinar a persecução penal.

O *juge d'instruction* não se inclui entre as jurisdições de julgamento, segundo o princípio da separação das funções de acusação, instrução e julgamento.¹² Ele não pode agir de ofício, devendo ser provocado pelo Ministério Público ou pela vítima para a “abertura da informação”. Durante a instrução, pode realizar oitivas, formalizar a condição de indiciado (*mettre en examen*), determinar escutas telefônicas etc. No que diz respeito à prisão preventiva (*détention provisoire*), o juiz de instrução divide hoje os seus poderes com o “*juge des libertés et de la détention*”; quando o juiz de instrução pretende decretar a *détention provisoire*, de ofício ou a requerimento do procurador, expede uma *ordonnance* nesse sentido e remete os autos ao *juge des libertés*, que pode decretar ou não a prisão.¹³

A provocação do juiz de instrução pode ser dispensada pelo Ministério Público ou pela vítima no caso de contravenções e delitos, mas é necessária quando se tratar de crimes. Ao final

9 A competência da *Cour d'Assises*, pois, abrange, além do homicídio, outros crimes graves como roubo e estupro. A condenação exige uma maioria qualificada de pelo menos oito votos, entre os doze.

10 “Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale” (art. 41-1 do CPP).

11 Existe ainda um procedimento de *plea bargain* para os delitos punidos com até cinco anos de prisão. Consiste em acordo entre o procurador da República e o autor dos fatos, em que este reconhece a sua culpabilidade. Pode ser-lhe imposta inclusive uma pena de prisão que não exceda metade da pena prevista em lei. O acordo deve ser homologado pela autoridade judiciária (art. 495-7 do CPP).

12 Tal princípio tem sido às vezes invocado, no Brasil, como argumento contra o chamado “poder investigatório do Ministério Público”. Observe-se, contudo, que a “instrução”, no modelo europeu, é atividade do juiz de instrução e inclui poderes jurisdicionais, como a determinação de escutas, busca e apreensão e até a prisão preventiva, tudo a justificar que não possa ser desenvolvida pelo órgão acusatório. Não tem a natureza da nossa investigação policial que, na França, como vimos, é controlada e dirigida pelo Ministério Público, mediante subordinação direta da Polícia Judiciária. Ver o meu artigo “Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário”, *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, p. 143-155, 2005.

13 O juiz de instrução já foi considerado “o homem mais poderoso da França”, mas seu futuro é incerto. No início de 2009, o presidente Nicolas Sarkozy anunciou que pretende suprimi-lo, encarregando o *Parquet* do conjunto das investigações; a um juiz “da” instrução, caberia, a partir de então, apreciar e deferir/indeferir medidas mais gravosas requeridas pelo *Parquet*, porém não mais investigar. A proposta enfrentou grande resistência no meio jurídico, que considera que o Ministério Público na França carece de independência perante o Poder Executivo, razão pela qual saiu da pauta prioritária do governo.

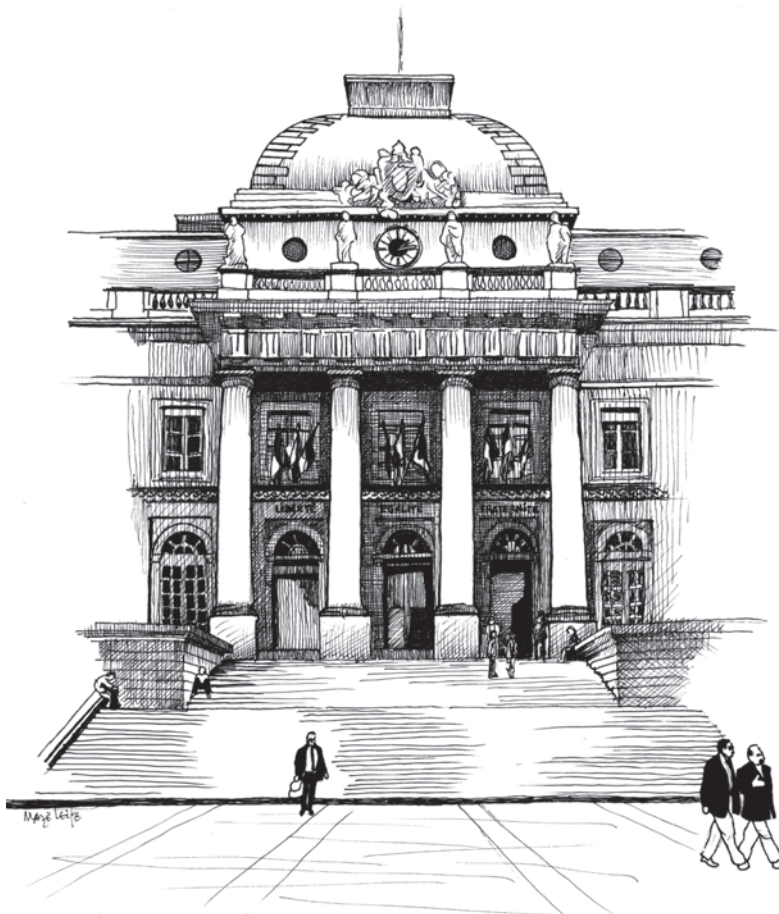
da instrução, o juiz pode decidir pelo *non lieu*, isto é, entender que não há crime ou elementos que justifiquem o prosseguimento do feito ou, por outro lado, enviar os autos para uma jurisdição de julgamento (como já visto, *Tribunal de Police*, *Correctionnel* ou *Cour d'Assises*). Tais jurisdições são encarregadas propriamente do julgamento e o pronunciam em audiência contínua, em que são ouvidos o acusado, a vítima, as testemunhas e as sustentações do Ministério Público, do assistente de acusação (*partie civile*) e da defesa.

2. O foro privilegiado na França.

Já familiarizados com o processo penal francês e com a organização do Poder Judiciário naquele país, poderemos apreender com mais profundidade os dispositivos que garantem – ou não – privilégios de jurisdição (foro privilegiado) ou imunidades ao presidente da República, aos membros do governo, a deputados e senadores e demais autoridades.

2.1. Responsabilidade penal do presidente da República.

A redação anterior do artigo 68 da Constituição francesa deu margem a interpretações divergentes. O *Conseil Constitutionnel* entendia que o presidente dispunha de um *privilège de juridiction*, só podendo ser acusado perante a *Haute Cour de Justice*, instituída pelo artigo 67 e formada por deputados e senadores. Já a *Cour de Cassation* fez leitura diversa do artigo, no *arrêt Breisacher* (10/10/2001), entendendo que a *Haute Cour* só tinha competência para a *haute trahison*; para as demais infrações, anteriores ao man-



dato ou praticadas durante ele, a competência seria do juiz penal ordinário, mas a perseguição não podia ter início ou continuidade durante o mandato, ficando suspensos os prazos prescricionais.¹⁴

A reforma constitucional de 23 de fevereiro de 2007, baseada nos trabalhos da *Comission Avril*, instituída ainda em 2002, veio esclarecer a questão, optando pelo caminho aventado pela *Cour de Cassation*. Com efeito, pela nova redação dos artigos 67 e 68,

¹⁴ A polêmica teve início em 1999, durante a presidência de Jacques Chirac, quando uma investigação do juiz Patrick Desmure apontava a responsabilidade do presidente no caso dos “empregos fictícios” criados na prefeitura de Paris quando Chirac fora prefeito. De acordo com a manifestação do *Parquet*, o juiz declarou-se incompetente, considerando que a competência incumbia à *Haute Cour de Justice*.

a *Haute Cour de Justice* continua existindo, mas seu julgamento é de natureza política, podendo levar à destituição do presidente. Trata-se do *impeachment*, uma novidade no constitucionalismo francês. Nesse sentido, a própria figura da alta traição foi deixada de lado e substituída pela “falta com os deveres do cargo incompatível com o exercício do mandato”.

Em relação às infrações penais, o presidente beneficia-se de uma imunidade temporária. Durante o mandato, não pode ser acionado nem cível, nem penalmente, nem ser indiciado, ficando suspensos todos os prazos prescricionais. As investigações e ações podem ser retomadas um mês depois da expiração do mandato.

Pode-se considerar que o *statut pénal du président de la République* não comporta um privilégio de jurisdição ou foro privilegiado. As medidas ficam paralisadas durante o mandato, mas quando este se encerra, a competência é das autoridades penais do primeiro grau de jurisdição. O mesmo não acontece com o primeiro-ministro e membros do governo.

2.2. Os membros do governo (primeiro-ministro e ministros).

Os membros do governo, dentre os quais, no regime parlamentarista francês, não se inclui o presidente da República, mas apenas o primeiro-ministro e os demais ministros, até 1993, eram também julgados pela *Haute Cour de Justice*. Contudo, no contexto do *affaire du sang contaminé*,¹⁵ em 27 de julho daquele ano, foi aprovada uma reforma constitucional criando um novo órgão jurisdicional, a *Cour de Justice de la République*. Estima-se que houve uma “desparlamentarização” em relação ao regime anterior, tornan-

do mais factível a responsabilização penal dos membros do governo.

A *Cour de Justice de la République* é composta por quinze juízes, sendo doze parlamentares (seis da Assembleia e seis senadores) e três membros da *Cour de Cassation*. O Ministério Público no órgão é representado pelo procurador-geral da Corte de Cassação.

Existe uma *comission de rêquetes* formada por magistrados da *Cour de Cassation*, que pode ser provocada pelas vítimas de um crime ou delito ou pelo procurador-geral. A comissão faz uma primeira análise da *notitia*, promove seu arquivamento ou a transmite ao procurador-geral, que decide se provoca a *Cour de Justice de la République*. Fazendo-o, entra em cena uma outra comissão, igualmente formada por juízes da *Cour de Cassation*, agora encarregada da instrução; após a apuração, a comissão pode decidir pelo arquivamento (*non lieu*) ou pela remessa (*renvoi*) à *Cour*, que promoverá o julgamento do caso, seus juízes decidindo por voto secreto, como no júri.

Trata-se, pois, de um *privilège de juridiction*, autêntico foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado, na dicção do Direito brasileiro. Contudo, deve-se ressaltar que tal hipótese restringe-se aos atos praticados *dans l'exercice des fonctions*, isto é, não abrange as infrações penais dissociadas do exercício das funções e muito menos aquelas praticadas antes do exercício do cargo. Assinala-se uma jurisprudência ainda mais restritiva da *Cour de Cassation* (*Arrêt Carignon*, de 26 de junho de 1995), considerando que o privilégio restringe-se às infrações *directamente* ligadas ao exercício do cargo, e não apenas cometidas por ocasião desse exercício.

Assinale-se que, cessado o exercício das funções, o membro do governo continua a gozar do privilégio de jurisdição, nos limites já mencionados.

2.3. Deputados e senadores.

Os deputados e senadores franceses não gozam de foro por prerrogativa de função, à

15 Imputou-se a algumas autoridades, incluindo o ex-primeiro-ministro socialista Laurent Fabius, a responsabilidade por transfusões de sangue contaminado pelo vírus da AIDS na década de oitenta. Os ministros foram absolvidos pela *Cour de Justice de la République*, à exceção de Edmond Hervé, secretário de Estado da Saúde, cuja pena foi dispensada.

exceção, como já visto, daqueles que integram o governo.

Desfrutam, contudo, como os parlamentares brasileiros, das chamadas imunidades material e formal, definidas no artigo 26 da Constituição da França. A imunidade material é tida como uma *irresponsabilité* pelas opiniões e votos emitidos na condição de parlamentar.

A imunidade formal, chamada na França de *inviolabilité*, apresenta um modelo que muito se aproxima do brasileiro, sobretudo após o advento da Emenda Constitucional nº 35/2001.

O parlamentar francês somente pode ser preso com licença da mesa da casa legislativa. Essa garantia não vale, contudo, para a prisão em flagrante por crime ou delito, nem para a condenação definitiva. Não se faz necessário submeter a prisão em flagrante à deliberação da casa legislativa, como no Brasil.

As investigações e o processo, porém, podem ter curso normal perante o primeiro grau de jurisdição. O parlamentar pode ser indiciado, processado e julgado. O processo e as medidas privativas de liberdade podem, contudo, ser suspensos a pedido da casa legislativa a que pertença o parlamentar.¹⁶

2.4. Outras autoridades.

Até a reforma do processo penal de 1993, diversas autoridades gozavam de um *privilège de juridiction*. Segundo o artigo 681 do Código de Processo Penal, então revogado, quando tais autoridades pudessem ser indiciadas ou acusadas de um crime ou delito ligado ao exercício de suas funções, o procurador da República devia dirigir-se de imediato à câmara criminal da *Cour de Cassation*, que, por sua vez, designava uma câmara criminal de uma *Cour d'Appel* para proceder à instrução.

Quando o crime ou delito não estivesse

sem ligados ao exercício das funções, segundo o artigo 679, também revogado, a *Cour de Cassation* também designava a jurisdição de instrução.

Beneficiavam-se desses dispositivos, não mais em vigor, as seguintes autoridades: membros do *Conseil d'État*, da *Cour de Cassation*, da *Cour de Comptes*, o *préfet*, o *maire* (prefeito), juízes e membros do Ministério Público, juízes administrativos.

3. Conclusões.

Podemos considerar que o tratamento francês da questão do foro privilegiado revela a tensão entre dois princípios, duas ideias sempre presentes na vida política desse país.

De um lado, a força do poder propriamente político, advindo do voto popular, com um laivo de resistência em relação às autoridades judiciárias. Assim, na previsão constitucional original, tanto o presidente da República quanto os membros do governo estavam sujeitos ao julgamento da *Haute Cour*, formada exclusivamente no âmbito do Parlamento.

No entanto, os escândalos financeiros da década de 1990 e a escalada internacional da corrupção fortaleceram outro princípio muito caro à democracia francesa, o da igualdade entre os cidadãos, levando a mudanças na legislação e na própria Constituição, no sentido de facilitar a responsabilização dos governantes.

Assim, foi resolvida, mediante reforma constitucional, a questão do estatuto penal do presidente da República, conferindo-se-lhe uma imunidade absoluta, mas temporária, diante da justiça penal. Findo o mandato, o presidente poderá ser alvo de investigações e processos, com curso nas instâncias penais ordinárias, de primeiro grau.

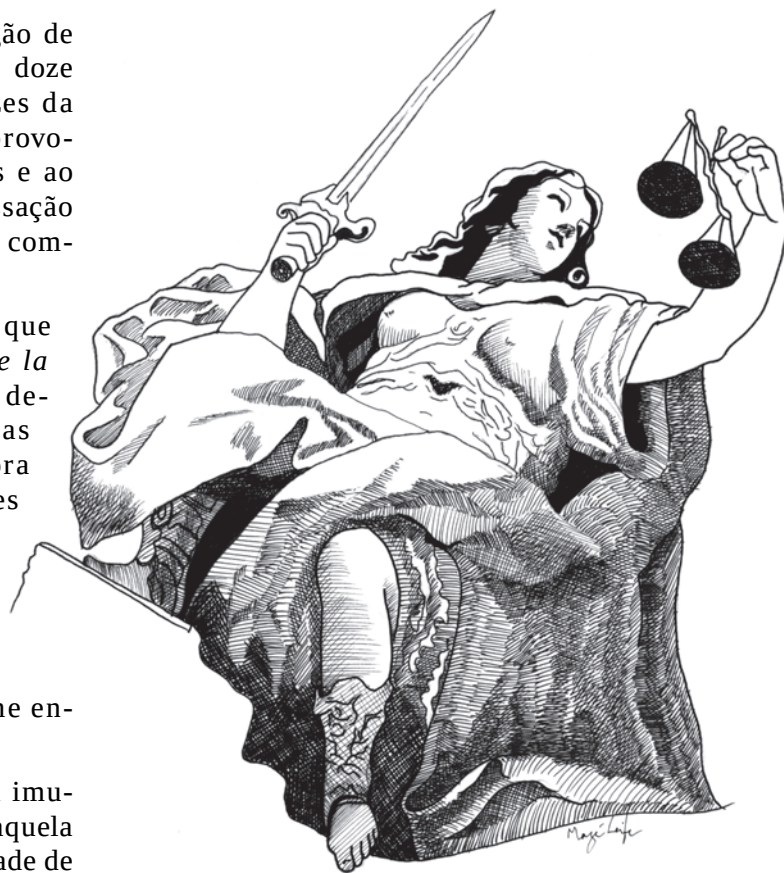
A solução encontrada para o primeiro-ministro e os membros do governo foi outra. Concedeu-se-lhes um foro privilegiado, a

16 "La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert" (art. 26 da Constituição).

Cour de Justice de la République, órgão de composição majoritariamente política: doze deputados, doze senadores e três juízes da *Cour de Cassation*. Apesar disso, a provocação da *Cour* está aberta às vítimas e ao procurador-geral junto à Corte de Cassação e a instrução compete a uma comissão composta exclusivamente por juízes.

Outro aspecto a ser destacado é que a competência da *Cour de Justice de la République* é limitada aos crimes e delitos que tenham relação direta com as funções exercidas. Portanto, estão fora do privilégio de jurisdição as infrações penais anteriores ao exercício do cargo e aquelas que não tenham ligação com a função – no que o foro privilegiado ganha uma dimensão mais restrita que no Brasil, onde esta previsão alcança todo e qualquer crime enquanto durar o mandato.

Em relação aos parlamentares, a imunidade material e formal é semelhante àquela existente no Brasil, havendo a possibilidade de a casa legislativa suspender os processos em curso. Contudo, os parlamentares franceses, com exceção dos membros do governo, não dispõem de foro privilegiado e são investigados e julgados pelas instâncias de primeiro grau da justiça penal.



Por fim, atualmente, não desfrutam de foro privilegiado nem prefeitos, nem juízes, mesmo os dos tribunais superiores, nem os membros do Ministério Público.

Quadro comparativo do foro privilegiado entre o Brasil e a França

	BRASIL		FRANÇA	
	Foro privilegiado	Imunidade	Foro privilegiado	Imunidade
Presidente da República	Sim (STF).	- Não pode durante o mandato ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções. - Pode ser processado no curso do mandato por crimes associados ao exercício das funções, desde que haja autorização da Câmara dos Deputados.	Não (A <i>Haute Cour</i> tem competência apenas para o <i>impeachment</i>).	- Não pode sofrer qualquer processo durante o curso do mandato. A prescrição fica suspensa e os processos podem correr normalmente após cessação das funções, perante o primeiro grau de jurisdição.
Membros do governo (primeiro-ministro e ministros)	Sim (STF). - Abrange qualquer infração penal, mesmo anterior ou dissociada do exercício do cargo. - Não subsiste após cessação das funções.	Não.	Sim (<i>Cour de Justice de la République</i>). - Restrita às infrações ligadas ao exercício do cargo. - Não abrange infrações anteriores ou dissociadas das funções. - Persiste após cessação das funções.	Não.
Deputados e senadores	Sim (STF). - Abrange qualquer infração penal, mesmo anterior ou dissociada do exercício do cargo. - Não subsiste após cessação das funções.	- Imunidade material (opiniões, votos). - Imunidade formal: não pode ser preso, salvo flagrante delito; o processo penal pode ser suspenso pela casa legislativa.	Não (investigados e processados pelas instâncias ordinárias).	- Imunidade material (opiniões, votos). - Imunidade formal: não pode ser preso, salvo flagrante delito, autorização da casa legislativa ou condenação definitiva; o processo penal pode ser suspenso pela casa legislativa.
Prefeitos (maires)	Sim (Tribunal de Justiça).	Não.	Não.	Não.
Juizes (de todos os níveis)	Sim (TJ, TRF, TRE, STJ, TSE, STM, STF).	Não.	Não.	Não.
Membros do Ministério Público (de todos os níveis)	Sim (TJ, TRF, TRE, STJ, TSE, STM, STF).	Não.	Não.	Não.

Referências.

COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2009. 2 v.

COUR de Justice de la Republique. *Wikipédia*. Disponível em: <[http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_de_justice_de_la_R%C3%A9publique_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_de_justice_de_la_R%C3%A9publique_(France))>. Acesso em: 31 jan. 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, p. 143-155, 2005.

IMUNITÉ parlementaire em France. *Wikipédia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Immunit%C3%A9_parlementaire_en_France>. Acesso em: 31 jan. 2010.

LARGUIER, Jean. *La procédure pénale*. 13. ed. Paris: PUF, 2007.

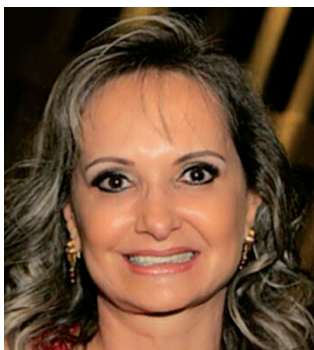
RASSAT, Michèle Laure. *La justice em France*. Paris: PUF, 1985.

ROUSSILLON, Henry. *Le conseil constitutionnel*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

STATUT penal du president de la republique. *Wikipédia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Statut_p%C3%A9nal_du_pr%C3%A9sident_de_la_R%C3%A9publique_fran%C3%A7aise>. Acesso em: 31 jan. 2010.

WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 22. ed. Paris: PUF, 2008.

Minimalismo judicial: conceitos e reflexões



Eliana Borges de Mello Marcelo

Juíza Federal. Mestranda em Direito pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características do minimalismo. 3. O que é minimalismo. 4. Categorias de minimalismo. 5. Exemplos de decisões minimalistas e maximalistas. 6. Constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O presente trabalho não tem, nem de longe, a intenção de ser uma pesquisa completa sobre o tema de minimalismo judicial. Ele consiste apenas em resultado da análise e resumo do estudo de alguns interessantes artigos sobre o assunto, contendo posições de seus autores e, algumas vezes, acrescido de opiniões próprias concernentes à realidade brasileira.

Diga-se de passagem, que o minimalismo trata-se de uma teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América e defendida veementemente por Cass R. Sunstein, professor de Direito da Universidade de Harvard, ex-professor da Faculdade de Direito de Chicago e autor de muitos artigos sobre direito constitucional, direito administrativo e direito ambiental.¹ Suas ideias são reconhecidas

como inovadoras e proficientes nos meios acadêmicos norte-americano e europeu, embora não muito conhecidas no Brasil.² Não seria verídico afirmar que o minimalismo judicial é uma “invenção” do Professor Sunstein, já que, na prática, ele tem sido usado nos meios acadêmicos e jurídicos americanos, embora sem essa denominação, desde 1893, através de artigo escrito pelo Professor James Bradley Thayer.³ Em 1905, com o Juiz Holmes, da

courts are wrong for America” (2005), “Burkean minimalism” (105 Michigan Law Review, p. 353, 2006), “Incompletely theorizes agreements” (108 Harvard Law Review, p. 1733, 1995), “Problems with rules” (83 Calif. Law Review, p. 953, 1995), “Second - order perfectionism” (75 Fordham Law Review, p. 2867, 2007), “Leaving things undecided” (110 Harvard Law Review, p. 4, 1996).

2 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 14.

3 John David Ohlendorf mencionando artigo de David Luban “Justice holmes and the metaphysics of judicial restraint” (1994), no qual cita o artigo de James Bradley

1 Dentre os trabalhos publicados por Sunstein destacamos: “One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court” (1999), “Radical in Robes: why extreme right - wing

Suprema Corte, esse conceito tomou corpo, ao batalhar contra a doutrina do “due process” econômico e dos excessos da Corte conservadora, sendo seguido pelo Juiz Brandeis que, em 1936, aplicou a tática minimalista ao caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. Em 1992, o Professor Alexander Bickel aprofundou e expandiu o argumento de restrição à atuação da Corte, em seu livro “The least dangerous branch”. De acordo com o próprio Sunstein (em “The smallest court”), o credo minimalista foi estabelecido pelo Juiz Felix Frankfurter, em 1943, num caso de detenção de três homens obrigados a confessar o assassinato de um agente federal, sem poder exercer seus direitos de defesa.⁴ Com base nesses antecedentes o Professor Sunstein, acrescentando novas ideias, conseguiu teorizar, de forma profunda, esse tema bastante atual e palpitante.

Em contraposição ao Professor Sunstein, há outros pensamentos diametralmente opostos, como é o caso de Robert Post e Reva Siegel, professores da Yale Law School, de Neil S. Siegel, professor de ciência legal e política da Duke University, e de John David Ohlendorf,⁵ cujos principais pontos serão aqui abordados, embora superficialmente.

O principal objetivo deste estudo é demonstrar com clareza o que é realmente o minimalismo, segundo algumas interpretações, seus meandros e subdivisões, sua aplicabilidade e consequências, utilizando

exemplos de casos concretos para melhor compreensão do tema. Embora se trate de uma teoria ou doutrina americana, onde a cultura e tradições são muito diferentes da brasileira, tentaremos, ao final, associar casos relativos à nossa realidade.

Cabe ainda enfatizar que a teoria do Professor Sunstein é direcionada às decisões da Suprema Corte Americana, embora haja menções, por alguns autores, de extensão às cortes menores.

É importante apontar, antecipadamente, os diferentes termos usados indistintamente, por vários autores dos artigos referenciados neste trabalho, como sinônimos de minimalismo: “minimalismo”, “minimalismo judicial”, “minimalismo decisional” (Sunstein), “humildade judicial”, “restrição judicial” (John David Ohlendorf). Ainda, sobre a qualificação o minimalismo judicial, é chamado de “teoria”, “doutrina”, “tese”, “tema”, “meta doutrina”, “fenômeno” e “tática”.

2. Características do minimalismo.

“Minimalismo judicial” ou “minimalismo decisional” é o fenômeno de dizer somente o que é necessário para justificar uma decisão,⁶ deixando em aberto, na medida do

Thayer “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, na Harvard Law Review, em 1893. (OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1139.)

4 Neil S. Siegel mencionando Sunstein (“The smallest court”) a respeito do caso *Mc Nabb v. United States* citando a frase do Juiz Frankfurter: “The history of liberty has been largely the history of the observance of procedural safeguards”. (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1954.)

5 OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008.

6 Pensando em minimalismo como uma decisão concisa e absolutamente pertinente para declarar um direito, rememorei uma passagem bíblica, pela qual o Rei Salomão, respeitado por sua sabedoria à época (em Israel aproximadamente 900 a.C.), nos seus quarenta anos de reinado, tomou uma difícil decisão, que lhe foi submetida por duas mulheres que se dirigiram ao seu palácio para reivindicar a maternidade de uma criança. Em síntese “Duas mulheres tiveram filhos juntos, um dos filhos morreu e a mãe do que morreu, pegou a (sic) da outra mãe. De manhã, ela percebeu que aquele que tinha morrido não era seu filho e começaram a discutir. Foram até o palácio do Rei Salomão e contaram-lhe a história. Ele mandou chamar um dos guardas e lhe ordenou: ‘Corte o bebê ao meio e dê um pedaço para cada uma’. Falado isso, uma das mães começou a chorar e disse: ‘Não, eu prefiro ver meu filho nos braços de outra do que morto nos meus’, enquanto a outra disse: ‘Pra mim é justo’. Salomão, reconhecendo a mãe na primeira mulher, mandou que lhe entregassem o filho”. Embora essa decisão tenha se revelado impactante, mostra-se bastante didática, considere-a como justa, porém referida postura foi extremamente minimalista. (BÍBLIA

possível, as questões mais fundamentais.⁷

As decisões minimalistas encontram sua razão de ser na objetividade, como bem pontuado por André Ramos Tavares:

de Genebra. 2. ed. rev. e ampl. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Salom%C3%A3o#cite_note-14>.)

7 “Com vistas a identificar o efeito produzido pelas pressões do grupo e pela ideologia do julgador em seus julgamentos, Sunstein (2006) examinou centenas de decisões prolatadas em cortes federais americanas, compostas por câmaras de três juízes indicados politicamente. Os casos tomados para análise versavam sobre algumas das questões mais polêmicas do Direito e da política, tais como aborto, pena de morte, ações afirmativas, regulação de financiamento de campanhas, proteção ambiental e direitos dos homossexuais. O estudo considerou três hipóteses: a) é relevante o fato de o juiz ter sido apontado por um presidente republicano ou democrata. Os indicados por presidentes republicanos assumem um padrão mais conservador de julgamento, enquanto que os indicados por presidentes democratas são mais liberais; b) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amortecida se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com inclinações políticas distintas da sua. Por exemplo, é improvável que um democrata assuma um padrão liberal de votação se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos; c) a inclinação ideológica de um juiz tende a ser amplificada se ele integra uma câmara julgadora composta por outros dois juízes com as mesmas inclinações políticas que a sua. Por exemplo, um juiz republicano inclina-se a um padrão de julgamento mais conservador se estiver acompanhado de outros dois juízes republicanos. As hipóteses foram, em sua generalidade, confirmadas, levando o autor a concluir que as tendências ideológicas, assim como as mudanças ideológicas que operam dentro dos tribunais ao longo do tempo estão relacionadas, em um elevado grau, com o percentual de indicações feitas pelos presidentes republicanos e democratas. Apenas dois exemplos contrariaram as conclusões aqui apontadas, e dizem respeito às questões que envolvem aborto e pena de morte. Essas são questões em que a filiação partidária possui grande expressão já que republicanos e democratas divergem, em profundidade. Nessas áreas, se observou pouca ou nenhuma evidência tanto de amplificação ideológica quanto de amortecimento ideológico. Ou seja, os julgamentos dos juízes não foram afetados pela composição das turmas. Esse padrão de votação, livre das influências do grupo não foi identificado em nenhuma outra área do direito. A hipótese levantada por Sunstein (2003) é que nessas áreas as convicções dos julgadores são extremamente fortes e por isso os juízes não se deixam influenciar pelas opiniões de seus pares”. (DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 121, nota 203.)

Tem-se formado uma concepção bastante estrita no campo do processo objetivo, que lhe confere certa particularidade na aplicação do Direito.

É amplamente aceita a tese de que o Tribunal Constitucional deve manifestar-se, em suas decisões, salvo no estritamente necessário para apresentar a solução para o caso apreciado. Pretende-se que o Tribunal não avance em matérias (jurídicas) cuja abordagem é desnecessária naquele momento. É o que se conhece como “decisão mínima” (Sola 2001: 224).

Não se pode deixar de considerar que essa atitude tem, na base, uma espécie de contenção da Justiça Constitucional (*self-restraint*). Ela opera não por força do princípio da provocação, mas sim por princípio de autocontenção. Não significa apenas que o Tribunal não deve avançar sua apreciação para leis ou atos não impugnados inicialmente, mas que igualmente deve conter o avanço a argumentos e raciocínios que não sejam necessários para alcançar a solução apresentada.

Assim, *v. g.*, evita-se o desenvolvimento total de um princípio que esteja sendo analisado em particular, evitando que se cometam equívocos que, no futuro, impeçam ou prejudiquem uma decisão mais para outras hipóteses não cogitadas inicialmente.⁸

As decisões minimalistas (...) se traduzem em acordos parcialmente teorizados e envolvem duas características próprias – são estreitas e superficiais.⁹

Estreita quer significar não estabelecer regras amplas e gerais para solucionar casos futuros. Adaptando à nossa realidade

8 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 430.

9 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122.

podemos citar como um contraexemplo de minimalismo a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF,¹⁰ proposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que julgou improcedente o pedido formulado, porém, pretendeu decidir, ao mesmo tempo, todas as questões subjacentes ao tema, tais como o conteúdo do princípio da dignidade humana, o valor do início da vida humana merecedora da tutela constitucional, a distinção entre embrião gerado naturalmente e embrião fertilizado *in vitro* para fins de caracterização de aborto, direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia com relação ao planejamento familiar. É uma decisão maximalista. Um exemplo direto de minimalismo da Suprema Corte Norte Americana é o caso *United States v. Virginia*,¹¹ de 1996, em que foi impedida a exclusão de mulheres dos cursos do Instituto Militar da Virgínia. A decisão é estreita e, portanto, minimalista porque se recusou a dizer muito sobre a questão da segregação dos sexos na solução.

Superficial, por sua vez, significa preservar a essencialidade do que se discute, ou seja, ater-se o julgador às questões significativas para o deslinde da causa, atentando-se para os princípios fundamentais, sem deixar que sua essência seja perdida pela controvérsia que se instaura nas relações processuais. Apesar da discordância sobre questões profundas (cujas discussões são evitadas), tenta-se a convergência sobre uma decisão particular, facilitando até o atingimento de acordo quando possível. Com muita propriedade Destri pontuou:

Com relação ao aspecto da superficialidade, os juízes minimalistas geralmente tentam evitar discussões sobre o alcance e o significado de princípios fundamentais. Eles desejam simplesmente per-

mitir que pessoas que discordam sobre questões profundas possam convergir sobre uma decisão particular.

Ao se referir à superficialidade de uma decisão, Sunstein (2001b, p. 13) pretende enfatizar a possibilidade de julgamentos concretos em casos particulares, desacompanhados de fundamentos abstratos. “As decisões concretas não são embasadas em teorias abstratas, mas em argumentação menos ambiciosa acerca da qual as pessoas podem convergir a partir de fundamentos distintos”, ou até mesmo em face de incertezas sobre quais sejam os fundamentos mais apropriados. Trata-se de perceber a essencialidade dos acordos parcialmente teorizados para a realização do direito constitucional, especialmente quando se está diante de questões polêmicas e controvertidas. Vale dizer, ainda, que o recurso à abstração, algumas vezes, é “simplesmente desnecessário e fundamentos mais concretos, atraindo o acordo de pessoas com concepções distintas, é plenamente suficiente”. (SUNSTEIN, 2001b, p. 14).

Quando os desacordos teóricos são intensos e difíceis de mediar e as crenças dos julgadores são pontos fixos, os tribunais geralmente são exitosos em minimizar esses desacordos, e o fazem por meio de uma espécie de regressão.¹²

Uma decisão pode ser minimalista sob certos aspectos e não minimalista sobre outros, dependendo do grau de estreiteza ou amplitude e de superficialidade ou profundidade. Deve-se mencionar, ainda, que uma decisão pode não nascer minimalista e ser considerada como tal pelos seus receptores do sistema legal e vice-versa.

Duas diretrizes básicas importam a teoria minimalista (com as quais não concordamos inteiramente, assim como vários outros professores americanos), assunto que abordaremos mais adiante:

¹⁰ *Ibidem*, p. 122, nota 206.

¹¹ *Ibidem*, p. 122, nota 207.

¹² *Ibidem*, p. 123.

- uma decisão é menos legítima do ponto de vista democrático quando prolatada pelo Judiciário do que quando tomada pelo Legislativo;

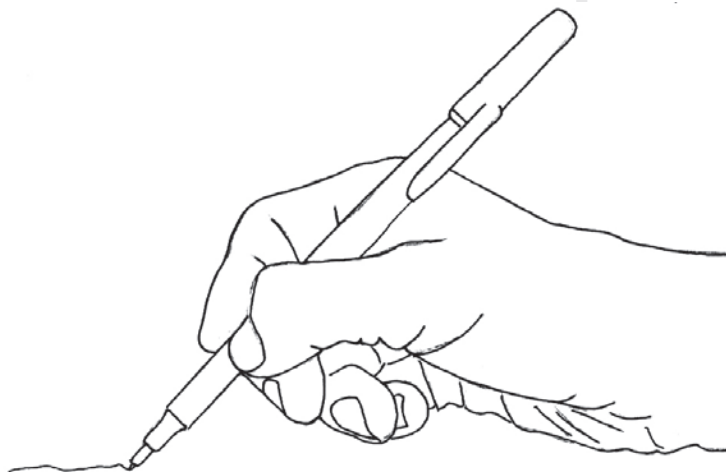
- os tribunais são menos capacitados para decidir sobre direitos constitucionais do que órgãos políticos.

Nesse ponto o minimalismo de Sunstein se relaciona com as “virtudes passivas” de Bickel, as quais funcionam como “limitadores das situações de interferência do Judiciário nos processos políticos, minimizando a presença deste poder na vida pública”.¹³

Bickel qualifica o Poder Judiciário como o mais apto para o controle de atos praticados pelo Legislativo e pelo Executivo, em função de seu isolamento em relação à pressão e à opinião pública, o que é refutado por Sunstein. As virtudes passivas de Bickel, adotadas por Sunstein, seriam uma proteção contra o risco de o Judiciário envolver-se demasiadamente nas disputas políticas, utilizando abusivamente seu poder e minando a sua própria legitimidade.

Em artigo publicado no *University of Pennsylvania Law Review*, Benjamin S. Softness tece comentários sobre o minimalismo defendido pelo Professor Sunstein que assim traduzimos:

Eu não necessariamente discordo com essa questão do minimalismo, mas eu penso que ele é incompleto. Minimalismo não facilita inovação doutrinal em uma dada área da lei. A meu ver, a Corte algumas vezes edita regras minimalistas no sentido de preservar sua habilidade de desenvolver doutrina de alguma forma. A habilidade da Corte de dizer “o que é a lei” depende inteiramente de sua credibilidade institucional – credibilidade que corre o risco quando a Corte traça regras sobre tópicos controversos. Assim, em certos casos “quentes”, quando a Corte necessita assumir determi-



nações legais controversas, ela o faz em terreno estreito de forma a preservar o seu poder institucional. Eu chamo essa abordagem de *minimalismo de preservação do poder*.¹⁴

Ainda, consoante Softness,¹⁵ as razões pelas quais as Cortes exercem o minimalismo judicial, quando se deparam com questões de interesse nacional, vão além daquela única apontada por Sunstein no caso *Heller*, ou

14 “I do not necessarily disagree with this account of minimalism, but I think it is incomplete. Minimalism does not only facilitate doctrinal innovation in a given area of the law. On my account, the Court sometimes issues minimalist rulings in order to preserve its ability to develop doctrine *at all*. The Court’s ability to ‘say what the law is’¹⁶ depends entirely on its institutional credibility—credibility that is risked when the Court rules on controversial topics. Thus, in certain ‘hot-button’ cases, when the Court is required to make a controversial legal determination, it does so on narrow grounds in order to preserve its institutional power. I call this approach ‘power-preserving minimalism’.” (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 625-626.)

15 “Professor Sunstein’s account of *Heller* briefly touches upon one reason courts exercise judicial minimalism when faced with issues of national interest: they want to provide a starting point for doctrinal shifts. But that is not the only motivation for minimalism. In addition to doctrinal shifts, this Section explores two other forces that might lead courts to minimalist rulings. First, there is the argument that courts simply *ought* to exercise restraint as a matter of democratic principle. Second, as Sunstein mentions, courts might use minimalism to set up future doctrinal shifts. Finally, courts use minimalism as a way to preserve power when forced to make controversial or potentially unpopular decisions”. (*Ibidem*, p. 634.)

13 *Ibidem*, p. 140.

seja, implantar um ponto inicial de mudanças doutrinárias. Então Softness acrescenta duas outras forças que podem levar ao minimalismo: princípios democráticos e preservação do poder.

3. O que é minimalismo.

De acordo com o Professor Neil S. Siegel, em sua publicação no *Michigan Law Review*, o Professor Cass R. Sunstein não define com precisão o que significa o termo minimalismo e, “de fato, ele é notoriamente ambíguo” sobre isso.

Sua teoria é conceitualmente instável. Em alguns pontos na exposição do Prof. Sunstein, minimalismo parece ser a teoria da posição institucional da Suprema Corte, talvez esperando receber mais informações ou é tão dividida que não pode resolver o caso ou está ligada a considerações estratégicas pendendo da possibilidade de reações públicas adversas. Por todas essas razões pode ser prudente esperar.¹⁶

Essa teoria da posição institucional da Corte segue a linha de Alexander Bickel que enfoca o papel da Corte em decidir ou não decidir casos.¹⁷ Expresso como uma conta institucional, minimalismo parece ser uma generalização da teoria bickeliana das “virtudes passivas” estabelecendo não somente a questão “quando” a Corte deve decidir certas

questões controversas, mas também “como”. De fato, o Professor Sunstein escreve que:

(...) quando o juiz minimalista deseja promover objetivos democráticos, enquanto reconhece o pluralismo social, o projeto minimalista é facilmente ligado a uma ideia de “virtudes passivas”, como discutido por Alexander Bickel.¹⁸

O minimalismo, concebido como teoria da posição institucional da Corte, é, às vezes, apresentado como uma teoria de expressão escrita que promove decisões “estreitas e superficiais” advindo delas certos benefícios como minimização do custo, da decisão e dos erros, promoção de deliberação democrática, sobreposição de consenso e redução de profunda teorização de fortes proteções processuais.

Outras vezes, o minimalismo parece ser uma teoria substantiva de tomada de decisões na qual estão implícitos a minimização de custos, as virtudes de autogoverno democrático ao modo da teoria moderna republicana e o alcance da sobreposição de consenso. Ainda, em outras ocasiões, o minimalismo parece ser uma teoria substantiva de direitos, que realça a importância de fortes proteções processuais.¹⁹

Conforme relata o Professor Neil S. Siegel, no livro do Professor Sunstein “One case at a time” ele identifica minimalismo como “o fenômeno de não dizer mais do que o necessário para justificar uma decisão e deixar o máximo possível sem decidir” ou, em outras palavras, “solucionando as maiores questões do dia (...) o mais superficialmente possível” e tendo por requisitos que “acima de tudo (...) os procedimentos sejam legais, apropriados e justos”.²⁰

16 “Professor Sunstein is, in fact, notoriously ambiguous about what he means by ‘minimalism.’ His theory is conceptually unstable. At some points in Professor Sunstein’s exposition, minimalism appears to be a theory of the Supreme Court’s institutional position. He writes that ‘the denial of certiorari can be analyzed as a form of minimalism.’ ‘Perhaps,’ he suggests, ‘the Court wants to receive more information, is so divided that it could not resolve the case in any event, or is attuned to strategic considerations stemming from the likelihood of adverse public reactions. For all these reasons, it may be prudent to wait.’” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1957.)

17 *Ibidem*, p. 1957-1958.

18 *Ibidem*, p. 1963.

19 *Ibidem*, p. 1959.

20 Menção por Siegel do livro de Sunstein, “The Smallest Const.” (*Ibidem*, p. 1963.)

4. Categorias de minimalismo.

Segundo Softness são três as categorias do minimalismo:

4.1. minimalismo mandatório (*mandatory minimalism*);

4.2. minimalismo “porta de entrada” (*foot-in-the-door minimalism*);

4.3. minimalismo de preservação de poder.

4.1. Minimalismo mandatório.²¹

O minimalismo mandatório é aquele em que os juízes deferem o desejo político dos ramos democráticos do Governo com exceção daqueles cenários mais egrégios.

Um dos exemplos mais importantes é o caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, em que a Suprema Corte Americana invalidou, com base na Primeira Emenda Constitucional, a necessidade, imposta a todos os estudantes, de recitar o “Pledge of Allegiance”²² todas as manhãs na escola. Consoante o relator Felix Frankfurter, os juízes não têm justificativa em escrever suas noções privadas de política sobre a Constituição, que suas próprias opiniões sobre a sabedoria ou pecado de um lei deveriam ser totalmente

excluídas quando se chega a uma decisão e, ainda, que o mais longe que um juiz deve ir é considerar se o legislador poderia em plena razão ter promulgado tal lei. Para Frankfurter, os legisladores são os principais guardiões das liberdades em grau tão elevado quanto as Cortes.

Outro, mais moderno argumento para o minimalismo mandatório diz respeito às regras em tempo de guerra. Nesse sentido, o Professor Sunstein diz que as Cortes devem emitir regras estreitas e teorizadas incompletamente e isso evita intrusão excessiva no domínio do Executivo. Em outras palavras, a Corte deve deferir aos outros ramos do poder quando, como matéria prática, ela não está bem situada para decidir a questão.²³

4.2. Minimalismo “porta de entrada”.

O minimalismo também pode ser visto como estratégico. Entenda-se aqui a expressão traduzida do inglês “foot-in-the-door minimalism”, significando a abertura de uma porta, o primeiro passo para uma inovação doutrinal. Mencionadas por Softness, são duas as razões, de acordo com o Professor Sunstein, que podem levar a esse tipo de minimalismo:

Uma razão é a estratégia de litígio; se o objetivo é convencer a Corte a adotar um novo caminho, a melhor estratégia usualmente é encontrar algo ilegítimo e pedir à Corte para invalidá-lo de uma forma a deixar uma porta para expansão futura. E, se a Corte está iniciando uma

21 “Many theorists argue that judges must defer to the political will of the democratic branches except in the most egregious scenarios. Let us call this *mandatory minimalism*. A normative version of this view is perhaps best associated with Justice Felix Frankfurter, whose dissent in *West Virginia State Board of Education v. Barnette* was a paean to judicial minimalism and democratic values. In *Barnette*, the Court invalidated on First Amendment grounds West Virginia’s requirement that all students recite the Pledge of Allegiance each morning at school. Admonishing the Court for its ambition, Justice Frankfurter wrote that judges are ‘not justified in writing [their] private notions of policy into the Constitution’ and that their ‘own opinion[s] about the wisdom or evil of a law should be excluded altogether.’” (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 634-635.)

22 A versão moderna do “Pledge of Allegiance” é a seguinte: “I pledged allegiance for the flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under Good, indivisible, with liberty and justice for all.”

23 “There are other, more modern arguments for mandatory minimalism that focus on its practical virtues. For instance, with respect to wartime rulings, Professor Sunstein has argued that courts should issue ‘narrow, incompletely theorized’ rulings as to executive war powers. This practice, he says, ‘avoid[s] excessive intrusions into the executive domain.’ Moreover, it errs on the side of nonintervention in a situation where a court invariably has incomplete knowledge. In other words, a court should defer to the other branches when, as a practical matter, the court is not well situated to decide the question before it”. (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 635.)

nova via para potenciais invalidações, é provável começar estreitamente e de forma a não ficar mau com as convicções do público.²⁴

Heller v. District of Columbia pode ser um exemplo desse tipo de minimalismo. Trata-se de uma ação proposta em 2008, contra uma lei de Washington, D.C., que propunha limites estritos à posse de armas no Distrito de Columbia, buscando definição do escopo da Segunda Emenda Constitucional Americana²⁵ sobre o direito de possuir armas. A Corte concluiu que ela protege o direito individual de posse de arma e invalidou a lei do Distrito de Columbia, embora assegurando que a Constituição deixa “uma variedade de ferramentas para combater” a violência armada. *Heller* empregou sem dúvida o minimalismo de porta de entrada, pois, em “casos subsequentes a Corte expandiu o direito à privacidade de proteger uma crescente esfera de atividades por regulação do estado”.²⁶ Além disso, nesse caso, a Corte Suprema sinalizou que visitaria

o tema futuramente, como, de fato, ocorreu no caso *McDonald v. City of Chicago*, dois anos mais tarde (2010), no qual “proibiram a posse de armas de fogo não registradas e o registro da maior parte das pistolas de mão, assim banindo sua posse”.²⁷

4.3. Minimalismo de preservação do poder.

Uma terceira motivação para a Corte empregar o minimalismo é o desejo de preservar a supremacia judicial sobre a interpretação constitucional, o que Softness chama de “minimalismo de preservação do poder”.²⁸

Aliás, essa supremacia judicial é fruto da história, é resultado da confiança do povo nos membros da Suprema Corte, pela sua competência, seriedade e apartidarismo, fazendo deles os mais sérios e qualificados guardiões da Constituição. Softness, trazendo ao texto citação de Alexander Hamilton, diz: “nem força nem desejo, mas meramente julgamento” para se referir ao fato de que a Suprema Corte “não possui exército com o qual poderia impor sua vontade”, a própria Constituição não lhe garante essa supremacia, esse poder de revisão. Ela “depende da ajuda do Poder Executivo, mesmo para a eficácia dos seus julgamentos”.²⁹ É importante que os outros dois ramos da árvore democrática cumpram as decisões judiciais e eles normalmente o fazem, pois são eleitos pelo povo que crê no Judiciário.

Por isso, “quando a Corte percebe um caso particular ameaçando sua influência,

24 “Let us call this *foot-in-the-door minimalism*. Sunstein suggests two reasons why the Court might begin a long judicial journey with a single, fairly small step: One reason is sensible litigation strategy; if the goal is to convince the Court to embark on a new path, the best strategy is usually to find an outlier and ask the Court to invalidate it in a way that leaves a door for future expansion. And if the Court itself is initiating a new avenue for potential invalidations, it is likely to begin narrowly and in a way that does not fit badly with public convictions. Sunstein suggests that *Heller* could be an example of this kind of minimalism. If it is, then his comparison to *Griswold* holds up well. *Griswold* held narrowly that the Connecticut prohibition on the use of contraception irreconcilably conflicted with ‘the notions of privacy surrounding the marriage relationship.’ The Court did not address the constitutionality of banning the purchase or sale of contraception, nor of the right of unmarried persons to use it. Nevertheless, in subsequent holdings, the Court expanded the right to privacy to protect a growing sphere of activity from state regulation”. (*Ibidem*, p. 636.)

25 A Segunda Emenda inclui: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the People to keep and bear Arms, shall not be infringed”. U.S. Const. amend. II.

26 “Nevertheless, in subsequent holdings, the Court expanded the right to privacy to protect a growing sphere of activity from state regulation”. (SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 636.)

27 “The Court characterized the laws as similar to the ones in *Heller*, because they prohibited possession of an unregistered firearm and ‘prohibit[ed] registration of most handguns, thus effectively banning handgun possession’.” (*Ibidem*, p. 630.)

28 “There is a third factor that has, at times, motivated the Court to employ minimalism: its desire to preserve judicial supremacy over constitutional interpretation”. (*Ibidem*, p. 637.)

29 “Indeed, as Alexander Hamilton said, the Judiciary is the only branch of government that has ‘neither FORCE nor WILL but merely judgment’. It ‘ultimately depend[s] upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments’. Judicial supremacy, then, is entirely the result of – and dependent upon – the coordinate branches ‘compliance with judicial decisions’.” (*Ibidem*, p. 638.)

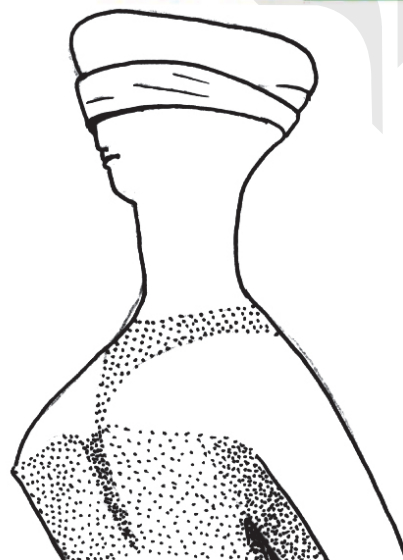
ela pode decidir o caso com deliberada visão no sentido de preservar seu próprio poder”,³⁰ escolhendo para isso o minimalismo “como ferramenta judicial apropriada para dar efeito ao seu desejo”.³¹

Segundo Softness, o minimalismo de preservação é mais apropriado quando:

- o caso é importante e preocupante ao público;
- a opinião pública é dividida;
- a Corte se sente legalmente compelida a decidir contra o Estado.³²

Então, a Corte declina da utilização total de sua autoridade, preservando-a dessa forma. Ainda, Softness sustenta que o minimalismo de preservação de poder não é inconsistente com o minimalismo porta de entrada. Enquanto este envolve “pequenos desvios doutrinários numa dada área da lei (como privacidade na Segunda Emenda) pode criar uma oportunidade para a Corte evoluir essa doutrina mais significativamente com o tempo e com mais decisões”, a outra, “sugere que o máximo eventual impacto pode algumas vezes requerer um delicado toque inicial”.³³

Assim, enquanto o minimalismo de porta de entrada se relaciona com a



particular doutrina ante a Corte, o minimalismo de preservação de poder se preocupa com o papel da Corte no nosso sistema constitucional.³⁴

Embora *Heller and McDonald* também possam ser considerados como minimalistas de preservação do poder, os casos mais característicos são: *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*.

Marbury é um caso histórico e antigo de 1803.³⁵ Pretendia ele que a Suprema Corte

30 “Once we accept the proposition that judicial supremacy is tentative, we should acknowledge that when the Court perceives a particular case as threatening its influence, it may choose to decide a case with a deliberate eye toward preserving its own power”. (*Ibidem*, p. 639.)

31 “In some of those cases, the Court will choose minimalism as the appropriate judicial tool to give effect to this desire”. (*Ibidem*, p. 639.)

32 “In my view, this approach is necessary when (i) the case addresses an issue of broad and intense public concern; (2) public opinion is divided (or, worse, squarely on the losing side); and (3) the Court feels legally compelled to rule against the state”. (*Ibidem*, p. 639-640.)

33 “Power-preserving minimalism is not inconsistent with foot-in-the-door minimalism. It is, however, a subtle expansion on that notion. Foot-in-the-door minimalism holds that small doctrinal disruptions in a given area of the law (such as privacy or the Second Amendment) can create an opportunity for the Court to evolve that doctrine more significantly over time and with more decisions. This idea is itself innovative. The Court, in order to *maximize* its impact, must perhaps *minimize* its initial splash”. (*Ibidem*, p. 640-641.)

34 “Thus, while foot-in-the-door minimalism is concerned with the particular doctrine before the Court, power-preserving minimalism is concerned with the Court’s role in our constitutional system”. (*Ibidem*, p. 641.)

35 A primeira notícia que se tem de controle incidental de constitucionalidade é o caso *Madison v. Marbury* (1803), em que a Suprema Corte Americana declarou ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, na inteligência do destacado juiz Marshall. E que, ao fazê-lo, encontrando dissonância entre a lei e a Constituição, deve-se aplicar esta última. E os fatos que desencadearam a decisão passaram-se do seguinte modo: “Vencidos nas eleições presidenciais, procuravam os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entricheirar-se nos tribunais. Nova Lei Judiciária foi sancionada em 27 de fevereiro visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juízes. Na véspera da posse de Jefferson, o presidente eleito, até as 21h00, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de *juízes da meia noite*. Marbury, que era cidadão norte-americano, fôra legalmente nomeado, em 1801, nos últimos dias do Governo Adams, juiz de paz no Distrito de Colúmbia. Madison, Secretário de Governo, seguindo instruções de Jefferson, o novo Presidente, negou-lhe a posse. Requerida ordem de *mandamus* contra Madison, este não se defendeu e a causa correu à revelia. Em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente

obrigasse a sua nomeação como juiz de paz

atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os juízes, se ousassem ‘aplicar os princípios da *common law* à Constituição’. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo; se concedida, a medida certamente não seria cumprida. Enfrentava-se assim uma situação difícil. Indefinir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado satisfatório. A Corte de modo hábil, procurou dissimular o recuo inevitável, com um ato de afirmação contra o partido do poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury, e de acordo com os princípios aplicáveis à *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, *inconstitucional* e *nulo* o artigo 13 dessa lei, que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de *mandamus* (Lêda Boechat Rodrigues, A Corte Suprema e o direito constitucional americano, princípios 21). Evitou a Suprema Corte o confronto com o Executivo, e ao mesmo tempo afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário anular leis votadas pelo Congresso. (...) Alguns trechos do aresto: ‘se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, obrigará ela, não obstante sua nulidade, aos tribunais, obrigando-os a executá-lo? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se fosse? (...) Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares não de forçosamente interpretá-la. Se suas leis se contrariam, aos tribunais incumbe-lhes definir o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie, a Constituição, a lei de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois processos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se pois os tribunais não podem perder de vista a Constituição e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnem o princípio de que a Constituição deve considerar em juízo como lei predominante não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição e enxergar uma só lei. Tal doutrina aludiria aos fundamentos de todas as constituições escritas. Equivaleria a estabelecer que um ato, de todo modo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso governo, é, contudo, inteiramente obrigatório, na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o que lhe é explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. Equivaleria a, de um só fôlego, dar à legislatura uma onipotência prática e real, professando circunscrever-lhe os poderes em estreitos

pelo então eleito Presidente Jefferson. A Corte enfrentou então o desafio de decidir a questão que poderia afetar-lhe o poder. Por um lado, ela sabia que o novo Presidente, através de seu Secretário de Estado, Madison, deveria legalmente entregar o cargo a Marbury. Por outro lado, como sabia o Juiz Marshall, Jefferson não cumpriria tal sentença. Então a Corte determinou que Jefferson fosse obrigado a dar o cargo a Marbury, mas declinou de ordená-lo a fazê-lo considerando que o Ato Judiciário de 1789, que tinha dado a Marbury a jurisdição para atuar, era inconstitucional sob o artigo III e a Corte extinguiu o processo. Assim, a Corte aproveitou-se para declarar inconstitucional um ato do Congresso e, ao mesmo tempo chegou à conclusão legal que queria.

O segundo exemplo, *Brown v. Board of Education*, em 1954 ou Brown I e depois em 1955, o Brown II, complementando o primeiro, refere-se a uma ação de inconsti-

limites e outorgar-lhe o arbítrio de excedê-los a seu bel-prazer. Para se repelir semelhante interpretação, bastaria advertir que ela reduz a nada o que estamos habituados a encarar como o maior dos melhoramentos em matéria de instituições políticas: a vantagem de uma constituição escrita. Bastaria de si só isso, na América, onde com tanta reverência se estima o benefício das constituições escritas, para se condenar essa hermenêutica (...) Se esta foi a decisão tida e reconhecida por iniciadora do sistema do controle judicial da constitucionalidade, os norte-americanos permaneceram a ela obedientes. Sobremais, ainda hoje podem-se perceber três modos de provocar o controle da constitucionalidade nos Estados Unidos: a) por via de exceção, que é o meio comum pelo qual, tendo em vista o caso concreto, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei inconstitucional e a Suprema Corte, quando chamada a decidir, dará a palavra final; b) por meio de injunção (*injunction*) o cidadão pede uma ordem ao Poder Judiciário, atacando a constitucionalidade de uma lei antes mesmo que ela seja aplicada. Assim, percebendo que uma lei inconstitucional irá causar-lhe prejuízo, o particular propõe a injunção, para impedir sua execução pelo funcionário responsável ou mesmo, por exemplo, a devolução de um tributo já recebido, ou a cobrança de um tributo inconstitucional; e c) o procedimento declaratório, mais recente, que prevê uma manifestação judiciária antes de uma lei ser aplicada por um agente público a um particular quando este contestar sua constitucionalidade. Assim, pede o cidadão uma declaração que fixe o conteúdo de seus direitos e de suas obrigações, decisão com força de coisa julgada, sem sanção corretiva” (*sic*). (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 104 e 106-107.)

tucionalidade contra a prática de segregação racial em muitas escolas, em muitos estados americanos. Ao final a Corte declarou que a segregação por raças nas escolas violava a “cláusula de igual proteção”³⁶ e condenou os estados a parar com essa prática “com velocidade cautelosa”.

A Corte não quis forçar uma decisão radical, pois sabia que boa parte da população era a favor da segregação, inclusive que no Sul esse apoio era de 80% (oitenta por cento).

Num memorando escrito à Conferência, antes da Corte emitir sua decisão, o Juiz Jackson expressou dúvida sobre se declarar segregação inconstitucional seria autoexecutável, e ele temia que um mandado ignorado poderia levar o processo judicial a descrédito.³⁷

Apesar das críticas sobre o arrazoado da Corte, concluindo, num primeiro momento, sobre a inconstitucionalidade da segregação e um ano mais tarde indicando um remédio suave, delegando aos estados o poder de determinar o próprio passo e o método de desagregação, o minimalismo aí funcionou bem, evitando desgaste do Poder Judiciário.

Um contraexemplo de minimalismo, apontado por Softness, é o caso *Roe v. Wade* no qual a Corte invalidou uma lei do Texas banindo abortos. Foi um regramento tão abrangente que o resultado foi a invalidação de todas as leis de aborto em todos os estados, com a consequente resistência de vários deles.³⁸

5. Exemplos de decisões minimalistas e maximalistas.

O direito constitucional norte-americano tem peculiaridades ínsitas à sua história de guerras e conflitos de ideias políticas até ser declarada a independência das treze colônias americanas, incentivadas a criarem e adotarem constituições escritas.³⁹

Diante do sistema de governo dos Es-

36 “347 U.S. 483 *Brown v. Board of Education of Topeka* APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS No. 1. Argued: Argued December 9, 1952 Reargued December 8, 1953. Decided: May 17, 1954. Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment -- even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors of white and Negro schools may be equal. Pp. 486-496. (a) The history of the Fourteenth Amendment is inconclusive as to its intended effect on public education. Pp. 489-490. (b) The question presented in these cases must be determined not on the basis of conditions existing when the Fourteenth Amendment was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation. Pp. 492-493. (c) Where a State has undertaken to provide an opportunity for an education in its public schools, such an opportunity is a right which must be made available to all on equal terms. P. 493. (d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors may be equal. Pp. 493-494. (e) The ‘separate but equal’ doctrine adopted in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, has no place in the field of public education. P. 495. (f) The cases are restored to the docket for further argument on specified questions relating to the forms of the decrees. Pp. 495-496”. (Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZS.html>.)

37 “In a memorandum written to the Conference before the Court issued its decision, Justice Jackson expressed doubt that declaring segregation unconstitutional would be ‘self-executing,’ and he feared that an ignored mandate could bring ‘the judicial process into discredit’.” (SOFTNESS,

Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013, p. 643.)

38 “*Roe v. Wade* illustrates the danger of issuing too broad a ruling. In *Roe*, the Court invalidated a Texas law banning abortions and, in doing so, established a specific, trimester-based framework against which all abortion laws were to be measured”. (*Ibidem*, p. 644.)

39 Luís Roberto Barroso a esse respeito diz que “A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríptico conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.)

tados Unidos da América e o exercício dos poderes dos estados, com legislações próprias, assumiu a Suprema Corte relevante função na interpretação e aplicação da lei, revelando um papel histórico de suma importância para a preservação dos direitos e valores da sociedade, como destacado por Luís Roberto Barroso:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (*Justices*). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; (iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica. A despeito de seu prestígio e sucesso, a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas, teve algumas linhas jurisprudenciais revertidas por via de emenda constitucional e proferiu decisões que mereceram críticas severas.⁴⁰

Com essas considerações e levando-se em conta a grande diferença existente entre

o nosso sistema republicano de governo, que concentra na União Federal competências legislativas de importância nacional e de observância obrigatória pelos estados, passo a enumerar modelos de decisões minimalistas e maximalistas desses dois sistemas de governo, ambos com uma Suprema Corte de grande importância na interpretação do direito,⁴¹ porém com dificuldades políticas, diante de questões de sensível controvérsia.

Assim, passemos a enumerar alguns exemplos dos dois sistemas de governo.

5.1. Relativo à Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal, por maioria julgou improcedente a ação de inconstitucionalidade, interposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. Em sua decisão, o Tribunal cobriu

(...) todas as questões subjacentes ao tema, tais como, o conteúdo, o princípio da dignidade humana, merecedora de tutela constitucional, a distinção entre o embrião gerado naturalmente e o embrião fertilizado *in vitro*, para fins

41 Quanto à interpretação constitucional e seus métodos, releve notar a importância do juiz nesse contexto. Conforme anota Barroso: “Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida esta premissa – a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou exposto, prestando maior deferência legislador ordinário. Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões. E aí surge uma nova variável: a decisão baseada *não no princípio*, mas no fim, no resultado que se pretendia atingir”. (*Ibidem*, p. 427-428.)

40 *Ibidem*, p. 42-44.

de caracterização do aborto; além disso afirmou o direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia em relação ao planejamento familiar.⁴²

É uma típica decisão maximalista.

5.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal, de 21 de abril de 2009, conferiu, nos autos do processo HC 73.662/MG,⁴³ a ordem de *Habeas Corpus* para absolver o paciente pelo crime de estupro, com violência presumida, contra menor de 12 anos de idade, nos termos do Código Penal artigos 213 e 244. Foi uma decisão estreita e sem profundidade, aplicada apenas para este caso específico, portanto, tipicamente minimalista. No voto do Ministro Maurício Correa isso é deixado claro:

(...) a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência de outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que

eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, o que aqui é restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar.⁴⁴

5.3. O caso *United States v. Virginia*, em 1996, decidido pela Corte Suprema Norte Americana, impedindo o Instituto Militar da Virgínia de não permitir alunas mulheres, foi uma decisão estreita, específica do caso, evitando dizer sobre a genérica segregação de sexos na educação.⁴⁵

5.4. A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.543/DF, de março

42 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122, nota 206.

43 “COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATU-REZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea ‘a’, do Código Penal”. (STF, HC 73.662/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 21/05/1996, DJ 20/09/1996.)

44 “O padrão minimalista pode ser percebido no julgamento do HC 73662-9, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu por 6 votos a 5 conceder o *habeas corpus* para absolver o paciente condenado pelo crime de estupro, cometido com violência presumida contra menor de 12 anos de idade, nos termos do CP arts. 213 e 244. A decisão do Supremo foi interpretada pela mídia como indicação de um entendimento genérico do tribunal no sentido de que nos dias atuais o estupro presumido seria figura impossível, em virtude das mudanças sociais. Essa compreensão distorcida causou um impacto negativo em alguns segmentos sociais em face do que representaria uma violação ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Porém, de uma leitura atenta dos votos proferidos, o que se percebe é que o julgamento não tem a amplitude e nem a profundidade que se pretendeu imputar a ele. Ao contrário, a decisão possui um apelo fortemente minimalista já que partiu de uma análise altamente particularista dos fatos e circunstâncias envolvidos para a interpretação e aplicação da norma e sem a invocação de princípios filosóficos profundos e abstratos. Especialmente do voto do Min. Maurício Correa, vê-se que a decisão prolatada não objetivou encontrar solução para outros casos semelhantes que no futuro vierem a surgir, mas apenas solucionar o caso concreto naquela ocasião. Transcreve-se parte do voto em que essa postura minimalista se identifica com muita clareza: ‘(...) a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar’.” (DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial*: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 122-123, nota 208.)

45 *Ibidem*, p. 122, nota 207.

de 2012, proposta pela Procuradoria Geral da República, com fundamento no artigo 102, I, “a” e “p”, da Constituição da República, contra o artigo 5º da Lei nº 12.034, de 29/09/2009, aprovada pelo Congresso Nacional, teve um tratamento minimalista. O referido artigo 5º criaria, a partir das eleições de 2014, inclusive, a impressão de voto, que seria depositado, automaticamente, em local lacrado, por auditoria, após o término da votação, permitindo o uso da identificação do eleitor, por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor.⁴⁶ O minimalismo a que nos referimos

ocorreu no bojo do pedido da Medida Cautelar, previamente distribuída, e foi deferido a unanimidade. Sua relatora a Ministra Cármen Lúcia, em brilhante decisão, embora sem deixar vazios, cobriu estreitamente a questão praticamente decidindo-a, porém, como era procedimentalmente necessário, justificando o acolhimento da medida cautelar, pela presença dos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, este devido a enormes gastos que se fariam imediatamente com a implantação de mudanças (cerca de um bilhão de reais).

A referência ao minimalismo foi feita pelo Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

(...) a lei traz inovações que são severamente complexas e que volto a repetir, impõe a nós, Magistrados, uma postura minimalista.

A precisa descrição do professor Cass Sunstein, na sua obra *O Minimalismo Judicial na Suprema Corte*, publicada pela editora de Harvard, afirma que esse minimalismo amplia o espaço de posterior reflexão e debate porque é uma questão extremamente nova, o que nos permite um debate posterior, um debate mais meditado. Ele, então, assenta que: “(...) a trilha minimalista normalmente

seguro do cidadão. ‘Nada lhe pode ser cobrado, dele não se pode exigir prova do que foi feito ou do que tenha deixado de fazer’, disse a ministra. ‘Não é livre para votar quem pode ser chamado a prestar contas do seu voto, e o cidadão não deve nada a ninguém, a não ser a sua própria consciência’, completou. Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia ressaltou que a cabine de votação garante ao cidadão uma ‘escolha livre e inquestionável por quem quer que seja’.

Reconhecimento mundial

A ministra observou que a urna eletrônica utilizada atualmente no sistema brasileiro permite que o resultado das eleições seja transmitido às centrais sem a identificação do cidadão, com alteração sequencial dos eleitores de cada seção, o que garante o segredo do voto. Além disso, destacou o sucesso e o reconhecimento mundial quanto à votação eletrônica no país. ‘Parece certo que a segurança, eficiência, impessoalidade e moralidade do sistema de votação eletrônica, tal como adotado no Brasil, é não apenas acatado e elogiado em todos os lugares como vem sendo testada a sua invulnerabilidade, comprovada a sua higidez sistêmica e jurídica’, ressaltou a relatora, ao julgar procedente a ADI 4543”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252858>>.)

46 “Norma que institui voto impresso a partir de 2014 é inconstitucional, decide STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 12.034/2009, que cria o voto impresso a partir das eleições de 2014. Na sessão plenária realizada nesta quarta-feira (6), os ministros confirmaram, em definitivo, liminar concedida pela Corte em outubro de 2011, na qual foram suspensos os efeitos do dispositivo questionado pela Procuradoria Geral da República (PGR) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4543.

A ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI, votou pela procedência da ação, e seu entendimento foi acompanhado por unanimidade. A ministra reafirmou os fundamentos apresentados no julgamento da liminar, quando o Plenário entendeu que o dispositivo contestado compromete o sigilo e a inviolabilidade do voto assegurada pelo artigo 14 da Constituição Federal.

O artigo 5º da Lei 12.034/2009 – que altera as Leis 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), 9.504/1997 (Lei Eleitoral) e 4.737/1965 (Código Eleitoral) – cria, a partir das eleições de 2014, ‘o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto’, mediante as regras que estabelece. O parágrafo 2º dispõe que, ‘após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado a sua própria assinatura digital’. Por fim, o parágrafo 5º permite o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, ‘desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica’.

Voto secreto

‘O segredo do voto foi conquista impossível de retroação’, afirmou a ministra. ‘A quebra desse direito fundamental – posto no sistema constitucional a partir da liberdade de escolha feita pelo cidadão, a partir do artigo 14 – configura afronta à Constituição, e a impressão do voto fere, exatamente, esse direito’. Eventual vulneração do segredo do voto, conforme destacou a ministra, também comprometeria o inciso II do parágrafo 4º do artigo 60 da CF – cláusula pétrea – o qual dispõe que o voto direto, secreto, universal e periódico não pode ser abolido por proposta de emenda constitucional.

Espaço de liberdade

De acordo com ela, a urna é o espaço de liberdade mais

– nem sempre, mas normalmente – faz muito sentido quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação (...)” não está ainda definida, com sói ser essa hipótese de uma mudança *ex abrupto* da mecânica eleitoral. “A complexidade”, afirma o Professor Cass Sunstein, “pode resultar da falta de informação, de mudança das circunstâncias” – que é o caso –, ou a mesmo de uma “incerteza moral (juridicamente relevante). O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver” os temas incorretamente nesse açodamento e, em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessários para decidir o caso.⁴⁷

5.5. *Kent v. Dulles* – foi o caso envolvendo a recusa em conceder passaporte a uma pessoa simpatizante do regime comunista, baseada numa lei que de forma vaga conferia o poder, ao Secretário de Estado, de emitir passaportes observando os interesses dos Estados Unidos. A Suprema Corte utilizou-se do minimalismo afirmando que o Secretário de Estado não poderia restringir o direito de ir e vir das pessoas, ao invés de simplesmente declarar a lei inconstitucional. Se o Executivo quisesse poderia ter essa autoridade somente como resultado de uma declaração clara do Congresso. Esta foi uma decisão minimalista promotora da democracia.⁴⁸

47 STF, ADI MC 4.543/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19/10/2011, DJe 01/03/2012.

48 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,

5.6. *Griswold v. Connecticut* – referia ao direito à privacidade e versava sobre a constitucionalidade da lei que proibia o uso de contraceptivos e estabelecia as penas aos infratores. A conclusão do Relator, Juiz White, foi de que o Estado tinha legitimidade para banir atividade sexual ilícita, ou seja, qualquer outra fora do casamento. Porém não via nexo causal entre a proibição do uso de contraceptivos e o banimento de atividades sexuais ilícitas e, por falta dos fundamentos, opinou pela inaplicabilidade da lei ao caso. Foi uma decisão minimalista, estreita e superficial, que evitou levantar polêmica sobre temas controvertidos como, por exemplo, a crença de imoralidade de sexo sem objetivo de procriação mesmo dentro do casamento.⁴⁹

5.7. *Hampton v. Mow Sun Wong* – foi a demanda contra o caso em que um regulamento da Comissão de Serviço Civil proibia estrangeiros de ocupar cargos públicos, sustentando os demandantes, a violação ao princípio da igualdade.

Ao governo interessava preservar os cargos públicos para cidadãos americanos. A Suprema Corte descartou ambas as pretensões, deixando em aberto, no caso de interesse nacional, a possibilidade de contratação de estrangeiros, porém, no caso concreto, a proibição não vinha do Congresso, mas sim de um ato da Administração. Se ela viesse ou vier do Congresso estaria totalmente correta.

Nesse caso, a Corte deixou a questão em aberto, portanto foi estreita, e nem teorizou profundamente a respeito, portanto, foi superficial.⁵⁰

5.8. *Dredd Scott v. Stamford* – foi uma decisão maximalista, duramente criticada e mal sucedida em querer “regular uma questão controvertida e ampla antes que o debate público pudesse tê-la enfrentado de forma mais amadurecida”.⁵¹

2009, p. 137, nota 239.

49 *Ibidem*, p. 138, nota 239.

50 *Ibidem*, p. 138-139, nota 239.

51 *Ibidem*, p. 141.

Essa ação, com sentença proferida em 1857, versava sobre um escravo negro levado por seu proprietário para o Estado de Illinois, onde a escravidão já havia sido abolida. O pleito à Suprema Corte consistia na sua declaração de liberdade. A decisão da Suprema Corte declarou não serem considerados cidadãos americanos os negros africanos trazidos como escravos e seus descendentes, escravos ou não; que o Congresso dos Estados Unidos não tinha autoridade para proibir a escravidão em territórios federais; que, por não serem cidadãos, não tinham o direito de demandar em juízo; que os escravos eram propriedade de seus donos que deles não podiam desapropriar sem o devido processo legal. Além de ter sido ineficaz, segundo Sunstein, contribuiu para a deflagração da guerra civil americana.⁵²

5.9. *Roe v. Wade* – é outro exemplo de decisão maximalista. Refere-se ao reconhecimento do direito das mulheres ao aborto tomando por base o direito à privacidade. A Suprema Corte Americana elaborou um complexo de regras nesse sentido sem a cautela necessária e adequada à realidade daquele período da vida americana, em que praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. As lutas pelos direitos civis e o fato de estar no auge o movimento feminista dos Estados Unidos certamente refletiram na decisão da Corte. Consoante Sunstein a decisão fez aparecer o fenômeno político do “refluxo”: formação de “maioria moral”, contribuição para a derrota da “Emenda dos Direitos Iguais”, aumentou o dissenso em relação ao problema do aborto, enfraqueceu o movimento feminista pela sua identificação como movimento de uma única questão – o aborto, incentivou a organização da oposição e a desmobilização de aderentes em potencial.⁵³

6. Constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial.

O debate desenvolvido normalmente em âmbito teórico acadêmico, entre aqueles que defendem o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein e aqueles que se contrapõem a essa teoria ou, no mínimo, não consideram a solução mais adequada para muitas situações fáticas dos processos judiciais, é algo intenso e apaixonante, além de profícuo pelas perspectivas inovadoras nos Estados Unidos da América, com reflexo em outros países, inclusive entre nós.

Tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação de jurisdição constitucional na proteção das minorias.⁵⁴

De acordo com Cass R. Sunstein, certas formas de minimalismo

(...) podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para deliberação democrática, mas também e, fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.⁵⁵

Sunstein critica decisões maximalistas da Corte Americana, como no caso *Roe v. Wade*, sobre a questão do aborto. Nesse caso, ele alega que, embora correto “do ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva, talvez o processo democrático tratasse melhor a questão relativa ao aborto, se a Corte tivesse atuado de forma mais cautelosa”.⁵⁶ Com isso não concordam os Professores Post e Siegel, que ressaltam ser intrínseco ao constitucionalismo a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais.

⁵² *Ibidem*, p. 141, nota 245.

⁵³ BUNCHART, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, jan./jun. 2011, p. 157-158.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 155-156.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 158.



A interpretação da Constituição Americana é defendida por alguns autores como devendo ser um diálogo entre os três Poderes. Bickel idealizou uma revisão judicial como devendo ser um “colóquio com outras instituições do governo”,⁵⁷ ao invés de um monólogo da Corte (sendo essa uma das bases para o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein). Reduzindo humildemente o seu papel na interpretação do texto constitucional, a Suprema Corte estaria convidando os outros dois Poderes a se engajarem mais ativamente nesse papel.⁵⁸

Os Professores Post e Siegel defendem o seu “Constitucionalismo Democrático”, no

qual potencializam o “engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais”, cujo modelo garante a interpretação da Constituição em um contexto pluralista.⁵⁹

7. Conclusão.

O minimalismo judicial, da forma como sustentado por Cass R. Sunstein, não tem uma definição precisa. “e o Professor Sunstein é, de fato, notoriamente ambíguo sobre o que ele entende por ‘minimalismo’. Sua teoria é conceitualmente instável”.⁶⁰ A própria diversidade de expressões usadas para conceituar ou entender o minimalismo, tais como “teoria”, “doutrina”, “tese”, “tema”, “via”, “meio”, “meta-doutrina”, “fenômeno”, “tática”, etc dão uma indicação nesse sentido.⁶¹

Parece-nos, entretanto, que o minimalismo judicial é uma ferramenta que pode ser usada ou não segundo as conveniências e circunstâncias do caso concreto. Como é a regra geral natural da vida cotidiana, não existe um único remédio para todos os males.

Apesar da defesa que Sunstein (2001b) promove em favor da via minimalista, ao longo de sua obra, fica expresso o reconhecimento de que nem sempre será este o melhor meio para a redução do custo das decisões e dos erros. Em muitas oportunidades, como quando o planejamento é necessário, ou até mesmo em contextos nos quais os julgadores

57 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of politics*. Yale University Press, 1986.

58 OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1141.

59 BUNCHRAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, jan./jun. 2011, p. 158.

60 “(...) and Professor Sunstein is, in fact, notoriously ambiguous about what he means by ‘minimalism’. His Theory is conceptually unstable”. (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1957.)

61 Até o termo “prudencialismo” chega a ser usado: “A bickelian understanding – call it ‘prudentialism’.” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 1961.)

estejam seguros acerca de um julgamento mais amplo ou de um argumento teórico mais profundo, uma regra ampla será melhor do que um julgamento mais restrito.⁶²

Poder-se-ia, ainda, considerar que o minimalismo judicial é uma “aspiração”, não normatizada, cujos benefícios devem ser bem avaliados antes de sua aplicação. “Há ocasiões em que as Cortes devem se pronunciar sobre o certo e o errado, sobre questões sociais divisíveis e altamente contestadas”.⁶³ Nesses casos o maximalismo seria mais bem aplicado.

No julgamento do Professor Neil S. Siegel o

(...) minimalismo seria mais útilmente empregado para aconselhar considerações estritas – as poderosas lições de prudência, cuidado e humildade que estão presentes no trabalho do Professor Sunstein.⁶⁴

Entretanto, pode ser muito difícil decidir se uma determinada ação deve ser tratada de forma minimalista ou maximalista ou de forma intermediária, já que não há regras para uma decisão dessas; elas dependem do

julgamento de cada indivíduo. De certa forma, intrigante é a inclusão por Sunstein, no rol de minimalistas, das decisões de inadmissibilidade de apelação à Suprema Corte Americana, que necessitam votos de quatro juízes da Suprema Corte para garantir a admissibilidade da petição. Como pode ser o minimalismo potencialmente empregado simplesmente declinando de considerar o caso – isto é, através da negação do pedido de apelação? Da mesma forma, a garantia do prosseguimento do feito não tem muito a ver com o minimalismo. Similarmente, no exemplo apresentado sobre decisões minimalistas e maximalistas referente à Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a impressão do voto (ADI MC 4.543/DF), em que a cautela foi deferida por unanimidade, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, classificou a decisão de “postura minimalista” sugerindo tratar-se de uma questão nova e complexa e por isso utilizar-se-ia espaço de posterior reflexão e debate. Ora, parece-nos que essa é sempre a postura, quando se garante a tutela antecipada de uma medida cautelar. O mesmo ocorre quando a cautela é negada. Acreditamos que a teoria minimalista caberia apenas no julgamento do mérito da ação. Talvez fizesse mais sentido considerar minimalista uma medida cautelar se ela fosse estreita e superficial, sem muita teorização relativa a possíveis meandros sobre o tema. Sob esse prisma, faz sentido classificar a decisão da medida cautelar mencionada, como minimalista.

Embora a ideia de que o minimalismo, como apresentado na literatura acadêmica, esteja quase sempre ligada às ações constitucionais complexas e, portanto, implica na atuação da Suprema Corte, às vezes ela é mencionada também para casos de cortes menores. Trazendo essa extensão à realidade jurídica brasileira, acreditamos que as conciliações são os melhores exemplos de decisões minimalistas no âmbito de nossa Justiça. Elas são estreitas, superficiais, e nem chegam aos acordos “parcialmente teorizados”, da teoria minimalista de Sunstein, pois os acordos con-

62 DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 149.

63 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999.

64 “First, minimalism could replace its provocative descriptive assertion that the Court typically decides cases ‘as narrowly and shallowly as possible’ with the more modest – but less clearly inaccurate — suggestion that a majority of the Justices (whether considered individually or collectively) tend to favor *relatively* narrow and shallow holdings; that is, they tend to forego broader and deeper alternatives in deciding cases, even if they do not go so far as to adopt the narrowest and shallowest rationale reasonably available. That claim, although more difficult to test than Professor Sunstein’s more aggressive description contention, could nonetheless then be subjected to empirical testing.” (SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 2018.)

ciliados não necessitam de teoria alguma. Refiro-me tanto àqueles acordos a que chegam as partes durante a etapa inicial do processo, especificamente em “audiências de conciliação” quanto àqueles julgados nos Tribunais de Pequenas Causas. Ainda, em relação aos julgamentos das cortes menores, poderíamos caracterizar como minimalistas as decisões monocráticas. Sob outro enfoque, as súmulas vinculantes levam a um minimalismo “forçado” e os precedentes jurisprudenciais balizam decisões de forma mais simplificada, utilizando teorizações preexistentes.

Por fim, vale lembrar que a Constituição nos Estados Unidos é a mesma desde 1787 e que nela estão contidas poucas leis acerca de direitos dos cidadãos. Então, foram os juízes e não o Poder Executivo ou o Legislativo que introduziram garantias dos direitos e liberdades não existentes no texto constitucional original ou nas suas emendas, algumas delas relativas à realidade moderna como o aborto, os contraceptivos, as escolas para brancos, as cotas para negros, para os hispanos, etc, nas universidades ou na contratação pública e nas regras eleitorais. Portanto, parece ser esse extremo poder da Corte Suprema Americana a causa de tanta polêmica nos meios acadêmicos e jurídicos acerca de minimalismo judicial, introduzido por Cass R. Sunstein, ao pleitear que as Cortes reconheçam “limites inerentes de sua autoridade”⁶⁵ ou, como mencionado por Ohlendorf “(...) os estudiosos legais conservadores encontram na doutrina do minimalismo uma arma efetiva contra o excesso judicial”.⁶⁶

Porém, os críticos da teoria de Sunstein, como Neil S. Siegel, confiam na Suprema Corte Americana como a guardiã da sua Constituição, pois os juízes, comparados com o Executivo e o Congresso, são os mais “isolados das pressões dos políticos majoritários e, portanto, mais bem equipados para proteger os direitos de minorias”. Ainda em sua conclusão, “(...) minimalismo seria mais utilmente empregado para aconselhar considerações estritas (...) tiradas das poderosas lições de prudência, cuidado e humildade (...)”.⁶⁷

Nesse mesmo sentido, Neal Devins comenta que o diálogo sobre a Constituição Americana, defendido por Sunstein, “entre a Corte, os governantes eleitos e o povo está longe de fazer a Constituição mais relevante e estável”⁶⁸ e, para isso, apenas a adoção de decisões minimalistas não são a solução.

Os juízes, graças principalmente à vitaliciedade, são menos suscetíveis de serem dirigidos por expedientes políticos do que aqueles com cargos eleitos. Além disso, porque as Cortes precisam oferecer razões para suas decisões, os juízes são aptos a assumir mais seriamente suas responsabilidades ao estabelecer argumentos lógicos e coerentes. Em outras palavras, da mesma forma que as Cortes têm fraquezas institucionais, elas têm forças institucionais. As Cortes são mais aptas a apelar às melhores naturezas do homem, a evocar suas “aspirações”, a ser a voz da razão, articulando e desenvolvendo princípios duráveis e impessoais.

65 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999, p. 1984.

66 “Modern judicial minimalism has found a new home in conservative constitutional theory. The specter of substantive due process has been reborn, and like Justices Holmes and Brandeis a century earlier, conservative legal scholars have found in the doctrine of restraint an effective weapon against judicial excess (...)”. (OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008, p. 1140.)

67 SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005, p. 2015 e 2019.

68 DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999, p. 1972.

Referências bibliográficas.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BÍBLIA de Genebra. 2. ed. rev. e ampl. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Salom%C3%A3o#cite_note-14>.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of politics*. Yale University Press, 1986.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* – PUC/RJ, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. *Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

DEVINS, Neal. The democracy-forcing constitution. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, maio 1999.

OHLENDORF, John David. Politics, constitutional interpretation, and media ecology: an argument against judicial minimalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, jun. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, ago. 2005.

SOFTNESS, Benjamin S. Preserving judicial supremacy come *Heller* high water. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 2, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Reforma judicial: breves notas sobre la malograda “democratización de la justicia” y sobre el recorrido de la ley 26.855 de reformas al consejo de la magistratura de la República Argentina



Carlos Daniel Luque

Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

1. Introducción.

Comenzamos estas líneas afirmando sin duda alguna que el tema aquí comentado es el más rico, institucionalmente hablando, de la última década por el recorrido que tuvo, desde ya que por su controvertido contenido pero también por la forma en que finalizó con un muy solvente desasne constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ hacia los otros poderes del estado.

Pero quizá lo más remarcable es que fue sin ninguna estridencia y con la sabiduría que a veces abunda en las palabras simples y aunque haya sido más por simpleza que por sabiduría esto no le resta un ápice de autoridad institucional y constitucional a dicha decisión.

La cuestión y también la discusión empezaron mucho antes de que el congreso sancione la ley de reformas al consejo de la magistratura y que después la Corte a su vez y turno declarara la inconstitucionalidad de sus artículos más radicales.

Esto comienza con el famoso anuncio de “Democratización de la Justicia” enunciado por la Presidente de la Nación Cristina Fernández de Kirchner que luego ella misma institucionalizó en su discurso a la Asamblea Legislativa del 1 de marzo en ocasión del inicio del periodo de sesiones ordinarias del poder legislativo nacional y que finalmente formalizó durante los primeros días del mes de abril de 2013.

Este anuncio pudo significar muchas cosas pero en un gobierno neo-populista latinoamericano claramente significa un avance mayoritarianista del más poderoso de los tres poderes sobre los otros dos y estando controlado el congreso nacional restaba el

¹ RIZZO, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. n° 3034/13).

control del poder judicial, – lamentablemente las previsiones de la Constitución Nacional no parecieron importarle demasiado al poder político.

Finalmente con un “paquete” de leyes enviado al congreso, increíbles algunas (cámaras de casación) risibles otras (declaraciones juradas mucho más desde su reglamentación por el ejecutivo nacional) pero con un proyecto que preocupó ni bien se lo conoció: el de reformas al consejo de la magistratura, así comenzó a desandar su camino en la República Argentina la “democratización de la justicia” que a esta altura ya empezó a llamarse por su segundo nombre: “reforma judicial”.

2. El consejo de la magistratura.

a) Primeras precisiones.

Pero entramos en el tema que aquí se tratara de abordar cual es la cuestión del consejo de la magistratura, ¿debió introducirse esta institución “extraña” a nuestro sistema jurídico en 1994? ¿ha tenido una adecuada legislación formal por parte del poder legislativo desde su formal instrumentación en 1998? ¿la reforma que introdujo la ley 26.855 seguía los más que claros lineamientos del artículo 114 de la Constitución Nacional?

Decíamos: ¿era factible introducir esta institución típica del parlamentarismo europeo en nuestro sistema constitucional de selección y designación de jueces?

Estas son algunas de las consideraciones que se hacían en la época de la reforma constitucional:

Decía autorizadamente Alberto Spota que:

(...) el Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena, no sólo al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana, que es el que nosotros tenemos, sino además a la esencia de ese sistema polí-

tico, pues el Consejo de la Magistratura corresponde a estructuras en las cuales el juez administra justicia, nada más.²

Se trata de sistemas de administración de justicia y no de sistemas de Poder Judicial, como es el sistema presidencialista, de origen estadounidense y cuyo modelo adopta nuestra Constitución Nacional.³

La tarea de juzgar era así entendida como una función de gobierno o, para ser más exactos, una función ejecutiva o de administración de justicia.

De ese modo en Europa donde nacen, los consejos fueron concesiones del monarca para asegurar cierto grado de independencia funcional a los jueces que, en rigor de verdad, dictaban sentencia en nombre del rey.

Pero ¿dónde está la gran diferencia? aclara Spota:

Solamente donde existe una división de poderes a la manera de la distribución norteamericana, capacitando al juzgador para cumplimentar los controles de constitucionalidad en función del principio de supremacía constitucional, el que juzga tiene poder político porque puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto del poder administrador.⁴

Pero, por otro lado y desde un punto de vista estrictamente teórico, dentro de este esquema lo que se requiere es de un juez que conozca la ley en profundidad, ya que su actividad creadora del derecho se encuentra limitada a la actividad creadora del Parlamento: único estadio legítimo de discusión política acerca del contenido específico de las normas.

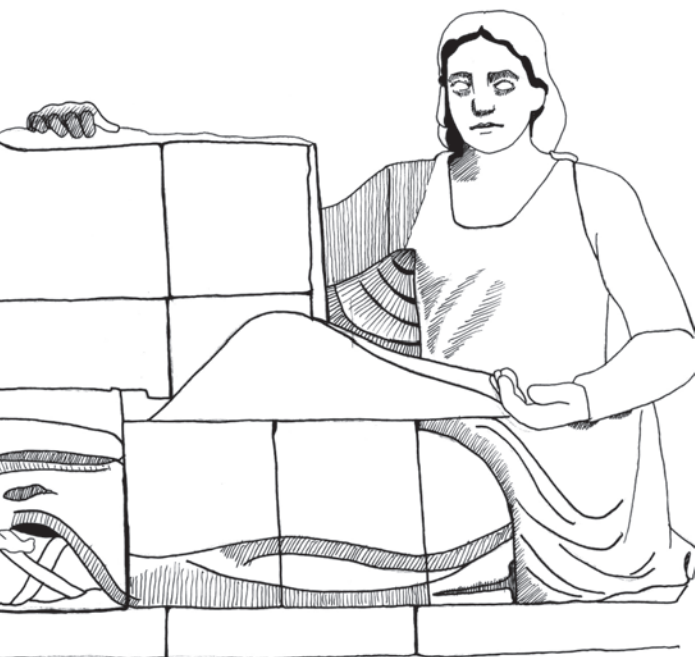
Como consecuencia de ello, surge también la necesidad de contar con un poder

2 Citado en LUQUE, Carlos Daniel; EDCO 2005-486, Editorial El Derecho, Buenos Aires.

3 LUQUE, Carlos Daniel; EDCO 2005-487, Editorial El Derecho, Buenos Aires.

4 Citado en LUQUE, Carlos Daniel; EDCO 2005-488, Editorial El Derecho, Buenos Aires.





judicial despolitizado, que fue lo que se buscó nos parece que con sincera convicción en la reforma de 1994, precisamente porque la discusión política se encuentra en otro lugar de poder, y hasta ese momento el mejor juez (independiente e imparcial) estaba como atado al dedo político que lo designo y esta última cuestión fue la que más peso tuvo en el bloque constituyente que votó el núcleo de coincidencias básicas en la reforma constitucional.⁵

b) La reforma constitucional de 1994 y a ley 24.937 reglamentaria del consejo de la magistratura.

No obstante todo lo dicho hasta el momento, en la Reforma a la Constitución Nacional que tuvo lugar en el año 1994 se introducen en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 114 y 115 sobre el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Se siguió entonces la directiva preconstituyente que claramente incluía como materia de reforma a considerar el mecanis-

mo de designación y remoción de jueces, tema que trajo aparejado duros debates:

Artículo 114. El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Según la disposición transitoria decimo de la Constitución Nacional, la ley que reglamentase el Consejo de la Magistratura debería ser dictada al año de la entrada en vigor de la reforma.

Sin embargo, la ley 24.937 que reglamentó la institución se sancionó en 1997 y

5 LUQUE, Carlos Daniel; EDCO 2005-487, Editorial El Derecho, Buenos Aires.

entró en vigencia los primeros días de 1998.

En ella, y dejando de lado la mora parlamentaria, el punto neurálgico sobre el funcionamiento del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento – que aquí no tratamos – sería la posibilidad de designar jueces federales.

Esta primera ley duró hasta el año 2006, y trataba el tema de la Consejo de la Magistratura estaba integrado por:

- El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Cuatro (4) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

- Ocho (8) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de Diputados, a propuesta de los respectivos bloques, designarían cuatro legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría.

- Cuatro (4) representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Para la elección se utilizaría el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la presencia de los abogados del interior de la República.

- Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

- Un (1) abogado, profesor titular regular de cátedras universitarias de facultades de Derecho nacionales, elegido por sus pares. A tal efecto, el Consejo Interuniversitario Nacional confeccionaría el padrón y organizaría la elección del representante del ámbito académico y científico.

En aquel momento, con esa primera conformación (sobre todo la del Consejo),

se argumentaba que la composición política predominaba.

Pero se convirtió en una materia muy opinable, tanto así que en el año 2005, según estadísticas oficiales del propio consejo, el mismo estaba cumpliendo con creces y más allá de las discusiones con su cometido esencial: la designación imparcial de los magistrados federales inferiores de la República.⁶

Ley 26.080 de reforma del consejo de la magistratura.

La ley 26.080 sancionada el 22 de febrero de 2006, reformó la composición establecida por la antecedente ley en lo que respecta al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento.

Con respecto a la composición del Consejo de la Magistratura, éste modificó su número de miembros, reduciéndolos de 20 a 13:

- Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

- Seis (6) legisladores, correspondiendo tres a cada cámara parlamentaria, y a su vez, dos representantes de la mayoría y uno a la primera minoría.

- Dos (2) representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de ellos deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

- Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

- Un (1) representante del ámbito académico y científico, el cual deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales, y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegi-

⁶ Agenda Legislativa; *Informe especial sobre el consejo de la magistratura*, Centro Cultural – Pontificia Universidad Católica Argentina, p. 7, Buenos Aires, 2010.

do por el Consejo Interuniversitario Nacional, con mayoría absoluta de sus integrantes.

Esta ley estableció que para que sesione el Consejo, el quórum necesario será de siete miembros y las decisiones que adopten serán por mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo cuando se requieren mayoría especiales.

Esta norma se sanciona justamente cuando el consejo tomaba visos de “institución constitucional” en cuanto a su funcionamiento, que no era excelente pero que las estadísticas demostraban que estaba comenzando a dar sus primeros pasos “correctos” si se quiere en cuanto a la selección y designación de los magistrados inferiores de la Nación.

Es, además, esta misma ley del congreso la que rigió – y después del fallo de la Corte en “Rizzo” volvió a entrar en vigor en todas sus partes pertinentes – y lastimó aquella primera aproximación, aquel primer “humo de buen funcionamiento” que parecía empezar a tener el consejo con su ley reglamentaria original.

3. La ley 26.855 de reformas al consejo de la magistratura.

En cuanto a la valorización jurídica y análisis constitucional de la ley 26.855 previo al fallo en “Rizzo” se han escrito ríos de tinta sobre ello pero siempre hay quien lo hizo un poco mejor o más entendible y hasta con un sentido didáctico.

Tal como lo hizo la Corte en Rizzo donde hubo un fallo simple y muy valioso y una disidencia de una de una sorpresiva vaguedad que hasta incurrió en problemas de semántica totalmente ajenos al núcleo duro de lo que debía decidirse.

Para el caso y sobre la ley 26.855 pero también sobre la decisión de la Corte los comentarios de Alberto Bianchi⁷ y María Angélica

ca Gelli⁸ son realmente de lectura obligatoria.

Coincidimos claro está, que la esencia de la ley 26.855 está constituida por las tres modificaciones que procuraron controlar al Poder Judicial para alinearlos con las políticas diseñadas por el oficialismo sean éstas conforme a la Constitución o no.⁹

Gelli sostiene con mucha claridad que:

1. En primer lugar la ley 26.855 dispuso “la elección por el Pueblo de la Nación por sufragio universal, de los Consejeros jueces, abogados y académicos” (Art. 2º, inc. 1, 2, 3). Con ello se incumplió el mandato constitucional de la representación del sector que establece la Constitución. Además, en virtud de lo dispuesto por el Art. 4º (inclusión del Art. 3º bis) los candidatos en esa elección debían presentarse en listas de los partidos políticos, es decir, adhiriendo a los postulados de una parte de la sociedad y, eventualmente, participando de la lucha interna por la postulación, haciendo campaña electoral, se supone en sintonía con un partido político. Si ello dañaba la representación de los abogados que tienen derecho a mantener su independencia frente a los partidos políticos, en el caso de los magistrados judiciales elegidos consejeros desaparecería la independencia que deben de sustentar – ya de por sí misma difícil – (...)¹⁰

2. En segundo lugar, la ley disminuyó la garantía de la inamovilidad judicial por el juego de pinzas que implicaba la integración del Consejo de la Magistratura con preponderancia del oficialismo de turno, cualquiera que este sea (Art. 2º, inc.1 al 5). En efecto, según la normativa, integrarían el Consejo tres jueces, tres abogados, seis académicos, tres diputados, tres senadores y un representante del PE, correspondiendo dos consejeros

7 BIANCHI, Alberto; *Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta*, artículo difundido por el autor en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2013. Creo que este artículo corre con la presunción del mejor de la década, en principio, en su materia y es de imprescindible lectura y discusión.

8 GELLI, Maria Angelica; *Una sentencia crucial*, Editorial La ley, artículo del 26 de junio de 2013, Buenos Aires.

9 GELLI, Maria Angelica; *op. cit.*, p. 3.

10 GELLI, Maria Angelica; *op. cit.*, p. 4.

jueces, dos abogados y cuatro académicos a la lista que obtenga mayoría simple en elecciones generales y los restantes a los que resulten en segundo lugar (...) Pero, además, la ley 26.855 estableció que basta la mayoría absoluta – se sustituye la anterior de dos tercios – para acusar a los magistrados y, en su caso, suspenderlos (Art. 6º que modifica el Art. 7º, inc. 15 de la ley anterior).¹¹

3. Y finalmente (...) En tercer término, la reforma acabó con el precario equilibrio entre sectores en la integración del Consejo de la Magistratura, según mandato del Art. 114 de la Constitución Nacional. Si bien es cierto que esta disposición contiene dos párrafos referidos a la integración del Consejo, separados por un punto seguido y después de éste se expresa que “será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”, así, en plural y a criterio del Congreso, el número de seis académicos dispuesto por la ley 26.855 duplica el número de abogados y jueces, con un agravante. Estos científicos irán en las listas de los partidos, también aceptando y, probablemente, en algunos casos militando a favor de ese partido. De ese modo, la representación política desbordaría todo límite.¹²

Pero la sanción de la ley 26.855 fue llevada adelante con bombos y platillos no importaba que se esté menoscabando la, ya de por sí cuestionada, independencia de los jueces y lo que es peor pero también una consecuencia natural de lo primero las garantías jurisdiccionales de todos los habitantes de este país.

4. El fallo de la corte en el caso “rizzo”.

Ante tal desmadre y después de una primera instancia, de un per saltum (que a propósito, se sanciona ad hoc para otro caso) el expediente “*Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. n° 3034/13)*” llega para su final resolución a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No vamos a hacer referencia al Dictamen de la Procurado General de la Nación más que en este párrafo porque al no habilitar directamente la legitimación de los actores (aunque finalmente opina sobre la cuestión de fondo), y después defender casi exclusivamente la representación y participación populares para todo y defenestrando el actual funcionamiento del consejo (como si no supiese quien lo elucubro en 2006) culmina expresando que:

(...) Una mera diferencia en el números de escaños no es suficiente para dar fundamento a una declaración de inconstitucionalidad.¹³

Como bien dice Bianchi, después de señalar lo que ya decíamos al principio de este mismo trabajo, la Corte fue clara y precisa, ha evitado la erudición – que, es cierto, no le falta – y ha optado por la persuasión.¹⁴

Los, sin duda, puntos más salientes del fallo (se podrá no coincidir pero esto es lo central):

* Procedencia del amparo:

(...) ante la inminencia del vencimiento de los plazos establecidos en el calendario electoral, las vías procesales ordinarias resultan ineficaces para remediar

11 GELLI, Maria Angelica; *op. cit.*, p. 4.

12 GELLI, Maria Angelica; *op. cit.*, p. 5.

13 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 10.

14 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 2.

en forma oportuna la afectación de los derechos invocados por el actor.¹⁵

*** Legitimación Activa:**

(...) en su carácter de apoderado de una agrupación de abogados que participa en el proceso de elección de los consejeros, el actor posee un interés directo, concreto e inmediato en la declaración de inconstitucionalidad de una ley que elimina tal participación.¹⁶



*** Núcleo del Caso:**

(...) establecer los alcances del artículo 114 de la Constitución, para luego analizar si la ley cuestionada – en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos – es compatible con su texto.¹⁷

*** Interpretación literal:**

(...) las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral

(...) la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a solo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos.¹⁸

*** El espíritu del Constituyente de 1994:**

(...) despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político partidario.¹⁹

Arribamos entonces a la conclusión, con Bianchi,²⁰ de que los consejeros no políticos no pueden ser elegidos directamente por el pueblo en base a dos cuestiones:

a) la única que puede establecer cargos que surjan de la elección popular es la Cons-

15 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 3.

16 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 3.

17 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 4.

18 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 4.

19 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 5.

20 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 6.

titución²¹ y b) el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial, y la legitimidad democrática de los jueces y de todos quienes integran este poder “no se deriva de la elección directa”²² por ello “resulta consistente que los consejeros abogados y académicos, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces”.²³

A la politización/popularización de los integrantes técnicos no políticos del consejo le agregamos el desequilibrio estamentario que busca el artículo 2° de la ley 26.855 y estamos ante una manifiesta inconstitucionalidad que además no es la única pero si la más importante porque además quedan obligados a participar del proceso electoral seguramente de la mano de algún partido político y por ello con lo poco que nos queda de sensatez digamos que un juez en una lista sábana y más en Latinoamérica jamás será independiente, no nos engañemos con manifiestos embadurnados de hipocresía.

Habiendo transmitido lo más sintéticamente posible la esencia del fallo sub-examine, nos gustaría ver, sintéticamente el otro lado, el negativo y por ende ¿peligroso, fuera de eje? O es solo una desacertada, para mí, decisión judicial? y me estoy refiriendo a la disidencia del fallo la cual se ocupó principalmente no de la literal interpretación constitucional de art. 114 sino, para dar un ejemplo, de la semántica de la frase “se procure el equilibrio” y de ahí en dilucidar que querría decir “se procure” dejando, a mi entender, por sentado que no es equilibrio lo “debe” conseguirse en la conformación del consejo sino que se debe tratar de conseguir pero si no lo hay decidirá el legislador.

Efectúa además un innecesario y por-menorizado búsqueda en los antecedentes comparados que examinó la convención

constituyente de 1994, en particular Italia y España.

Cerrando este mínimo comentario a la, en mi opinión, desacertada disidencia de Zaffaroni, dice el ministro en minoría que – la ley 26.855 – “(...) es factible que sea un nuevo error político, pero no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta”,²⁴ todos conocemos la autoridad jurídica e intelectual de Eugenio R. Zaffaroni y esperábamos de su opinión algo más.

5. Conclusiones.

La única conclusión simple, clara, sensata a la que podemos llegar es que en este momento, y no solo por este fallo solamente y no solo por la férrea defensa del control de constitucionalidad ejercido aquí por el alto tribunal en este caso brevemente comentado, hoy y en esta coyuntura institucional no es menor que la Corte se haga sentir como lo que es: la cabeza de uno de los poderes del estado, porque discursos se pueden hacer y decir muchos, más en años electorales, pero la verdadera institucionalidad se construye y se cuida con fallos como el decidido y aquí referido: simples, precisos, imprescindibles para recuperar la República.

21 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 6.

22 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 6.

23 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 6.

24 Voto del Ministro Zaffaroni; considerando 14°.



Jurisprudência em destaque

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0006915-30.2010.4.03.6100

(2010.61.00.006915-8)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 133/134vº

Interessado: ANTONIO CARLOS FERREIRA ANNIBALLE

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AMS 327229

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/08/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO DE APELAÇÃO PELO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. SEGURO DESEMPREGO. RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de julgamento da apelação pelo permissivo do Art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, nas hipóteses previstas pelo legislador. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a teor do disposto no *caput*, do Art. 557 do CPC, sendo pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-de-

semprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

3. A Décima Turma desta Corte já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equipara-se, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos termos do Art. 31 da Lei 9.307/96.

4. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório

e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal, contra decisão que negou seguimento à remessa oficial e ao apelo, interposto em face de sentença concessiva da ordem de segurança para que a União Federal libere parcelas de seguro-desemprego ao impetrante, devidas em razão de rescisão contratual homologada pela Justiça Arbitral.

Sustenta a agravante que não cabe a aplicação do Art. 557 do CPC ao caso, requerendo a apreciação da matéria ao órgão colegiado, a fim de viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Aduz, ainda, que, sendo um direito pessoal e intransferível do trabalhador, portanto, indisponível, o seguro desemprego não pode ser englobado no rol de direitos patrimoniais disponíveis, exigido pela Lei 9.307/96 para utilização da arbitragem; sendo que o Art. 477, §§ 1º e 3º, da CLT restringe os responsáveis pela homologação da rescisão do contrato trabalhista, ressaltando a Súmula 330 do TST.

Destaca que as ações da Administração Pública, na gestão do Programa do Seguro Desemprego, além de observar as disposições da Lei 7.998/90, também se pautam pelos dispositivos legais contidos na CLT, especialmente no que se refere ao vínculo empregatício e à caracterização da dispensa sem justa causa.

Alega, por fim, que a não concessão do benefício teve por fundamento as disposições constantes nas normas de procedimento adotadas pelo setor de Seguro Desemprego e Abono Salarial do Ministério do Trabalho

e Emprego, nos termos da Lei 7.998/90 e Resolução 467/05 do Codefat - Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): De início, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de julgamento da apelação com supedâneo no Art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, nas hipóteses previstas pelo legislador.

Ressalte-se que o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a teor do disposto no *caput*, do Art. 557, do CPC, sendo pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

A propósito, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS POR AUTARQUIAS ESTADUAIS A DEFENSORIA PÚBLICA. CONFUSÃO. ART. 381 DO CÓDIGO CIVIL. TESE E ARTIGO NÃO PREQUESTIONADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA Nº 211 DO STJ. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFORME CAUSA DE PEDIR E PEDIDO DELINEADOS NA INICIAL E NA APELAÇÃO. OFENSA AO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. QUESTÃO VERIFICADA DE PLANO, QUE NÃO EXIGE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ELABORADA. POSSIBILIDADE DE DECISÃO MONOCRÁTICA.

(...).

7. Por fim, quanto a eventual malversação do art. 557, *caput*, do CPC, cabe frisar que o recurso especial pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Na verdade, tem-se aí três hipóteses distintas para o relator apreciar o pleito recursal monocraticamente.

8. Pode ser caracterizado como manifestamente improcedente o recurso em que a parte inconformada evidentemente não tem razão acerca de teses que são de fácil compreensão jurídica e que não envolvem maior complexidade argumentativa - como ocorre, por exemplo e via de regra, com a não-ocorrência de julgamento *extra petita* ou com a não-caracterização de omissões, contradições e obscuridades. Nestes casos, a negativa de seguimento ao recurso pode ser feita monocraticamente.

9. Não fosse isso bastante, a não-observância do art. 557, *caput*, do CPC resta convalidada com a análise do agravo regimental pelo órgão colegiado competente.

10. Agravo regimental não provido. (STJ, AGREsp 1096866, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 04/06/2009, DJ 25/6/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. OFENSA AO ARTIGO 557 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EX-COMBATENTE. PENSÃO. AVIADOR CIVIL. ATUAÇÃO NO TEATRO DAS OPERAÇÕES DE GUERRA. RECONHECIMENTO PELA LEI Nº 5.698/71. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. O julgamento monocrático pelo relator da causa, ao utilizar os poderes processuais do artigo 557 do CPC, não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, desde que o recurso se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, deste Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal.

(...)

3. Agravo regimental improvido. (STJ, AGREsp 730600, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 05/11/2009, DJ 23/11/2009)

A decisão agravada (fls. 133/134 vº) foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de remessa oficial e apelação, em mandado de segurança, interposta em face da sentença concessiva da ordem de segurança para que a União Federal libere parcelas de seguro-desemprego ao impetrante, devidas em razão de rescisão contratual homologada pela Justiça Arbitral.

Para reforma da sentença, alega-se, em suma, inexistir direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, tendo em vista que os Arts. 1º e 25, da Lei 9.307/96 facultam a utilização da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não é o caso do seguro-desemprego, conforme Art. 6º da Lei 7.998/90. Defende a União Federal, ademais, que a comprovação do vínculo empregatício deve ser feita mediante apresentação pelo trabalhador do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, e que a CLT não prevê a arbitragem dentre as hipóteses de rescisão do

contrato de trabalho, a par de seus efeitos (da sentença arbitral) não obrigarem terceiros estranhos à relação, e de ser vedada a usurpação das competências atribuídas aos Órgãos de fiscalização do Trabalho.

Contrarrrazões foram oferecidas às fls. 118/124.

O parecer do Ministério Público Federal é pela carência superveniente da ação, em razão da tutela antecipada satisfativa.

Autos conclusos em 02/02/11.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, rejeito a aventada hipótese de carência superveniente da ação, uma vez que a liberação das parcelas realizou-se com base em provimento jurisdicional de antecipação dos efeitos da tutela, o qual deve ser confirmado por decisão exauriente, sob pena de faltar lastro ao pagamento de tais verbas e, em tese, haver causa para a União Federal buscar a repetição do que pagou.

Rejeitada a preliminar, passo ao mérito.

Dentre as disposições gerais da lei de arbitragem, há expressa delimitação do âmbito de atuação do juízo arbitral aos direitos disponíveis. Configura-se a restrição uma garantia aos titulares de direitos indisponíveis, que somente poderão dirimir suas contendas judicialmente.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua

negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível sub judice, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

Conforme destacou o preclaro Ministro Luiz Fux, em um de seus votos, “o Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao ‘interesse público’. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.” (AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 251). Não é despiciendo afirmar que a sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, produz efeitos em relação a terceiros, sendo facultado a esses discutir eventual prejuízo a seus interesses jurídicos (O efeito *intra partes* diz respeito tão-somente à imutabilidade do provimento). E nesse ponto, mais uma vez, o recorrente não apresenta qualquer vício, irregularidade ou defeito que coloque em dúvida a validade da sentença proferida pelo impetrante. Insiste a autoridade impetrada em requerer sua nulidade com base na imprevisão legal, como se a lei não integrasse nenhum sistema, e como se esse sistema não devesse receber interpretação coesa, razoável, compatível

com os princípios gerais de direito, de modo a atender aos desideratos do legislador e da *mens legis*.

Por fim, oportuno ressaltar que o art. 18 da Lei de arbitragem não vincula a produção de efeitos de tais sentenças a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Nessa linha:

“DIREITO TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. FGTS. SAQUE DOS DEPÓSITOS. DESPEDIDA IMOTIVADA. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do gerente da CEF que não autorizou o levantamento dos valores da conta ‘vinculada do FGTS em razão da natureza arbitral da sentença que solucionou litígio trabalhista. Concessão da segurança em primeiro grau. Acórdão dando provimento à apelação da CEF por entender que a arbitragem não pode ser utilizada quando a matéria versa sobre dissídios individuais trabalhistas, haja vista que os direitos assegurados aos trabalhadores são indisponíveis. Irresignado, o particular interpôs recurso especial alegando violação do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas deve ser interpretada no sentido de proteger o empregado na relação trabalhista e não de prejudicá-lo. Havendo rescisão contratual sem justa causa, é cabível o levantamento dos depósitos do FGTS, ainda que a sentença tenha natureza arbitral. Nulidade inexistente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

3. O art. 477, § 1º, da CLT, o qual exige a assistência do sindicato da categoria do empregado ou de órgão do Ministério do Trabalho na rescisão contratual de trabalho, é regra

que visa a proteger o lado presumidamente mais fraco da relação jurídica laboral, qual seja, o trabalhador e sua classe. Não pode a mencionada norma ser invocada em prejuízo do obreiro.

4. Recurso especial provido.”

(REsp 777.906/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 228)

“ADMINISTRATIVO. FGTS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS. ARBITRAGEM. DIREITO TRABALHISTA.

1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente.

2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 695.143/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 12/12/2005, p. 294)

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao apelo e à remessa oficial.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Conforme consignado no *decisum*, “A indisponibilidade dos direitos trabalhistas

e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cedo que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível sub judice, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.”

No tocante à validade da sentença arbitral, para fins de percepção de seguro-desemprego, esta E. Décima Turma já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equiparase, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos termos do Art. 31 da Lei 9.307/96, como se depreende dos seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. RECONHECIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL PARA A CONCESSÃO DO SEGURO-DESEMPREGO. POSSIBILIDADE.

1. O uso da arbitragem para a solução de conflitos individuais, antes controverso, se pacificou com a edição da Lei nº 9.307/96, que estabeleceu as condições necessárias para o reconhecimento do Juízo Arbitral como forma de pacificação social.

2. Assim, reconhecida a validade das sentenças arbitrais proferidas nos limites da Lei nº 9.307/96, esta não pode se constituir em um entrave ao exercício de um direito do trabalhador, qual seja o de ver levantando seu seguro-desemprego, quando dispen-

sado sem justa causa.

3. Agravo a que se nega provimento. (TRF, AMS 0016461-12.2010.4.03.6100, Rel. Des. Fed. WALTER DO AMARAL, DÉCIMA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJF3 15/02/2012)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE.

I - Plenamente cabível a aplicação do artigo 557 ao presente caso, porquanto a decisão ora agravada apoiou-se em jurisprudência majoritária proferida por esta Corte. Ressalto que não se exige que a jurisprudência dos Tribunais seja unânime ou que exista Súmula a respeito da matéria. Ademais, com o reexame do agravo de instrumento pelo órgão colegiado, que ora se realiza por ocasião do julgamento deste agravo, resta prejudicada a questão referente ao alegado vício da apreciação monocrática.

II - O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado, não podendo ser interpretado de forma a prejudicá-lo.

III - A sentença arbitral possui a mesma validade e eficácia de uma decisão proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, produzindo, dessa forma, efeitos em relação a terceiros, exceto no que diz respeito à imutabilidade do provimento, pois aos terceiros é garantido o direito de discutir eventual prejuízo a seus interesses jurídicos.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela União Federal, improvido.

(TRF, AMS 0021833 39.2010.4.03.6100, Rel. Des. Fed. SÉRGIO NASCIMENTO)

TO, DÉCIMA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJF3 19/12/2011)

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DE CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. AGRAVO. ART. 527, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO DESEMPREGO. MEDIDA LIMINAR. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO DA UNIÃO FEDERAL DESPROVIDO.

- O art. 527 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.187/2005, suprimiu, em seu parágrafo único, a possibilidade de impugnação da decisão de conversão liminar do agravo de instrumento em retido, tornando incabível a interposição de agravo para essa finalidade. Precedentes desta Corte.

- De outra parte, consoante bem

assinalou o MM. Juiz ao deferir a medida liminar pleiteada pelo impetrante, restou demonstrada *in casu* a presença dos requisitos legais, em especial, a verossimilhança de suas alegações, uma vez que, considerando que é possível a arbitragem acerca de direitos trabalhistas renunciáveis, não justifica o impedimento do pagamento do seguro desemprego, sempre que tiver seu contrato de trabalho homologado por árbitro.

- Agravo desprovido.

(TRF, AI 2011.03.00.001314-2, Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI, DÉCIMA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJF3 04/05/2011)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

“A atuação administrativa de negar o seguro-desemprego quando a rescisão do contrato de trabalho é homologada por árbitro desvela, em verdade, indisfarçável preconceito das autoridades públicas gestoras daquele direito social para com as decisões arbitrais – cuja eficácia, repito, não está condicionada a homologação e tampouco sujeita a recurso para o Juiz.”

Fabiano Lopes Carraro

“Nessa judiciosa decisão, o E. Tribunal Regional Federal reconheceu o direito ao seguro-desemprego a determinado trabalhador e, para tanto, considerou válida a sentença arbitral por meio da qual se operara a rescisão do contrato de trabalho individual. No contexto da lide, foi decisivo o argumento segundo o qual a norma de garantia que veda que direitos indisponíveis sejam objeto de arbitragem não pode ser utilizada para prejudicar os direitos daqueles a que visa proteger.”

Louise Vilela Leite Filgueiras Borer

“(…) a arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, é aceita se preenchidos os seus pressupostos, tendo a sentença arbitral força de decisão judicial em todos os efeitos, seja para declarar a existência e rescisão da relação trabalhista, seja em relação aos direitos disponíveis decorrentes do fim da relação de trabalho, que tenham sido examinados. Assim, a apreciação da concessão do seguro-desemprego dependerá dos demais requisitos previstos na lei, uma vez que a sentença arbitral deve ser instrumento apto para reconhecer e dar efeitos ao fim desta relação contratual trabalhista, inclusive o recebimento de seguro-desemprego.”

Luciana Faisca Nahas

“A decisão, dentre as interpretações possíveis no contexto, privilegiou a proteção aos hipossuficientes, trabalhadores em situação de desemprego e segurados da Previdência Social, em harmonia com a diretriz do E. Superior Tribunal de Justiça.”

Raquel Fernandez Perrini

“Na área trabalhista, assim como no âmbito dos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, há perfeita convivência entre as normas imperativas e seus reflexos pecuniários; estes, sim, suscetíveis à arbitragem. A indisponibilidade de um direito trabalhista não opera contra os direitos do trabalhador, mas a seu favor. O que não se pode é afastar sua aplicação. É neste sentido que a norma deve ser analisada. Portanto, não há como invocá-la para prejudicar o destinatário da norma.”

Selma Ferreira Lemes

Em destaque



Fabiano Lopes Carraro

Juiz Federal Titular em Jales/SP. Ex-Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Referir-se à arbitragem no Brasil não constitui, hodiernamente, nenhuma novidade. A lei disciplinadora do instituto¹ completará, em breve, 20 anos de vigência, ao que se acrescenta a percepção quase unânime da comunidade jurídica acerca das vantagens conferidas por essa modalidade de solução de conflitos, notadamente quando contraposta à solução tradicional, outorgada pelo Estado por meio do exercício do poder jurisdicional.

As sobreditas vantagens, decorrentes da segurança, rapidez e economicidade afeáveis a partir da solução arbitral, atraíram a atenção imediata da iniciativa privada, pela constatação de que a arbitragem representaria uma oportunidade de diminuição de custos ordinariamente atrelados a longas pendências judiciais. Tais vantagens, do mesmo modo, seduziram o Estado brasileiro, sempre premido pela escassez de recursos necessários

para a prestação a tempo e modo de todo o cabedal de serviços públicos prometidos pela Constituição Federal à cidadania. Bem por isso, não foram poucos os serviços confiados a particulares pelo Estado, utilizando-se, para tanto, do contrato de concessão de serviço público e da arbitragem como modalidade de solução de arestas eventualmente havidas com o contraente-concessionário.²

O cenário acima desenhado, de paulatina propagação e fortalecimento da arbitragem em terras brasileiras, contrasta, ainda na atualidade, com aparente desconfiança enfrentada pelo instituto, especialmente perante a burocracia estatal. O *decisum* do

¹ Lei nº 9.307, de 23/09/1996.

² *Vide*, a título meramente exemplificativo, artigo 35, XVI, da Lei nº 10.233/2001 (arbitragem em contratos de concessão de meios de transporte, a cargo da ANTAQ e da ANTT); artigo 4º, § 5º, V, da Lei nº 10.438/2002 (arbitragem em contratos de concessão de energia elétrica, a cargo da ANEEL); artigo 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (arbitragem em parcerias público-privadas); artigo 21, XI, da Lei nº 11.909/2009 (arbitragem em contratos de concessão de transporte de gás natural).

E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja reprodução às inteiras precede estas linhas, representa um caso paradigmático daquilo que venho pontuar.

Com efeito. Conforme a ementa do citado precedente deixa entrever, no caso concreto, deu-se que trabalhador e empresa lograram resolver contrato individual de trabalho submetendo o ajuste à chancela homologatória de terceiro, atuante na condição de representante de câmara arbitral. En-

cerrado o conflito, intentou o trabalhador receber as parcelas de seguro-desemprego que a lei lhe assegura, sobrevivendo empecilho por parte do órgão público encarregado da liberação desse benefício. A motivação da negativa da benesse, percebe-se pela ementa, é de ordem eminentemente formal, calcada no fato de que a homologação da rescisão contratual teria partido de árbitro, e não de órgão judiciário.

A conduta administrativa, então, motivou o trabalhador à impetração de Mandado de Segurança, no qual a União sustentou a higidez da conduta impugnada por meio da ação mandamental. Disse a União, com efeito, que a decisão arbitral não poderia mesmo ser aceita para o fim de liberação de seguro-desemprego, haja vista que este assumiria as galas de direito indisponível do trabalhador, posto ao largo, portanto, de deliberação por meio de sentença arbitral, *ex vi* do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 em sua combinação com o artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT. Disse, do mesmo modo, que a denegação do benefício tivera por fundamentos as disposições constantes

“(…) não é de se reprochar, *prima facie*, transações relativas a verbas pecuniárias decorrentes de rescisão de contrato de trabalho, contanto que o ajuste não desafie frontalmente a lei ou as convenções coletivas celebradas pelas categorias envolvidas. A força imperativa de tais transações prescindiria, nesses casos, da intervenção homologatória de autoridade estatal ou sindical, sendo aferida mesmo quando chancelado o negócio jurídico por decisão de árbitro escolhido livremente pelas partes.”

nas “normas de procedimento” adotadas pelo Setor de Seguro-Desemprego e Abono Salarial do Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos da Lei nº 7.998/1990 e Resolução nº 467/2005 do CODEFAT – Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Sem embargo das razões invocadas pela União, vê-se que o benefício do seguro-desemprego restou concedido, a conta de decisões favoráveis obtidas pelo trabalhador-impetrante em duas instâncias do

Poder Judiciário. Tais decisões, a juízo deste magistrado, alicerçam-se na melhor interpretação das regras legais em vigor, não só aquelas referentes às hipóteses de obtenção do seguro-desemprego (Lei nº 7.998/1990), mas também – e principalmente – aquelas que disciplinam a arbitragem no Brasil.

Diga-se, de saída, que não se desconhece que o legislador estabeleceu como pressupostos para a solução de conflitos por meio da arbitragem a capacidade civil dos interessados, bem como a disponibilidade dos direitos submetidos à solução arbitral,³ característica esta de que se ressentiria o seguro-desemprego e os direitos trabalhistas de um modo geral.

No ponto, vale destacar que é firme a jurisprudência do E. Tribunal Superior do Trabalho a consagrar o entendimento de que

3 Segundo o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, *verbis*: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

é impossível a aplicação da lei de arbitragem nas relações individuais trabalhistas, sob pena de violação do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É o que se constata, v.g., a partir de excerto de julgamento emanado daquela egrégia Corte, a afirmar que:

(...) a Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. (TST, SDI-1, E-ED-RR nº 79500-61.2006.5.05.0028, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ 30/03/2010)⁴

Nada obstante o respeitoso entendimento acima explicitado, merece destaque posição doutrinária firmada em sentido contrário. Destacando uma certa *antipatia* da doutrina juslaboralista em relação à solução arbitral de conflitos trabalhistas, lembra Carlos Alberto Carmona que o instituto da arbitragem é amplamente utilizado em terras estrangeiras, notadamente nos Estados Unidos da América, prevalecendo naquele país a percepção de que essa modalidade de solução de conflitos individuais de trabalho é mais vantajosa do que a solução pela via judicial. Diferentemente, arremata, do que ocorre no Brasil, onde prevalece “forte desconfiança em relação a qualquer forma de resolver conflitos entre partes economicamente desiguais fora do Poder Judiciário”.⁵

A posição doutrinária supracitada, indubitavelmente menos paternalista, parece-nos mais adequada aos tempos modernos, em que, conforme já sublinhado, não são poucas as controvérsias de indiscutível interesse público submetidas pela vontade do legislador à solução arbitral. É dizer: embora não se ponha em xeque a impossibilidade de se transigir, v.g., quanto a normas afetas à segurança e à medicina do trabalho – dados os relevantes e intransigíveis objetos tutelados por tais regramentos –, não é de se reprochar, *prima facie*, transações relativas a verbas pecuniárias decorrentes de rescisão de contrato de trabalho, contanto que o ajuste não desafie frontalmente a lei ou as convenções coletivas celebradas pelas categorias envolvidas. A força imperativa de tais transações prescindiria, nesses casos, da intervenção homologatória de

4 No mesmo sentido: AIRR nº 1229/2004-014-05-40.3, DEJT 27/11/2009; RR nº 13100-51.2005.5.20.0006, DJ 14/10/2011; RR nº 1599/2005-022-02-00.8, DEJT 02/10/2009; RR nº 93900-53.2001.5.05.0611, publ. 13/11/2009; AIRR nº 415/2005-039-02-40.9, DEJT 26/06/2009; RR nº 192700-74.2007.5.02.0002, publ. 28/05/2010; RR nº 148400-18.2004.5.02.0039, DEJT 10/12/2010; RR nº 106500-58.2008.5.15.0005, publ. 09/09/2011. Contra: AIRR nº 1475/2000-193-02-00.7,

publ. 17/10/2008; e RR nº 87985-12.2005.5.10.0007, DJE 03/02/2012. Nesse último caso, admitiu-se a arbitragem pela peculiar circunstância de se cuidar de conflito trabalhista com organismo internacional, pelo que “a cláusula compromissória de sujeição do litígio à arbitragem constitui, na verdade, garantia de que a controvérsia será efetivamente dirimida (ainda que perante o juízo arbitral)”. Os precedentes citados foram compilados por Luís Carlos Moro, in *Revista do Advogado*, n. 119, abril/2013, p. 93 e segs.

5 *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

autoridade estatal ou sindical, sendo aferida mesmo quando chancelado o negócio jurídico por decisão de árbitro escolhido livremente pelas partes. Máxime à constatação de que o respeito e obediência prestados pela sociedade às decisões judiciais devem *ex vi legis* comunicar-se ao quanto pactuado perante o árbitro,⁶ sendo maior a força coercitiva da solução arbitral quanto maior for a credibilidade da instituição à qual conferidos poderes de arbitragem do conflito.

De todo modo, é de ser notado que a questão atinente à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ainda que considerada, *ad argumentandum tantum*, como dado intransponível da realidade, não justificaria de nenhuma maneira a conduta da Administração Pública de negar ao particular o benefício do seguro-desemprego, sob pena de se tomar em conta um princípio protetivo – o da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador – em flagrante prejuízo daquele a quem se visa proteger.

É assim porque a rescisão de contrato de trabalho homologada por decisão arbitral às escâncaras não tem por objeto transigir acerca dos recursos do seguro-desemprego. Em verdade, a percepção desse benefício pelo

trabalhador é apenas corolário legal do despedido do empregado, este sim, um *dado da realidade* reconhecido pela sentença arbitral.

A atuação administrativa de negar o seguro-desemprego quando a rescisão do contrato de trabalho é homologada por árbitro desvela, em verdade, indisfarçável

“(...) é de ser notado que a questão atinente à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ainda que considerada, *ad argumentandum tantum*, como dado intransponível da realidade, não justificaria de nenhuma maneira a conduta da Administração Pública de negar ao particular o benefício do seguro-desemprego, sob pena de se tomar em conta um princípio protetivo – o da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador – em flagrante prejuízo daquele a quem se visa proteger.”

preconceito das autoridades públicas gestoras daquele direito social para com as decisões arbitrais – cuja eficácia, repito, não está condicionada a homologação e tampouco sujeita a recurso para o Juiz. A Resolução CODE-FAT nº 467/2005, ao estribar a conduta administrativa ora em exame, constitui fonte de um sem-número de “falsos litígios” entre a Administração Pública e o particular, mormente porque as autoridades gestoras do benefício do se-

guro-desemprego não se animam a apontar vícios ou ardis nos conflitos solvidos pelo caminho da arbitragem. Bem ao contrário, furtam-se do dever legal de entregar ao trabalhador a parcela de seguro-desemprego que lhe é de direito apenas por infundada desconfiança em relação ao agente interviniente no ajuste celebrado entre trabalhador e empregador.

A conduta da Administração Pública de negar a validade e eficácia dos ajustes trabalhistas homologados por árbitros, porque retrógrada, tem sido constantemente censurada pelos Tribunais, sendo variegados os precedentes a reconhecer ao trabalhador o direito ao seguro-desemprego e também ao levantamento de saldos de contas vinculados ao FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de

6 Dispõe, com efeito, o artigo 31 da Lei nº 9.307/1996 que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Esse dispositivo teve a sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, oriunda do Reino de Espanha, cujo acórdão fora publicado do Diário da Justiça de 30/04/2004.

Serviço mesmo que a rescisão do contrato de trabalho tenha sido homologada por decisão arbitral, e ainda que não tenha o trabalhador sido assistido pelo sindicato de sua categoria.

Nesse sentido, por todos,⁷ cito a ementa de v. acórdão do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. FGTS. SAQUE DOS DEPÓSITOS. DESPEDIDA IMOTIVADA. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do gerente da CEF que não autorizou o levantamento dos valores da conta vinculada do FGTS em razão da natureza arbitral da sentença que solucionou litígio trabalhista. Concessão da segurança em primeiro grau. Acórdão dando provimento à apelação da CEF por entender que a *arbitragem* não pode ser utilizada quando a matéria versa sobre dissídios individuais trabalhistas, haja vista que os direitos assegurados aos trabalhadores são indisponíveis. Irresignado, o particular interpôs recurso especial alegando violação do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas deve ser interpretada no sentido de proteger o empregado na relação trabalhista e não de prejudicá-lo. Havendo rescisão contratual sem justa causa, é cabível o levantamento dos depósitos do FGTS, ainda que a sentença tenha natureza arbitral. Nulidade inexistente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

3. O art. 477, § 1º, da CLT, o qual exige a assistência do sindicato da categoria do empregado ou de órgão do Ministério do Trabalho na rescisão contratual de trabalho, é regra que visa a proteger

o lado presumidamente mais fraco da relação jurídica laboral, qual seja, o trabalhador e sua classe. Não pode a mencionada norma ser invocada em prejuízo do obreiro.

4. Recurso especial provido.

(STJ, Primeira Turma, RESP nº 777.906/BA, Relator Ministro José Delgado, j. 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 228)

Em arremate, pode-se dizer que as “normas de procedimento” editadas por meio da Resolução CODEFAT nº 467/2005 constituem uma evidência de que a arbitragem, conquanto seja um instituto jurídico há muito introduzido em nosso ordenamento, ainda não foi assimilada, como seria de rigor, pela burocracia estatal, a exigir do Poder Judiciário, em consequência, intervir em prol de trabalhadores em um sem-número de rescisões de ajustes trabalhistas, ainda que já equacionados esses contratos, na sua essência, por outros meios de composição dos atores sociais.

Urge, pois, que as autoridades federais às quais confiado o poder-dever de zelar pelo benefício do seguro-desemprego revejam as “normas de procedimento” até aqui adotadas, adequando-as a uma realidade quase vintenária, que não olvida dos modernos mecanismos extrajurisdicionais de solução de litígios.

7 No mesmo sentido: RESP nº 867.961/RJ; RESP nº 860.549/BA; RESP nº 817.774/BA; RESP nº 778.154/BA; RESP nº 707.065/BA; RESP nº 707.043/BA; AgRg no RESP nº 706.913/BA; AgRg no RESP nº 695.143/BA; RESP nº 659.631/BA; AgRg no RESP nº 638.150/BA; RESP nº 635.354/BA; e RESP nº 635.156/BA.



Louise Vilela Leite Filgueiras Borer

Juíza Federal. Mestranda em Direito pela PUC/SP.

Arbitragem é o meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial,¹ meio alternativo que tem ganhado força no cenário jurídico nacional desde o advento da Lei nº 9.307/1996, que o regulamentou, mas que ainda suscita muitas questões, como as que foram trazidas à tona na decisão do E. Tribunal Federal em Agravo Legal de relatoria do E. Desembargador Federal Baptista Pereira,² motivo de nossa análise.

Nessa judiciosa decisão, o E. Tribunal Regional Federal reconheceu o direito ao seguro-desemprego a determinado trabalhador e, para tanto, considerou válida a sentença arbitral por meio da qual se operara a rescisão do contrato de trabalho individual. No contexto da lide, foi decisivo o argumento segundo o qual a norma de garantia que veda que direitos indisponíveis sejam objeto de arbitragem³ não pode ser utilizada para prejudicar os direitos daqueles a que visa proteger.

Confira-se importante trecho da decisão monocrática confirmada pelo acórdão em comento:

Dentre as disposições gerais da lei de arbitragem, há expressa delimitação do âmbito de atuação do juízo arbitral aos direitos disponíveis. Configura-se a restrição uma garantia aos titulares de direitos indisponíveis, que somente poderão dirimir suas contendas judicialmente.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do segurodesemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e

1 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

2 TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013.

3 Lei nº 9.307/1996, art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

(TRF 3ª Região, AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 22/06/2011, e-DJF3 04/08/2011)

A conclusão é de fato irretorquível. Afasta a possibilidade de se usar a norma de garantia contra o hipossuficiente que visa a proteger. Reconhece, por essa razão, a eficácia da sentença arbitral para rescindir o contrato de trabalho, prestigiando o instituto como meio de solução de controvérsias na seara trabalhista.

A decisão representa também um avanço no sentido da afirmação da possibilidade de admitir-se a arbitragem em lides trabalhistas, o que tem sofrido críticas da doutrina jus laboral. Ainda que limitada aos contornos do caso concreto, que versa sobre os pressupostos para o recebimento de seguro-desemprego e, por isso, não se debruça mais detidamente sobre a questão disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ao não rejeitá-la de plano, sinaliza no sentido da possibilidade de se aceitar tal tipo de transação e, nesse passo, age com acerto, como se pretende demonstrar a seguir.

Arbitragem e jurisdição.

Antes disso, porém é preciso situar no tempo, em brevíssimas linhas, a polêmica da arbitragem no Brasil, e as dificuldades enfrentadas para a sua aceitação no meio nacional.

Segundo Carlos Alberto Carmona,

(...) basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de

1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.⁴

Nesse contexto, havia muita controvérsia sobre a natureza jurídica da sentença arbitral, tendo se formado na doutrina três correntes sobre o tema. Uma que entendia a arbitragem como ato de natureza contratual, outra que lhe emprestava natureza pública por delegação de função jurisdicional e uma mista, que admitia a consensualidade na origem da cláusula ou compromisso arbitral, mas também a natureza jurisdicional da sentença produzida mediante o procedimento arbitral. Confirma-se com Batista e Magalhães (1986) essas três vertentes de pensamento:

- a) uma de natureza puramente contratual, considerando que as partes, ao firmarem o compromisso, se obrigam a cumprir o laudo, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos; o seu descumprimento obriga as partes a buscarem chancela estatal, pois ausente no árbitro poder jurisdicional;
- b) outra considerando o juízo arbitral verdadeira jurisdição, por ser atividade sucedânea e complementar do Poder Judiciário cujo laudo, sendo ato mais importante, seria resultado de uma atividade pública delegada ao árbitro;
- c) ainda uma terceira, considerando as outras duas muito extremadas, conferiu natureza mista ao instituto pois o mesmo teria base contratual, pelo compromisso de característica estritamente consensual, estabele-

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

cendo as diretrizes do juízo arbitral que instituiu. Mas o laudo arbitral, embora tivesse seu fundamento e seus limites no referido compromisso, não seria integrativo do mesmo e seus efeitos decorreriam da lei e não da vontade das partes. Portanto, a arbitragem seria contratual no seu fundamento e também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral como forma privada de solução de conflitos.⁵

Nesse cenário, a Lei nº 9.307/1996 veio apaziguar a discussão, conferindo maior autonomia ao juízo arbitral e maior eficácia às sentenças produzidas por meio da arbitragem, reforçando a natureza publicística do instituto.

Primeiramente, a lei equiparou a sentença arbitral à jurisdicional. Com efeito, o artigo 31 da Lei nº 9.307/1996 estatui que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. E é mesmo nesse sentido o acórdão em comentário:

“Dessarte, tudo leva a concluir que não há vedação à rescisão contratual em relação individual de trabalho por sentença arbitral, nem a natureza do direito versado deve levar automaticamente à nulidade da convenção de arbitragem ou da subsequente sentença, como reconheceu o v. acórdão.”

A Décima Turma desta Corte já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equipara-se, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos

termos do Art. 31 da Lei 9.307/96. (TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013)

Portanto, após o advento da lei, não há dúvida sobre o caráter jurisdicional da sentença arbitral – ainda que não se trate de jurisdição estatal e ainda que a sua possibilidade resulte, na origem, de um ato de vontade, consensual, no sentido de estipular o compromisso ou a cláusula arbitral:⁶ é que o procedimento e a sentença arbitral têm natureza pública cogente, nos termos da lei que a

regula, destacando-se a arbitragem em si, ao ser instituída, daquele ato inicial que a originou, regido pela autonomia da vontade.

Sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, há que se registrar a opinião dos que reputam jurisdicional somente a função estatal,⁷ dado o monopólio consti-

tucional da atividade pelo Estado, e assim não atribuem à arbitragem esse caráter. Porém, especialmente após o advento da Lei nº 9.307/1996, predomina a ideia de que a arbitragem reúne as características essenciais da função jurisdicional e dos que admitem um conceito mais alargado de jurisdição, aí

5 MAGALHÃES, José Carlos de; BATISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 20-21, *apud* COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19.

6 Modalidades que a lei houve por bem reunir sob a denominação genérica de convenção de arbitragem. Lei nº 9.307/1996, Art. 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

7 A exemplo de Alexandre Freitas Câmara, em *Arbitragem*: Lei nº 9.307/1996, Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1997, p. 9-12 *apud* COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

inserida arbitragem. Como adverte Carmona:

O artigo 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, *constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem*, pondo termos à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. (destaquei)⁸

Assim, outro aspecto resolvido pela lei é justamente a formação do título judicial pela sentença arbitral, sem que seja necessária a homologação do laudo pelo Judiciário. Mais ainda, restringiu-se o questionamento judicial desse ato às nulidades formais ou, quanto ao conteúdo, somente às circunstâncias de ter a sentença ou o procedimento se afastado dos limites da convenção de arbitragem ou de versar sobre direitos indisponíveis.

Com efeito, a lei estatui que a sentença faz título executivo judicial e só poderá ser anulada se constatada a nulidade do compromisso, se houver emanado de quem não poderia ser árbitro; se não contiver os requisitos formais da sentença (relatório, fundamentação, dispositivo e data); por extrapolar os limites da convenção de arbitragem; se for *citra petita*; se constatados ilícitos que maculem a imparcialidade do órgão prolator nas hipóteses de prevaricação, concussão ou corrupção passiva; por intempestividade ou se forem desrespeitados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, conforme consta no artigo 32 da referida lei.

Como se percebe, a lei veda a incursão do Poder Judiciário no mérito do litígio, se e quando as partes regularmente optarem por solucioná-lo via da arbitragem, portanto, desde que respeitadas as formalidades e o conteúdo da convenção de arbitragem – o que em última análise reflete o desejo das partes de subtrair a questão da jurisdição estatal.

Essa circunstância também gerou muita celeuma, pois, aparentemente, a lei estaria a suprimir a garantia da inafastabilidade e universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). A doutrina majoritária perfilhou-se no sentido de não haver ofensa à garantia, eis que as partes voluntariamente escolhem a via da arbitragem, e a garantia não tem o efeito de obrigar a todos a trilhar a via do Judiciário: consiste, ao contrário, em manter as portas abertas, àqueles que dela pretendem se utilizar.

É nesse sentido a doutrina de Joel Dias Figueira Júnior:

Estamos diante de uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de faculdade concedida à partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução de seus conflitos (...) A inconstitucionalidade ocorreria, nesse particular se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar solução se seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e aí sim, a afronta ao artigo 5º XXXV da CF.⁹

Sobre esse assunto, ademais, já houve pronunciamento da E. Supremo Tribunal Federal, em acórdão que sufragou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, cujo excerto da ementa se destaca:

8 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

9 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 160.

Lei de arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. (STF, SE 5.206 AgR/EP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ 30/04/2004)¹⁰

Direitos disponíveis e rescisão do contrato de trabalho.

Outro aspecto de possível nulidade da sentença arbitral, porém, deve ser lembrado aqui, pois tange à questão fulcral tratada no acórdão em comento: a impossibilidade de se resolver litígios que versem direitos indisponíveis por via da arbitragem.

De fato, o artigo 1º da Lei de Arbitragem delimita, já de início, o âmbito do instituto,

vedando que se adote o procedimento em matéria de direitos indisponíveis. É, sem dúvida, norma de garantia, como ressaltou o julgado em apreço, eis que visa à proteção daqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência em determinada relação jurídica e que possam vir a ser levados a transigir, por exemplo, sobre aspectos essenciais à dignidade humana em função de uma presumida disparidade de armas.

Em virtude disso, outra importante discussão que se trava no âmbito da arbitragem é sobre o seu alcance na seara trabalhista, pois a doutrina jus laboral considera, com base no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho,¹¹ que os direitos trabalhistas, por constituírem “normas de proteção ao trabalho”, têm natureza indisponível, isto é, não são transacionáveis, como forma de proteger o trabalhador, presumidamente hipossuficiente na relação laboral.

Em relação à convenção coletiva de trabalho, não há muita celeuma, seja porque a Constituição Federal garante em seu artigo 114, § 1º, que “frustrada a negociação coletiva as partes poderão eleger árbitros”, ou porque, em se tratando de acordos coletivos, considera-se o espectro de disponibilidade de direitos muito mais amplo.

A questão que divide posicionamentos é, de fato, a arbitragem no contrato individual do trabalho.

Segundo Carmona, em obra obrigatória para o estudo do tema, em virtude do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas,

(...) a doutrina ainda dominante, acaba sustentando uma ordem protecionista das regras inseridas na

¹⁰ O debate no STF travou-se especialmente em relação à possibilidade de se afastar do Poder Judiciário conflitos ainda não surgidos, por meio da cláusula compromissória. Não houve divergência em relação à constitucionalidade da convenção de arbitragem na modalidade compromisso arbitral, que é firmado após a existência do litígio. Os ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Nery da Silveira e Moreira Alves entenderam que tratar-se-ia de renúncia *in abstracto* ao direito de ação e reputaram os artigos 6º, parágrafo único, e 7º, e seus parágrafos, inconstitucionais, ficando vencidos no julgamento.

¹¹ CLT, art. 444: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Consolidação das Leis do Trabalho, tudo de modo a fazer crer serem indisponíveis os direitos ali regulados, o que impediria a utilização da arbitragem.¹²

O autor, contudo, com isso não concorda, pois entende que as relações de trabalho não versam somente sobre direitos indisponíveis e irrenunciáveis. Confira-se:

(...) quanto aos conflitos individuais, embora não se deixe reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na consolidação das Leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e a consequente transação), de sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através do juízo arbitral.¹³

Sem dúvida. Uma leitura detida do artigo 444 da CLT evidencia que o legislador assume que há direitos trabalhistas disponíveis, pois permite a livre estipulação das partes nas relações contratuais de trabalho – salvo quanto às normas protetivas. Nesse passo, se perquire o que há de se inserir no conceito de norma protetiva e o que há de se excluir desse conceito? O tratamento do assunto certamente desbordaria o âmbito desse comentário, mas interessante se faz consignar, também nesse aspecto, que a dificuldade conceitual afloraria principalmente nas relações em curso e não quando se tratar de relação finda, rescindida, sujeita a indenização.

Sim, pois a rescisão do contrato de trabalho, com a competente fixação de indenização, resolve-se patrimonialmente e, em que pese se tratar de verba de origem salarial e alimentar, reveste-se, ao término do contrato de trabalho, de caráter indenizatório e, portanto, de natureza disponível. Dessarte, tudo leva a concluir que não há vedação à rescisão contratual em relação individual de trabalho por sentença arbitral, nem a natureza do direito versado deve levar automaticamente à nulidade da convenção de arbitragem ou da subsequente sentença, como reconheceu o v. acórdão.

Visto isso, com mais razão se apoia a tese sustentada no acórdão aqui comentado, que com acerto não desprezou de plano os efeitos da sentença arbitral sob o argumento da nulidade. Aventou, contudo, como principal razão de decidir, o seguinte trecho da decisão monocrática que confirmou:

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *subjudice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

12 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

13 *Ibidem*.

(TRF 3ª Região, AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 22/06/2011, e-DJF3 04/08/2011)

A interpretação da norma de garantia.

Ressalta a decisão a natureza de norma de garantia do artigo 1º da Lei de Arbitragem, que restringe o instituto ao âmbito dos direitos disponíveis. E, como norma de garantia, a sua aplicação não pode prescindir da interpretação teleológica, que, evidentemente, não autorizará que seu sentido literal seja invocado em desfavor daquele que protege, pois tal seria desconsiderar a finalidade da existência da norma, destacando-a de seu contexto e do sistema ao qual pertence.

Ao Judiciário cabe a tarefa de interpretar a norma jurídica, extraíndo dela seu sentido e alcance. Nas palavras de Hans Kelsen:

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este precisa *fixar o sentido* das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas. (destaquei)¹⁴

Fixar o sentido é compreender extraindo a razão de ser da norma, a finalidade. O conteúdo da norma lhe dá sentido, encerra uma pretensão, tem uma intenção, tem em si uma finalidade, que é a razão de sua existência e à qual é preciso *dar eficácia* no ato da aplicação. Como afirma Eros Grau, aludindo à teoria de Gadamer:

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de determinado caso. A interpretação do Direito consiste em

concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.¹⁵

E ainda com Eros Grau:

Ensina Von Jhering que a finalidade é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.¹⁶

Não por outra razão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.¹⁷

A decisão em comento não se afasta dessa linha de raciocínio, que tem sido referendada pela jurisprudência de nossos tribunais. Lembro, por oportuno, que o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, e bem assim o Superior Tribunal de Justiça, em lides que versam sobre aposentadoria por tempo de serviço, têm referendado esse raciocínio, reconhecendo o tempo de serviço do menor de 14 anos, apesar da vedação constitucional do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, norma de garantia. O argumento pela descon sideração desses períodos tem sido sistematicamente afastado, por resultar em prejuízo àquele a quem a norma pretende proteger.¹⁸

14 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 363.

15 GADAMER, Hans-Georg {1991}. *Verdad y método*. 4. ed. Trad. de Ana Agud Aparício e Rafael Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, *apud* GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

16 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 84.

17 Decreto-lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010, art. 5º.

18 Nesse sentido: 1) TRF 3ª Região, ApelReex 0007684-47.2001.4.03.6102, Décima Turma, Relator Juiz Federal Convocado Nilson Lopes, e-DJF3 05/12/2012; 2) TRF 3ª Região, AR 0010918-63.2008.4.03.0000, Terceira Seção, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, e-DJF3 26/11/2012; 3) TRF 3ª Região, ApelReex 0020658-

Aqui o mesmo raciocínio é aplicado, e duplamente: por um lado interpreta-se teleologicamente a norma que veda a arbitragem sobre direitos indisponíveis para proteger o indivíduo que os possua, no caso o trabalhador que teve rescindido o contrato de trabalho por via da arbitragem e pleiteia o seguro-desemprego. De outra parte, há a norma previdenciária que visa a amparar esse indivíduo em situação de desemprego involuntário, garantia do trabalhador, e que exige a prova da rescisão contratual sem justa causa.

Com efeito, a lei previdenciária que exige a prova da rescisão do contrato de trabalho pretende que se tenha certeza sobre esse fato, requisito legal para que o indivíduo esteja autorizado a receber o benefício. Se rescindido estiver o contrato de trabalho por sentença arbitral, eventual nulidade desta, por versar sobre direitos indisponíveis, nem sequer entra em questão: o que importa para atender-se à finalidade da norma previdenciária é a certeza sobre a situação de desemprego involuntário e seja qual for a sua causa última, estará atendida. Também por esse aspecto, ao des-

“(...) a lei previdenciária que exige a prova da rescisão do contrato de trabalho pretende que se tenha certeza sobre esse fato, requisito legal para que o indivíduo esteja autorizado a receber o benefício. Se rescindido estiver o contrato de trabalho por sentença arbitral, eventual nulidade desta, por versar sobre direitos indisponíveis, nem sequer entra em questão: o que importa para atender-se à finalidade da norma previdenciária é a certeza sobre a situação de desemprego involuntário e seja qual for a sua causa última, estará atendida.”

prezar, como meio de prova, a certeza que vem da sentença arbitral estar-se-ia interpretando a norma regulamentar de uma garantia de forma desfavorável ao seu destinatário e sem razão (finalidade) de interesse público que o justificasse.

Nesse caso, a sentença arbitral comprova a rescisão e atende à finalidade da norma. Se houve violação de direito na rescisão contratual, tanto pior, e deve ser buscada a reparação. Contudo, fato é que ocorreu, e o indivíduo, desempregado

que está, faz jus à percepção do benefício, nos termos da lei. A circunstância sobre ter sido a rescisão ocasionada por despedida sem justa causa ou indireta pode ser observada do teor da sentença arbitral, que é, em geral, oriunda de rescisões trabalhistas por esse motivo; o que aqui, no caso concreto, anote-se, não se põe em questão. Também aqui não foram discutidas outras causas de nulidade da sentença arbitral, reitere-se.

Em conclusão, temos que a arbitragem representa um avanço no sentido da solução de conflitos em sociedade. É um aliado importante – e não um concorrente – da jurisdição estatal em sua tarefa de promover a paz social, e que felizmente, vem ganhando prestígio desde a Lei nº 9.307/1996. Não vemos óbice em que seja aplicada na seara trabalhista, especialmente em se tratando da estipulação de verbas rescisórias, direitos patrimoniais disponíveis.

Porém, mesmo em se abstraindo a dis-

60.2004.4.03.9999, Oitava Turma, Relator Juiz Federal Convocado João Consolim, e-DJF3 20/04/2012; 4) TRF 3ª Região, AC 0004701-67.2009.4.03.6111, Décima Turma, Relatora Juíza Federal Convocada Marisa Cúcio, e-DJF3 08/02/2012; 5) TRF 3ª Região, AC 0059213-64.1995.4.03.9999, Quinta Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJ 19/08/1997; 6) STJ, AR 2006/0183880-5, Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 09/09/2008.

cussão sobre o alcance da arbitragem na seara trabalhista, que aqui em breves linhas se expôs, desconsiderar a sentença arbitral como forma de rescisão do contrato de trabalho individual, para então negar-se o seguro-desemprego ao trabalhador, seria interpretação dissociada do sentido teleológico possível da norma, que limita o âmbito material de alcance da arbitragem apenas aos direitos disponíveis, assim como da lei previdenciária, que garante o direito ao seguro-desemprego.

Bibliografia.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.



Luciana Faisca Nahas

Doutoranda em Direito Civil pela PUC/SP, sob a orientação do Professor Francisco José Cahali. Graduada, Especialista e Mestre em Direito pela UFSC. Coordenadora e Professora da 1ª e 2ª Edição da Especialização em Direito de Família no CESUSC. Professora de Direito em cursos de graduação e pós-graduação há 10 anos já tendo lecionado no CESUSC, UFSC, UNIVALI, UNOESC e UNISUL. Professora convidada permanente da ESA-OAB/SC. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/SC. Membro do IBDFAM/SC. Autora da obra “União Homossexual - Proteção Constitucional”, Editora Juruá (2006). Advogada atuante.

1. Introdução.

A Constituição de 1988, em seu viés democrático, implementou o acesso à justiça e consolidou a garantia de diversos direitos fundamentais, na esfera individual, política, social e coletiva. Como ressalta Szklarowsky,¹ a Constituição, em virtude de primar pela democracia e pelos direitos fundamentais, maximizou o sentimento de cidadania no povo brasileiro.

Ser parte em uma demanda judicial passou a ser situação aceitável, e até mesmo comum na vida do cidadão, como destaca Agostinho Toffoli Tavoraro:

O horror e a vergonha que o homem comum tinha de ser chamado à Justiça, que tantas vezes ouvimos expresso por nossos clientes no passado, deixaram de existir, sendo raro hoje o brasileiro que não seja ou tenha sido parte num processo.²

A consequência desta conscientização do cidadão sobre seus direitos, aliada à facilitação do acesso à justiça, teve como reflexo

imediate o aumento de demandas no Poder Judiciário:

Vivemos em um país cujo Índice de Desenvolvimento Humano nos aproxima dos países mais pobres. Por via de consequência, os conflitos sociais gerados pelo imenso desequilíbrio na distribuição de riquezas fazem chegar um expressivo número de demandas ao Judiciário daqueles que buscam resolver seus conflitos de interesses.

Essa pletora de demandas gera um indesejável asseveramento do Judiciário. A consequência natural disso é uma grande morosidade na instrução e resolução dos Processos Judiciais. O número insuficiente de Juizes é um problema que de fato foi confirmado por pesquisas que demonstram que o Brasil está muito aquém da realidade dos países desenvolvidos. Enquanto que o Brasil, em 2003 tinha 7,7 Juizes para cada 100.000 habitantes, a Alemanha encontrava-se em posição de especial destaque (inclusive em relação aos demais países desenvolvidos), haja vista que contava com 28 Juizes para igual número de habitantes. Todavia, o fato de o Brasil encontrar-se acima

1 SZKLAROWSKY, Leon Frejda (Coord.) *Morosidade da justiça*. Brasília: Consulex, 2001, p. 39.

2 TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Justiça morosa ou injustiça*. Consulex, Brasília, DF, ano 7, n. 167, 31 dez. 2003, p. 17.

da média mundial (7,3 Juízes para cada 100.000 habitantes), demonstra que outro grave problema do nosso Judiciário encontra-se na falta de otimização na utilização dos recursos humanos e materiais existentes.³

O reconhecimento da insuficiência do Poder Judiciário para dar conta do crescente número de demandas judiciais provocou uma série de medidas legislativas, a fim de tornar mais célere e efetiva a resolução dos conflitos. Essas medidas legais, ou reformas, atingiram a estrutura do Poder Judiciário, as regras processuais, e estimularam a criação e incentivo de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação e arbitragem, culminando, no ano de 2004, com uma Emenda Constitucional de nº 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”, que incluiu no artigo 5º da Constituição mais um direito fundamental: o da duração razoável do processo.

Estas mudanças vêm ocorrendo de forma pontual desde o início dos anos 90, através de pequenas reformas do texto do Código de Processo Civil, bem como da edição de leis especiais. A técnica de se modificar pontos específicos tem como objetivo tornar mais célere estas alterações.

Dentre estas modificações, duas em especial serão utilizadas na análise da decisão prolatada no julgamento do Agravo Legal em Apelação/Reexame Necessário nº 0006915-

30.2010.4.03.6100/SP, realizado em 13 de agosto de 2013: 1) a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que instituiu a arbitragem como técnica alternativa de resolução de conflitos, 2) a modificação no sistema recursal do Código de Processo Civil através da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998.

2. Resumo do caso.

A situação em análise originou-se de Mandado de Segurança interposto por um trabalhador que teve negada a liberação em seu favor do seguro-desemprego. A negativa se deu em razão do não reconhecimento pela União da sua rescisão do contrato de trabalho, homologada por sentença arbitral nos moldes da Lei nº 9.307/1996. Alegou a União que a arbitragem não pode ser utilizada em relação a direitos indisponíveis, como direitos trabalhistas e a decorrente concessão do seguro-desemprego, e que, ademais, a sentença arbitral não poderá ter efeitos em relação aos que não participaram diretamente da demanda.

O impetrante teve a segurança concedida em primeiro grau, determinando que a União liberasse em seu favor as parcelas de seguro-desemprego devidas.

Inconformada com a decisão, a União apelou, e os autos ascenderam ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo recurso e pela remessa oficial necessária neste caso.

O relator Desembargador Federal Baptista Pereira, ao analisar o recurso e a

“O reconhecimento da insuficiência do Poder Judiciário para dar conta do crescente número de demandas judiciais provocou uma série de medidas legislativas, a fim de tornar mais célere e efetiva a resolução dos conflitos. Essas medidas legais, ou reformas, atingiram a estrutura do Poder Judiciário, as regras processuais, e estimularam a criação e incentivo de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação e arbitragem (...).”

3 CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 53-54.

remessa, entendeu ser manifestamente improcedente, e, através de decisão monocrática, pôs fim ao litígio, julgando nos moldes do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

A União interpôs Agravo Legal, previsto no § 1º do mesmo artigo 557, por entender que o julgamento monocrático prolatado feriu o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, garantidos constitucionalmente no artigo 5º da Constituição Federal, devendo ser apreciada pelo órgão colegiado.

A decisão em comento, portanto, foi proferida quando do julgamento deste Agravo Legal, e a 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento ao Agravo, reconhecendo expressamente: 1) a possibilidade de julgamento de improcedência por decisão monocrática mesmo quando não confrontar súmula ou jurisprudência dominante; 2) que a sentença arbitral homologatória de rescisão do contrato de trabalho é apta a gerar efeitos para fins de liberação do seguro-desemprego, equiparando-se à sentença judicial.

Desta feita, os comentários a seguir proferidos irão abordar estes dois aspectos da decisão judicial em apreciação: 1) a possibilidade de julgar, através de decisão monocrática e sem envio ao órgão colegiado, casos manifestamente improcedentes; 2) o reconhecimento da sentença arbitral que homologa rescisão de contrato de trabalho.

3. Julgamento por decisão monocrática.

Entre as reformas realizadas pontualmente no Código de Processo Civil, a fim de tornar mais célere o julgamento das causas, está a Lei nº 9.756/1998, que modificou o sistema recursal, a fim de tornar mais célere a prestação jurisdicional. Dentre as modificações desta lei, está o artigo 557, *caput*:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inad-

missível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Assim, é permitindo ao relator em sede recursal negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco:

Negar seguimento é uma locução de grande envergadura, abrangendo hipóteses de recursos desmerecedores de conhecimento, porque lhes falta algum pressuposto de admissibilidade, e recursos desmerecedores de provimento, porque desamparados pelo direito, pela jurisprudência ou pela prova. No art. 557, portanto, negar seguimento é impedir que o recurso siga para câmara ou turma, em todas hipóteses nas quais ele seja claramente fadado ao insucesso (recursos manifestamente inadmissíveis ou infundados).⁴

Assim, têm-se quatro hipóteses. Na primeira, se está diante de um recurso inadmissível, recursos que não devem ser conhecidos em razão da ausência de um dos seus pressupostos de admissibilidade.

O recurso manifestamente improcedente é aquele em que o relator, ao negar seguimento, o faz com base em análise do mérito recursal, que conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, é “hipótese em que se está diante de exercício de juízo de mérito negativo, apesar de o legislador usar a expressão negar seguimento”.⁵

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 183.

5 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC*

Assim, na realidade não se trata efetivamente de negar seguimento, mas sim de negar provimento, como bem ressalta Athos Gusmão Carneiro:

Apesar da redação do art. 557, não se cuida, a rigor, de negativa de “seguimento” ao recurso, mas de negativa de “provimento”, eis que o relator não apenas deixa de encaminhar o recurso ao órgão colegiado ao qual em princípio é dirigido, mas declara que não procede a própria pretensão recursal, decidindo ele, monocraticamente, com a mesma eficácia e amplitude de que se revestiria a decisão colegiada.⁶

Outra hipótese prevista neste artigo é em relação aos recursos prejudicados, como por exemplo quando há a retratação do magistrado de primeiro grau sobre a decisão objeto do agravo.

A última situação prevista para negar seguimento a recurso por decisão monocrática diz respeito à situação do recurso estar em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Portanto, são quatro hipóteses distintas. No caso em análise, o relator negou seguimento ao recurso por entender manifestamente improcedente, ou seja, na realidade entrou no mérito das razões recursais e as analisou em conformidade com o entendimento da Turma da qual faz parte, fundamentando a manifesta improcedência. Esta improcedência, como bem destacou, não precisa estar vinculada à súmula ou jurisprudência dominante – basta que o relator exerça o seu julgamento, reconhecendo a improcedência das razões apresentadas.

O objetivo desta análise é tornar mais célere a prestação jurisdicional, evitando levar a julgamento pelo órgão colegiado matérias manifestamente improcedentes, especialmente aquelas em que já houve o posicionamento da Turma em situações precedentes anteriores, e que o julgamento esteja ligado a questões eminentemente de direito, como no presente caso.

Por isso, o relator, ao apreciar o mérito do recurso de Apelação interposto no Mandado de Segurança que concedeu a ordem, tinha fundamento suficiente para negar seguimento ao recurso, já que o julgamento baseava-se em questão eminentemente de direito já apreciada por aquele órgão colegiado em situações precedentes, tendo sido reconhecido o direito de levantar o seguro-desemprego em razão de rescisão contratual reconhecida por sentença arbitral, o que torna o recurso da União manifestamente improcedente.

É de se destacar que, ao simplificar-se o julgamento, não se retira o duplo grau jurisdicional, que é exercido monocraticamente pelo relator, a fim de retirar da pauta de julgamento colegiado os recursos que sabidamente não serão conhecidos ou providos, desafogando o julgamento e tornando mais razoável a duração do processo.

4. Sentença arbitral em direitos individuais trabalhistas.

A Lei nº 9.307/1996 dispôs sobre a arbitragem como meio alternativo de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, se eleito pelas partes. Através da arbitragem, as partes irão eleger um ou mais árbitros, preferencialmente em número ímpar, que irão solucionar o conflito existente, com base nas regras de direito, equidade e princípios gerais de direito.

Nos dizeres do Professor Francisco Cahali:

brasileiro. 3. ed. rev. atual. e ampl. do livro O novo regime do agravo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 431.

6 CARNEIRO GUSMÃO, Athos. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 199.

A arbitragem é, pois, uma alternativa na busca de tutela jurisdicional, caracterizada como um dos *mecanismos extrajudiciais de solução da controvérsia (Mesc)*, também apresentada como justiça privada. Quando se usa a palavra “alternativa”, não há aí qualquer intenção de diminuir a arbitragem em relação ao Poder Judiciário, como se se tratasse de um método menos importante, nem de relegar a jurisdição estatal para qualquer outro patamar diferente daquele que ela já ocupa. A arbitragem é, na verdade, como todos os demais meios de resolução de conflitos, inclusive o judicial, um meio adequado para solução de determinados casos, dadas as características destes casos.⁷

A arbitragem é um método adversarial de solução dos conflitos, já que a posição das partes é contraposta, devendo o árbitro ou o colegiado de árbitros solucionar a questão. Esta decisão é imposta às partes tal qual uma decisão judicial, com a diferença de que não foi prolatada por um membro do Poder Judiciário.

Para que a arbitragem seja utilizada, é necessário observar o disposto no artigo 1º da referida Lei:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, para que seja possível a arbitragem, é necessário: a) que as partes interessadas sejam civilmente capazes; b) que o objeto do conflito seja um direito disponível; c) que as partes decidam pela utilização da

arbitragem.

A capacidade civil é atributo necessário para a utilização da arbitragem, já que esta representa a autonomia da vontade. Em regra, se atinge aos 18 anos.⁸

Outro requisito indispensável é que as partes optem pela utilização da arbitragem, através de compromisso arbitral, quando da verificação do conflito, ou de cláusula compromissal arbitral, previamente disposta em contrato.

A questão central analisada na presente decisão diz respeito à natureza dos direitos trabalhistas, para verificar se são ou não sujeitos à sentença arbitral, uma vez que somente os direitos patrimoniais disponíveis estão sujeitos à arbitragem.

No direito do trabalho, a desigualdade entre trabalhador e empregador faz com que antes da formação da relação contratual, ou até mesmo durante esta relação, o empregado não possa dispor dos direitos que lhe são garantidos constitucionalmente e legalmente, em razão da sua relação de subordinação, e da necessidade de manutenção do emprego.

No entanto, após a rescisão da relação de trabalho, ou seja, ao fim do contrato de trabalho, tem se admitido a transação, cessão e até mesmo renúncia destes direitos, uma vez que já extinta a relação de subordinação e o temor de ver finda a relação de trabalho. Neste sentido, parecer de Sussekind:

8 Código Civil, “Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

7 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

Neste caso, satisfeitas que sejam certas condições de liberdade de vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se tratem de direitos já adquiridos, isto é, já incorporados ao patrimônio em consequência ou por força de lei (...) as nulidades referentes às renúncias por ocasião da celebração do contrato de trabalho e durante a execução dele, nem sempre ocorrem quando a renúncia é feita por ocasião ou depois da dissolução do contrato.⁹

No mesmo sentido, o parecer de Amauri Mascaro Nascimento, quando trata da renúncia de direitos trabalhistas quando finda a relação de trabalho:

Quando parte da doutrina sustenta que o crédito trabalhista não pode ser cedido, não refere-se a todos os créditos trabalhistas, mas, apenas, aos créditos de natureza salarial e no curso do contrato individual de trabalho (...) O direito do trabalho admite, com restrições, a renúncia dos créditos trabalhistas, que é mais do que a cessão, desde que se verifique no momento ou após a rescisão do contrato individual de trabalho.¹⁰

A possibilidade de transação, e até mesmo renúncia destes direitos, está representada legalmente pela Consolidação das Leis Trabalhistas, que prevê a conciliação prévia nos dissídios individuais. Ora, se não fosse possível dispor sobre estes direitos, não seria possível a conciliação:

Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º. Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º. Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

Art. 831. A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas. (Redação dada pela Lei nº 10.035, de 25/10/2000)

O Tribunal Superior do Trabalho, em decisão prolatada no ano de 2008, já reconheceu a possibilidade de utilização da arbitragem para solução dos conflitos trabalhistas:

A arbitragem (Lei 9.307/96) é passível de utilização para solução dos conflitos trabalhistas, constituindo, com as comissões de conciliação prévia (CLT, arts. 625-A a 625-H), meios alternativos de composição de conflitos, que desafogam o Judiciário e podem proporcionar soluções mais satisfatórias do que as impostas pelo Estado-juiz. (destaquei)
(TST, AIRR-2547/2002-077-02-40, 7ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, j. 18/12/2007, DJ 08/02/2008)

9 SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1993, v. 1, p. 209.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 356.

Ainda que a questão possa ser alvo de controvérsias na jurisprudência e na doutrina,¹¹ o Professor Francisco José Cahali reconhece que a arbitragem possa ser utilizada na solução de litígios individuais do trabalho, desde que venha a ser buscada após a rescisão do contrato de trabalho, ou seja, através de compromisso arbitral, e não de cláusula compromissória.¹² Destaca o referido Professor que:

Nesse caminho, ao qual nos filiamos, não haveria motivo para a não inserção da arbitragem nos litígios individuais.

A um, pois a arbitragem poderia ser considerada regra processual, possibilitando a derrogação da jurisdição estatal; a dois, porque empregado e empregador são capazes e os direitos disponíveis, salvo algumas verbas trabalhistas; e a três, poderia ser benéfico ao trabalhador, haja vista a

“A decisão em comento, portanto, foi proferida quando do julgamento deste Agravo Legal, e a 10^a Turma do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, por unanimidade, negou provimento ao Agravo, reconhecendo expressamente: 1) a possibilidade de julgamento de improcedência por decisão monocrática mesmo quando não confrontar súmula ou jurisprudência dominante; 2) que a sentença arbitral homologatória de rescisão do contrato de trabalho é apta a gerar efeitos para fins de liberação do seguro-desemprego, equiparando-se à sentença judicial.”

celeridade para solução do conflito.¹³

Assim, reconhecida a possibilidade de arbitragem nos conflitos individuais do trabalho, a sentença arbitral deverá ter os mesmos efeitos da sentença judicial, nos moldes da própria Lei de Arbitragem:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Ainda:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo

condenatória, constitui título executivo.

Desta feita, tendo os mesmos efeitos que uma decisão judicial. Este é o parecer de Cahali, o qual destaca que “Mais importante que a terminologia adotada é o significado deste pronunciamento, que, em tudo, equivale à sentença judicial”.¹⁴

Este entendimento foi inclusive manifestado pelo relator do caso em comento:

No tocante à validade da sentença arbitral, para fins de percepção de seguro-desemprego, esta E. Décima

11 Conforme CAHALI, “a posição dominante do TST foi no sentido de proibir a arbitragem trabalhista nos conflitos individuais, mesmo após a rescisão do contrato de trabalho devidamente homologada. (...) Não nos curvamos, porém, à orientação predominante no TST, mantendo a posição de admitir a arbitragem trabalhista decorrente de compromisso arbitral após encerrado o contrato de trabalho”. (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 359)

12 *Ibidem*, p. 359.

13 *Ibidem*, p. 358.

14 *Ibidem*, p. 270.

Turma já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equiparase, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos termos do Art. 31 da Lei 9.307/96.

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013)

Ou seja, a arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, é aceita se preenchidos os seus pressupostos, tendo a sentença arbitral força de decisão judicial em todos os efeitos, seja para declarar a existência e rescisão da relação trabalhista, seja em relação aos direitos disponíveis decorrentes do fim da relação de trabalho, que tenham sido examinados. Assim, a apreciação da concessão do seguro-desemprego dependerá dos demais requisitos previstos na lei, uma vez que a sentença arbitral deve ser instrumento apto para reconhecer e dar efeitos ao fim desta relação contratual trabalhista, inclusive o percebimento de seguro-desemprego.

Este reconhecimento de eficácia à sentença que homologa rescisão do contrato de trabalho, especialmente para fins de recebimento de seguro-desemprego, é benéfico ao sujeito amparado pelas garantias trabalhistas, e está de acordo com a intenção da arbitragem, que é retirar a necessidade de pronunciamento judicial sobre determinados assuntos, desde que as partes concordem com a determinação de árbitro, o que é vantajoso para todos: para o Poder Judiciário, que reduzirá as demandas, e para as partes litigantes, que terão celeridade na resolução do seu caso.

Referências.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARNEIRO GUSMÃO, Athos. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 183.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1993, v. 1.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda (Coord.) *Morosidade da justiça*. Brasília: Consulex, 2001.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Justiça morosa ou injustiça. *Consulex*, Brasília, DF, ano 7, n. 167, p. 16-19, 31 dez. 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. do livro O novo regime do agravo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Raquel Fernandez Perrini

Juíza Federal Titular da 4ª Vara Cível de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Cursou Relações Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP - GVPEC).

I - Breve introdução: a arbitragem no cenário internacional.

O fenômeno da globalização trouxe consigo novas fronteiras comerciais, com celebração de contratos internacionais de grande complexidade e de longa duração.

Nesse contexto, qualquer alteração de cenário, derivada de flutuação das relações econômicas, representa custo adicional para o cumprimento do contrato e é capaz de gerar uma disputa entre as partes, notadamente em razão da expressão financeira dos negócios envolvidos.

Em termos amplos, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem são meios alternativos de solução de controvérsias.

Interessa-nos mais de perto a arbitragem.

De viés corporativo e utilizado em larga escala pelas empresas em contratos comerciais, a arbitragem é um dos meios alternativos de resolução de conflitos de natureza extrajudicial.

A utilização da arbitragem permite que a disputa seja solucionada de forma ágil, flexível e mais econômica, atributos que se harmonizam com as exigências dos mercados interno e internacional.

Também contribui para a indispensável segurança jurídica, eis que, uma vez instituída a opção pela arbitragem e a ela submetida a questão, a solução arbitrada se torna definitiva e de obrigatório cumprimento pelas partes, sem possibilidade de recurso.

Existem diversos instrumentos internacionais relativos à arbitragem, valendo destacar: *a)* a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial (Convenção do Panamá), assinada na cidade do Panamá, em 30 de janeiro de 1975, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 90, de 6 de junho de 1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996, com vigência limitada ao continente americano; *b)* a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, firmada em Montevideu, em 8 de maio de 1979, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 93, de 20 de junho de 1995, e promulgada pelo Decreto nº 2.411, de 2 de dezembro de 1997; *c)* o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 1.021, de 24 de novembro de 2005, e promulgado pelo Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009.

O instrumento jurídico mais relevante em termos de arbitragem no comércio internacional na atualidade é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York), assinada em 10 de junho de 1958, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

O artigo 1.1 da Convenção, tal como consta no Decreto nº 4.311/2002, determina que:

Artigo I.

1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

De seu turno, o artigo I.2 deixa consignado que:

Artigo I.

(...)

2. Entender-se-á por “sentenças arbitrais” não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

Relevante, ainda, trazer as disposições do artigo II, 1 a 3 da Convenção:

Artigo II.

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem,

firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

A Convenção de Nova York, a par de determinar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, também antevê hipóteses de indeferimento (artigo V, 1 e 2), da seguinte forma:

Artigo V.

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem,

ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

II - Homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça homologar as sentenças estrangeiras, consoante a previsão do artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

De rigor anotar que o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

(antiga LICC) é impositivo ao dispor que:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O artigo 5º da Resolução nº 09, de 04/05/2005 - STJ, elenca os requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

Art. 5º. (...)

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado em julgado; e

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Por outro lado, o artigo 6º da mesma resolução veda a homologação de sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública.

A Corte já teve oportunidade de se pronunciar, diversas vezes, sobre a impossibilidade de exame do mérito da sentença arbitral cuja homologação se pretende, sendo a apreciação restrita aos aspectos formais, salvo se contrária à ordem pública e à soberania nacional.

Confira-se, a título de exemplo, o julgado proferido pela Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, que traz a seguinte ementa:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA A SER

DEFERIDA. REQUISITOS DA LEI ATENDIDOS. VÍCIOS DE CITAÇÃO E DE INEXISTÊNCIA DO CONTRATO INOCORRENTES. INJUSTIÇA DA DECISÃO. MÉRITO. AMPLA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL PARA DIRIMIR O CONFLITO.

1. Uma vez tendo o Tribunal Arbitral, na decisão que se busca homologar, deixado evidente a comunicação da parte para os fins do julgamento e da resolução do conflito, bem assim, firmado a existência do negócio jurídico, não cabe a esta Corte, em juízo de delibação, examinar o mérito das alegações, sob pena de violar o sentido do procedimento homologatório, estando na mesma conta pretender averiguar suposta injustiça do *decisum* arbitral.

2. O laudo arbitral lavrado por Corte previamente prevista em cláusula compromissória obedece aos requisitos para sua internalização em território pátrio, máxime porque não ofende os ditames dos arts. 3º, 5º e 6º da Resolução nº 9 desta Corte, devendo, por isso, ser homologado. Homologação deferida.

(STJ, Corte Especial, SEC 6.753/AU, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/08/2013, DJe 19/08/2013)

Na mesma linha são os julgados a seguir:

SENTENÇA ESTRANGEIRA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. HOMOLOGAÇÃO.

1. Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais deve ser homologada.

2. Alegação de dúvida quanto à au-

tenticidade de documentos de autos enviados eletronicamente não procede visto que, segundo o disposto no art. 11 da Lei nº 11.419/2006, tais documentos são considerados originais para todos os efeitos legais.

3. Sentença estrangeira homologada. (STJ, Corte Especial, SEC 6.647/DE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 05/06/2013, DJe 12/06/2013)

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA ARBITRAL. CONTESTAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.

1 - Contratos firmados pelas partes, contendo cláusula compromissória de arbitragem e elegendo o Tribunal Arbitral específico.

2 - A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judicial, constituindo, inclusive, título executivo judicial quando ostentar natureza condenatória.

3 - Observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito previstos nos artigos 5º e 6º da Resolução nº 9/05 do STJ, é defeso no âmbito do procedimento homologatório discutir o próprio mérito do título judicial estrangeiro.

4 - Homologação de sentença estrangeira deferida.

(STJ, Corte Especial, SEC 4.516/US, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 16/10/2013, DJe 30/10/2013)

A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça constitui título executivo judicial, como prevê o artigo 475-N, VI, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.232/2005.

São estes os contornos da arbitragem

no cenário internacional e os aspectos da homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil.

III - A arbitragem no Brasil.

Buscando disciplinar o instituto, o legislador pátrio promulgou a Lei nº 9.307/1996, que, no sentir do Ministro Sidnei Beneti,

(...) reflete, de forma cristalina, a opção do legislador em estabelecer, a partir da Lei 9.307/96, um arcabouço normativo que permita à Arbitragem afirmar-se e desenvolver-se como modelo viável e eficaz de resolução de conflitos, tanto quanto possível autônomo em relação ao Poder Judiciário.

(STJ, 3ª Turma, REsp 1.288.251/MG, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 09/10/2012, Dje 16/10/2012)

Em linhas gerais, a arbitragem pode ser utilizada por qualquer pessoa que detenha capacidade de contratar, sendo seu objeto restrito a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º).

Sua instituição se dá mediante a convenção de arbitragem (art. 3º) e as partes podem escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública; também pode ser convencionado que a solução tenha por base a equidade, os princípios gerais de direito, os usos e cos-

tumes e as regras internacionais de comércio (art. 2º).

O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (art. 13) e, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência e discricção (art. 13, § 6º).

Embora não integre o Poder Judiciário e seja desprovido do poder estatal, o árbitro, segundo a dicção legal, é juiz de fato e de direito, e a decisão que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18). Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal (art. 17). A eles se aplicam, ainda, as hipóteses de impedimento e de suspeição dos magistrados, bem como os mesmos deveres e responsabilidades, na forma do Código de Processo Civil (art. 14).

O procedimento arbitral vem previsto nos artigos 19 a 22 da Lei nº 9.307/1996, observados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º).

“A utilização da arbitragem permite que a disputa seja solucionada de forma ágil, flexível e mais econômica, atributos que se harmonizam com as exigências dos mercados interno e internacional.

Também contribui para a indispensável segurança jurídica, eis que, uma vez instituída a opção pela arbitragem e a ela submetida a questão, a solução arbitrada se torna definitiva e de obrigatório cumprimento pelas partes, sem possibilidade de recurso.”

As partes podem estipular o prazo para a apresentação da sentença arbitral (art. 11, III) e, não tendo havido convenção, o prazo é de 6 (seis) meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, podendo ser prorrogado (art. 23 e parágrafo único).

Se, no curso da arbitragem, sobrevier controvérsia acerca de direitos indisponíveis, da qual

dependa a decisão arbitral, as partes serão remetidas à autoridade competente do Poder Judiciário, ficando suspenso o procedimento arbitral até a decisão judicial transitada em julgado (art. 25 e parágrafo único).

Por fim, a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31), como prevê o artigo 475-N, IV, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.232/2005.

As hipóteses de nulidade da sentença arbitral são elencadas pelo artigo 32, I a VIII, da Lei nº 9.307/1996, cabendo ao Poder Judiciário, a requerimento da parte interessada, decretar a anulação (art. 33).

Como se vê, a arbitragem possui estreitos laços com o tema da liberdade – liberdade das partes de afastar a jurisdição estatal e eleger um procedimento privado de resolução de conflitos, de escolher o árbitro, o procedimento e as regras que serão aplicadas para a solução da controvérsia.

Dentre os muitos aspectos da lei, o foco será direcionado para a arbitragem na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, visto ser este o ponto central da decisão proferida no Agravo Legal nº 0006915-30.2010.4.03.6100/SP.

IV - O caso.

Conforme relatado nos autos, a sentença concedeu a segurança para determinar a liberação de parcelas do seguro-desemprego, devidas em razão de rescisão contratual homologada pela justiça arbitral.

O recurso teve por fundamento a alegação de que o seguro-desemprego é um direito pessoal e intransferível do trabalhador, sendo, portanto, indisponível; assim, a controvérsia não pode ser englobada no rol de direitos patrimoniais disponíveis, exigido pela Lei nº 9.307/1996 para utilização da arbitragem.

Também destacou a recorrente que a CLT não prevê a arbitragem dentre as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho, bem assim que os efeitos da sentença arbitral não obrigam terceiros estranhos à relação.

Conforme já registrado, a utilização da arbitragem é restrita aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996); portanto, estão excluídas da solução arbitral as controvérsias relativas ao direito de família (v.g., sucessão, filiação,...), ao direito penal e a qualquer outro tema que, por força de lei, haja limitação da autonomia da vontade das partes interessadas.

No caso, a demanda envolve liberação de parcelas do seguro-desemprego, devidas em razão de rescisão contratual homologada pela justiça arbitral. Cabe, assim, averiguar se é possível solução arbitral, na forma preconizada pelo ordenamento jurídico.

O artigo 7º, I e II, da Constituição Federal, além da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, também garante ao trabalhador a percepção do seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.

Embora seja direito pessoal e intransferível do trabalhador (art. 6º da Lei nº 7.998/1990), merece destaque o fundamento trazido pelo E. Relator, no sentido de que:

(...) a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada

imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível sub judice, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013)

A decisão, dentre as interpretações possíveis no contexto, privilegiou a proteção aos hipossuficientes, trabalhadores em situação de desemprego e segurados da Previdência Social, em harmonia com a diretriz do E. Superior Tribunal de Justiça, ao firmar entendimento de que:

(...) a sentença arbitral é plenamente válida, e tal entendimento não viola o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, o qual deve ser observado a fim de beneficiar o empregado, e não de prejudicá-lo.

(STJ, 2ª Turma, REsp 867.961/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 27/03/2007, DJ 07/02/2007, p. 00287)

O arcabouço das normas trabalhistas tem a nota protetiva, vale dizer, foi concebido para assegurar que o trabalhador, historicamente mais frágil na relação de emprego, tenha reconhecidos seus direitos. Contudo, há que se buscar o fiel cumprimento da *mens legis*, evitando que a proteção superlativa produza o efeito inverso, dificultando que o destinatário da norma exercite seus direitos.

O ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco é de inteira aplicação ao tema:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que *o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*. Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo doutrinador: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. (...) Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.¹

Sob outra ótica, vale revelar a interpretação dada pelo E. Ministro Teori Albino Zavascki, traçando interessante análise sobre a questão:

É certo que o juízo arbitral não pode ser utilizado para dirimir controvérsias sobre direitos indisponíveis (arts. 1º e 25 da Lei 9.307/96). Todavia, os direitos trabalhistas, embora irrenunciáveis, não são absolutamente indisponíveis, comportando, em certos casos, transação, o que é comum

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270-271, destaques do autor.

ocorrer no âmbito dos dissídios individuais. Ademais, a indisponibilidade desses direitos deve ser considerada como modo de tutelar os interesses do empregado, não cabendo invocá-la para alcançar finalidade oposta. Assim, conforme reconhece a doutrina (v.g.: Joel Dias Figueira Jr., Arbitragem, Jurisdição e Execução, 2ª ed., 1999, p. 182), não se pode descartar, em caráter absoluto, a viabilidade da utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos individuais de natureza trabalhista. Será legítima a via arbitral – e, portanto, a sentença nela proferida – a não ser quando evidenciada a indevida e desproporcional renúncia dos direitos por parte do empregado. (STJ, 1ª Turma, REsp 707.043/BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 15/03/2005, DJU 04/04/2005, p. 226)

relação a terceiros, sendo facultado a esses discutir eventual prejuízo a seus interesses jurídicos (O efeito *intra partes* diz respeito tão-somente à imutabilidade do provimento). (TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013)

O enfoque trazido pela decisão, na esteira da teoria de Liebman, distingue entre a *eficácia natural da sentença* e a *autoridade da coisa julgada*. De fato, a eficácia natural da sentença alcança terceiros e irradia seus efeitos para além dos litigantes, na medida em que veicula comandos de obrigatoria observância por todos. Por outro lado, a autoridade da coisa julgada está restrita às partes demandantes.

Também foi analisada pela decisão proferida no recurso em comento (Agravado Legal nº 0006915-30.2010.4.03.6100/SP) a alegação de que os efeitos da sentença arbitral não obrigam terceiros estranhos à relação.

O E. Desembargador Relator expressamente afirmou que:

“Como se vê, a arbitragem possui estreitos laços com o tema da liberdade – liberdade das partes de afastar a jurisdição estatal e eleger um procedimento privado de resolução de conflitos, de escolher o árbitro, o procedimento e as regras que serão aplicadas para a solução da controvérsia.”

Em síntese, a decisão ora comentada, ao reconhecer a validade da sentença arbitral, está amparada em precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, bem como em reiteradas decisões do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conferindo ao sistema legal “interpretação

(...) a sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, produz efeitos em

coesa, razoável, compatível com os princípios gerais de direito, de modo a atender aos desideratos do legislador e da *mens legis*”, como destacado pelo E. Desembargador Relator.



Selma Ferreira Lemes

Bacharel em Direito, Mestre e Doutora pela
Universidade de São Paulo. Coautora da Lei de Arbitragem.
Membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da
Câmara de Comércio Internacional – CCI.

I - Introdução.

Antes de analisar a matéria que deu origem a este artigo, parece-nos adequado efetuar breve retrospectiva histórica da arbitragem para esclarecer a sua origem e razão do seu desenvolvimento atual em âmbito mundial e, reduzindo a visão caleidoscópica, focar nossas lentes no ambiente brasileiro.¹

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem (“LA”, “Lei de Arbitragem” ou “Lei nº 9.307/1996”) remodelou o instituto jurídico da arbitragem no Brasil, retirando-o do ostracismo em que se encontrava frente à modernização que a arbitragem experimentou no âmbito internacional a partir dos anos 20 do século passado. A origem desse desenvolvimento vincula-se ao comércio internacional, regido e pautado pelos contratos internacionais,² em que a cláusula de solução

de controvérsias por arbitragem é presença constante, haja vista estarem esses contratos afeitos a jurisdições e legislações diferentes. Faz-se necessário garantir segurança jurídica às partes, no sentido de propiciar plena eficácia legal à cláusula compromissória. Assim é que, diante do incumprimento contratual ou do surgimento de questões controvertidas no âmbito do contrato, as partes somente poderiam resolver pela via eleita – a arbitragem –, bem como ter assegurado o reconhecimento e execução dos laudos ou sentenças arbitrais nos países onde fossem estes (laudos ou sentenças arbitrais) submetidos à homologação e recebimento do *exequatur*.

Em decorrência, proliferaram, a partir do século passado, diversas convenções internacionais na área,³ sendo que a convenção

1 *A latere*, saliente-se o importante papel reservado à Justiça Federal brasileira, na qualidade de órgão competente para processar a execução das sentenças arbitrais estrangeiras homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. (STJ - Resolução nº 9/2005, art. 12)

2 Neste sentido, faz-se oportuno mencionar a importante contribuição advinda no âmbito internacional com a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG/CVIM), firmada em Viena, em 1980, ratificada pelo Brasil (Decreto Legislativo nº 538/ 2012) e que está prestes a entrar em vigor no âmbito interno (demanda publicação do decreto de promulgação do Executivo). Esta Convenção terá, provavelmente, ampla aderência das empresas brasileiras que celebram contratos internacionais,

pois suas regras, afinadas com os princípios do Código Civil de 2002, propiciam interpretação harmônica dos contratos, são normas de ampla aceitação e vêm acompanhadas de imensa literatura e jurisprudência mundiais sobre sua aplicação. Representa um considerável avanço para o setor privado nacional, pois 75% dos contratos internacionais firmados por empresas brasileiras advêm de países que ratificaram a CISG. O Brasil passa a ser o 79º país a ratificá-la e à arbitragem é reservado papel importante, já que é a forma mais usual de solucionar esses tipos de conflitos.

3 Em decorrência do Decreto nº 1.902, de 09 de maio de 1996, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada em 1975, na cidade do Panamá, passou a ter vigência no Brasil, seguida da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, firmada em

internacional de direito privado de maior vigência no mundo (149 países a ratificaram) é a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (CNI), firmada em Nova Iorque, em 1958. O Brasil ratificou a CNI e esta integra nosso ordenamento, por força do Decreto (de promulgação) nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

Aliada ao surgimento de Convenções Internacionais, houve também a renovação das leis internas sobre arbitragem em âmbito mundial. Verifica-se que princípios e conceitos próprios desenvolvidos pela doutrina e abraçados pela jurisprudência comparada passaram a integrar os textos legislativos forâneos.⁴ Podemos citar, nesta linha, os princípios e conceitos do efeito vinculante da cláusula compromissória, o da separabilidade ou independência da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserta, o da competência originária (e exclusiva) do árbitro para aferir se a cláusula compromissória é válida (princípio da competência-competência) etc. Todos estes princípios estão albergados na LA.

Pode-se dizer, também, que o grande

“Não se discute na arbitragem trabalhista a aplicação da norma de ordem pública, de verificação obrigatória, mas os seus efeitos pecuniários. Não compete ao árbitro questionar a natureza da norma imperativa, mas analisar sua aplicação e seus reflexos econômicos.”

impulso na renovação, harmonização e difusão universal dos princípios e conceitos aplicáveis à arbitragem decorreu da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional – CNUDCI/UNCITRAL, de 1985.

Na qualidade de lei modelo e não de tratado ou convenção internacional, ficou a critério dos países extraírem seus enunciados integralmente ou parte deles, quando fossem rever suas legislações internas. Esta última opção foi a linha seguida pelo legislador brasileiro ao estatuir seu marco legislativo na área, a Lei nº 9.307/1996.⁵

Apesar de a iniciativa em desenvolver o instituto da arbitragem em âmbito mundial ter origem na área comercial interna e internacional, não se pode perder de vista que a arbitragem é um instituto de direito processual e

substantivo e, nesta qualidade, está regulada nas legislações internas de muitos países. No caso brasileiro no Código Civil (arts. 851 a 853) e na Lei nº 9.307/1996.

É, portanto, sob a matriz renovadora da Lei de Arbitragem no Brasil,⁶ que nestes 17 anos de sua vigência experimentamos imenso desenvolvimento na aplicação e utilização da arbitragem.⁷ Considerando sua qualidade

Montevideu, em 1979 (Decreto nº 2.411). Em 2003, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, firmado em Buenos Aires, em 1998, passou a ter vigência interna (Decreto nº 4.719). Também o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923, em vigor no Brasil (Decreto nº 21.187/1932) e que se encontra revogado pela CNI.

4 Cf MOTULSKY, Henri. *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Paris: Dalloz, 2010 (reprodução da edição de 1974), p. 155 e seguintes. Nestas notas o renomado estudioso da arbitragem em França comenta os avoengos precedentes jurisprudenciais franceses que reconheceram os princípios estruturantes da arbitragem: o do efeito vinculante da cláusula compromissória, o da autonomia da cláusula compromissória e o da competência do árbitro para avaliar a validade da cláusula compromissória.

5 Cf nossos artigos: Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, nº 51, p. 32-35, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri16.pdf>. E: Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73-111.

6 O Código Civil reporta-se à legislação especial (Lei nº 9.307/1996) para regular o juízo arbitral.

7 Cf pesquisa efetuada junto à seis importantes instituições

de lei processual, pode ser utilizada para dirimir conflitos contratuais nas áreas cível, comercial, empresarial, trabalhista, administrativa (Administração Pública), financeira, societária etc.

No direito da arbitragem⁸ e suas especificidades, surgem dois conceitos determinantes para a utilização do instituto nos contratos de qualquer espécie (inclusive trabalhista): arbitralidade objetiva e subjetiva, previstos no enunciado do art. 1º da LA:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A *arbitralidade subjetiva* refere-se às pessoas capazes de contratar, segundo a legislação civil (maiores e capazes), e a *arbitralidade objetiva* diz respeito ao que pode ser submetido à arbitragem: litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, tudo que possa ser mensurado em valor econômico e que esteja no âmbito da disponibilidade das partes.

Considerando o amplo espectro de aplicação da arbitragem nos diversos campos do Direito, o conceito de *arbitralidade objetiva* não está imune a discussões afeitas às peculiaridades do direito material que o alberga. É justamente esta a questão que foi analisada no excelente acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, no julgamento do Agravo Legal em Apelação/Reexame Necessário nº 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, em 13 de agosto de 2013, que negou provimento ao Agravo.

de arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>.

8 A identificação *direito da arbitragem* é efetuada como sendo um ramo didático para estudo, com conjunto temático próprio e cuja metodologia de apresentação, por conveniência, tem a finalidade de realçar suas peculiaridades, sem a intenção de dar-lhe autonomia disciplinar.

Refere-se a Agravo Legal contra decisão em face de sentença concessiva da ordem de segurança para que a União Federal libere parcelas de seguro-desemprego ao impetrante, devidas em razão de rescisão contratual advinda de sentença arbitral.

Os motivos alegados para a revisão da ordem concessiva da segurança determinada pelo Juízo Federal da 13ª Vara de São Paulo foram: a) o seguro-desemprego é um direito pessoal e intrasferível do trabalhador, portanto, indisponível; b) o seguro-desemprego não pode ser englobado no rol de direitos patrimoniais disponíveis exigidos pela LA; c) o artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT restringe os responsáveis pela homologação da rescisão do contrato trabalhista, ressaltado na Súmula nº 330 do TST; d) a Administração Pública na gestão do Programa do Seguro-Desemprego, além de observar as disposições da Lei nº 7.998/1990, também se pauta pelos dispositivos legais da CLT, especialmente no que se refere ao vínculo empregatício e à caracterização da dispensa sem justa causa.

Sob o ponto de vista da arbitragem, dois são os níveis de abordagem das questões propostas no julgado sob exame: (i) direito patrimonial disponível e indisponibilidade de direitos trabalhistas (arbitralidade objetiva) e (ii) a missão do árbitro.

A ementa do acórdão em questão pontificou:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO DE APELAÇÃO PELO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. SEGURO DESEMPREGO. RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de julgamento da apelação pelo permissivo do Art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, nas hipóteses previstas pelo legislador. O recurso pode ser manifestamente

improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a teor do disposto no *caput*, do Art. 557 do CPC, sendo pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça e esse respeito.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cedo que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

3. A Décima Turma desta Corte já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equipara-se, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos termos do Art. 31 da Lei 9.307/96.

4. Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013)

II - Análise.

i) Direito patrimonial disponível e indisponibilidade de direitos trabalhistas (arbitrabilidade objetiva).

Como mencionado acima, o conceito de arbitrabilidade objetiva refere-se à matéria a ser submetida à arbitragem. Na seara do contrato individual do trabalho, há opiniões de

douttrinadores e jurisprudência que entendem serem os direitos trabalhistas indisponíveis e, portanto, haveria incompatibilidade com a via arbitral.

A questão deve ser analisada não por sua generalidade, mas em razão de suas especificidades. Como assevera Carlos Alberto Carmona, não se nega o caráter protetivo do Direito Laboral, pois nem todos os direitos regulados na CLT são irrenunciáveis e destaca:

(...) se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de tal sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através do instituto do juízo arbitral.⁹

Na mesma linha o professor titular de Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho Pedro Paulo Teixeira Manus, esclarece:

(...) Diferentemente de muitos colegas, eu não vejo incompatibilidade entre normas trabalhistas, ou direitos trabalhistas, e a arbitragem. A começar pelo fato que a própria estrutura do Judiciário trabalhista estar calcada na idéia de juiz, de conciliação e arbitragem. A Vara do Trabalho originalmente chamava-se Junta de Conciliação e Arbitragem. Mas, são dois os problemas. Certas normas de Direito do Trabalho são de ordem pública e com relação a elas não pode haver transigência. Por exemplo, normas de segurança de Medicina do Trabalho. Quanto ao mais, tudo pode ser negociado, na minha maneira de ver. O outro problema é a necessidade de que os órgãos de conciliação e arbitragem tenham credibilidade.¹⁰

9 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41-42.

10 *Ibidem*, p. 43. Entrevista publicada em Resultado - Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial, nº23, out./dez. 2007, p. 6/9.

Márcio Yoshida sustenta que:

(...) a questão que se propõe não se prende, exclusivamente, à discussão da inequívoca irrenunciabilidade e inderrogabilidade de todos esses direitos trabalhistas de ordem pública absoluta e dos direitos personalíssimos do trabalhador, *mas dos efeitos pecuniários decorrentes da sua violação*.¹¹ (destaque meu)

Não se discute na arbitragem trabalhista a aplicação da norma de ordem pública, de verificação obrigatória, mas os seus efeitos pecuniários. Não compete ao árbitro questionar a natureza da norma imperativa, mas analisar sua aplicação e seus reflexos econômicos. É o que ocorre, *mutatis mutandis*, na área da arbitragem e Administração Pública, no que concerne aos contratos administrativos regidos por normas de direito administrativo e de direito privado.¹² Asseveramos em artigo anterior a respeito da arbitragem nos contratos administrativos que:

(...) a Administração Pública pode submeter-se à arbitragem e é conveniente que o faça quando não se trate de examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, mas de suas consequências patrimoniais.¹³

Na área trabalhista, assim como no âmbito dos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, há perfeita convivência entre as normas imperativas e seus reflexos pecuniários; estes, sim, suscetíveis à

arbitragem.

A indisponibilidade de um direito trabalhista não opera contra os direitos do trabalhador, mas a seu favor. O que não se pode é afastar sua aplicação. É neste sentido que a norma deve ser analisada. Portanto, não há como invocá-la para prejudicar o destinatário da norma.

Foi neste sentido o voto do Desembargador Relator Baptista Pereira:

(...) a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego *é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei*. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cedejo que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.¹⁴

11 YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006, p. 83.

12 *A latere*, não se pode deixar de ressaltar que o próprio conceito de contrato administrativo é de difícil aferição. Em 1945, José Saldanha da Gama e Silva aduziu “o conceito de contrato administrativo é na realidade um mundo em caos”. Cf LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública*. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 42-43.

13 LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública – a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 194.

14 No campo de discussão do conceito de *interesse público* afeito às normas imperativas, releva trazer à baila a importante contribuição e desenvolvimento que a matéria alcançou no Direito Administrativo, que ao elucidar a questão deixa clara a pertinência da eleição da arbitragem nos contratos com a Administração Pública. Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que o *interesse público subdivide-se em interesse público primário e o secundário (ou derivado)*. O interesse público primário está relacionado com a sua relevância, considerando a segurança e o bem-estar da sociedade, sendo que o ordenamento jurídico os destaca, os define e compete ao Estado satisfazê-lo sob regime próprio. Esses interesses estão fora do mercado, submetendo-se ao princípio da indisponibilidade absoluta. O *interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental referindo-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis*. Assim esclarece que “(...) são disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os di-

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013, destaque meu)

Reforça o entendimento exarado no acórdão mencionado que “(...) o princípio da supremacia do interesse público não é disposto de cima para baixo, mas em mão inversa e objetiva proteger os interesses dos administrados”, como ressaltamos em trabalho no qual analisamos a arbitrabilidade objetiva e o interesse público.¹⁵ E, consoante asseverado por Adilson Abreu Dallari, “o interesse público afina-se com a correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça”.¹⁶

Também digno de nota é a aferição que o caráter público de certos direitos não é antagônico e não se encontra desvinculado dos interesses privados e que não existem interesses públicos “impessoais” distintos dos que interessam particularmente aos cidadãos.

Os interesses públicos e os interesses privados estão entrelaçados entre si até o ponto em que qualquer interesse público é também interesse privado.¹⁷

reitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 218/84, jul./set. 1997).

- 15 LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública*. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 126.
- 16 Ao analisar o conceito de interesse público e a Administração Pública esclareceu “(...) o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.” (DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, 13/9, 1996).
- 17 GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 47-48.

Por estes motivos é que se aquilata a total pertinência do decidido no acórdão comentado oriundo do TRF da 3ª Região, que confirmou a sentença concessiva de segurança advinda da 13ª Vara Federal de São Paulo. Reconheceu-se ser perfeitamente admissível a liberação do seguro-desemprego por sentença arbitral, já que esta se presta a operacionalizar os reflexos pecuniários de um direito do trabalhador reconhecido à luz da legislação de regência, ou seja, da Lei nº 7.998/1980, artigos 477, §§ 1º e 3º, da CLT e Súmula nº 330 do TST.

A arbitrabilidade objetiva que envolve o seguro-desemprego é similar à discussão travada na área de liberação do FGTS ocorrida por meio de sentenças arbitrais. A Caixa Econômica Federal negava-se a cumpri-las, originando, em decorrência, a impetração de Mandados de Segurança e, tanto no âmbito da Justiça Federal,¹⁸ como do STJ,¹⁹ as decisões exaradas nos acórdãos determinaram o cumprimento da sentença arbitral.

(ii) A missão do árbitro.

“O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”, determina o art. 13 da LA. O árbitro é aquele terceiro indicado pelas partes para solucionar a controvérsia referente a direitos patrimoniais disponíveis. O árbitro deve ser indepen-

18 TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AMS 2001.61.00.012331-0, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, j. 22/09/2003, DJU 21/10/2003; TRF da 1ª Região, Sexta Turma, AMS 2002.33.00.016250-1, Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, j. 19/09/2003, DJU 01/02/2004.

19 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – LEVANTAMENTO DO FGTS – SENTENÇA ARBITRAL.
1. A disciplina do levantamento do FGTS, art. 20, I, da Lei 8036/90, permite a movimentação da conta vinculada quando houver rescisão sem justa causa do contrato de trabalho.
2. Aceita pela Justiça do Trabalho a chancela por sentença arbitral da rescisão de um pacto laboral, não cabe à CEF perquirir da legalidade ou não da rescisão.
3. Validade da sentença arbitral como sentença judicial.
4. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” (STJ, Segunda Turma, REsp 676.424/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 17/02/2005, DJ 18/04/2005)

dente das partes (princípio da independência) e não ter interesse na solução da controvérsia (princípio da imparcialidade).²⁰

A independência e a imparcialidade representam *standards* de comportamento. A independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. A independência do árbitro está vinculada a critérios objetivos de verificação. Já a imparcialidade vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (*state of mind*).²¹

A capacidade é a civil e ter aptidão para poder decidir. O árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial durante todo o processo arbitral. O artigo 13, § 6º, da LA estabelece o código de ética do árbitro que deve, no desempenho de sua função, atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

O conceito de confiança da parte no árbitro, na dicção da lei, tem duas ópticas de análise. A primeira, intrínseca, significa que o árbitro deve ser pessoa de bem, honesta e proba. É o que se denomina de probidade arbitral.²² A honorabilidade de uma pessoa para

ser indicada como árbitro representa a sua idoneidade legal para o exercício da função.²³ A segunda, extrínseca, representa a certeza de ser pessoa capaz de exarar decisão sem se deixar influenciar por elementos estranhos e que não tenha interesse no litígio.²⁴

A arbitragem pode ser por árbitro único ou por mais árbitros (tribunal arbitral). Ao árbitro se aplicam as mesmas causas de impedimento ou suspeição dos juízes (art. 14 da LA) e, para fins penais, o árbitro se equipara a um funcionário público (art. 17 da LA).

O juiz detém seu poder da lei e é institucional. Sua competência é delegada e permanente, já o árbitro é investido de uma competência de atribuição e decorrente do consensualismo das partes.²⁵ Ao exarar o árbitro a aceitação para atuar,

“Com efeito, tentativas de obstruir a aplicação da arbitragem devem ser coibidas pelo Judiciário, tal como determinado no acórdão analisado, pois a Lei de Arbitragem integra o ordenamento jurídico nacional e, como tal, deve ser analisada na sua dimensão sistemática, vale dizer, na relação com as demais normas e em face de suas peculiaridades, como método de solução extrajudiciário de conflitos.”

considera-se instituída a arbitragem (art. 19 da LA).

Não há diferenças entre a sentença arbitral e a judicial. “O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18 da LA). Ao ditar a sentença arbitral, o árbitro encerra sua missão e, decorrido o prazo para Pedido de

20 Para uma visão aplicada, conferir nosso artigo: O papel do árbitro. Disponível em: <http://ccbc.org.br/download/o_papel_do_arbitro_selma_lemes.pdf>.

21 LEMES, Selma M. Ferreira. *Árbitro*. Princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001, p. 53.

22 ALONSO Y ROYANO, Félix. Deontologia y arbitraje. In: LORCA NAVARRETE, Antonio M. (Coord.). *Comentario breve a la ley de arbitraje. Estudios Vascos sobre Derecho Procesal* n° 6. San Sebastian: Instituto Vasco de Derecho

Procesal, 1989, p. 30.

Cf MERINO MERCHÁN, José F. *Estatuto y responsabilidad del árbitro*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 41.

23 *Ibidem*, p. 41.

24 Utilizamos parte do texto reproduzido no nosso artigo: O dever de revelação do árbitro e a ação de anulação da sentença arbitral. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coords.). *Arbitragem*. Temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 449-462.

25 LAZAREFF, Serge. L'Arbitre est-il un Juge?. In: *Liber Amicorum Claude Reymond*. Paris: Litec, 2004, p. 173.

Esclarecimentos (art. 30 da LA), o árbitro não tem mais jurisdição. Diferentemente do juiz togado, o árbitro não tem o poder de constrição, vinculado ao uso da força, para fazer cumprir uma medida de urgência ditada por ele no curso da arbitragem (art. 22, § 4º, da LA), conduzir testemunha renitente (art. 22, § 2º, da LA), bem como no sentido de executar a sentença arbitral condenatória (art. 31 da LA). Estas são competências exclusivas do juiz togado. São as denominadas medidas de apoio do Judiciário à arbitragem.

Consoante previsto no art. 31 da LA:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Por estas razões não pode prosperar a alegação de que o árbitro, por não constar na relação dos responsáveis para homologação de rescisão do contrato de trabalho, tal como disposto no art. 477, §§ 1º e 3º, da CLT e na Súmula nº 330 do TST, não poderia decidir sobre a rescisão do contrato de trabalho.

O Desembargador relator Baptista Pereira, asseverou, com propriedade, que:

(...) insiste a autoridade impetrada em requerer sua nulidade com base na imprevisão legal, como se a lei não integrasse nenhum sistema, e *como se esse sistema não devesse receber interpretação coesa, razoável, compatível com os princípios gerais de direito, de modo atender aos desideratos do legislador e da mens legis.*

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013, destaque meu)

Com efeito, tentativas de obstruir a aplicação da arbitragem devem ser coibidas

pelo Judiciário,²⁶ tal como determinado no acórdão analisado, pois a Lei de Arbitragem integra o ordenamento jurídico nacional e, como tal, deve ser analisada na sua dimensão sistemática, vale dizer, na relação com as demais normas e em face de suas peculiaridades, como método de solução extrajudiciário de conflitos. Gregório Robles, jusfilósofo espanhol, vale-se de uma feliz metáfora para esclarecer que “as normas são as células do organismo jurídico que é o sistema; por sua vez, as instituições, seriam comparadas como os órgãos e os tecidos”.²⁷

Por isso, com total razão o acórdão sob exame quando adverte:

(...) sua negativa [de concessão do seguro-desemprego], *sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível sub judice, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.*

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013, destaque meu)

²⁶ Com total pertinência, em acórdão originado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Ag 174.874-9/002-2), o Desembargador Relator Fernando César Zeni posicionou-se de forma pedagógica sobre a interpretação da Lei de Arbitragem e sua compatibilidade com os demais institutos jurídicos do ordenamento. Pontificou: “não se pode permitir que por vias oblíquas a lei de arbitragem seja reduzida a inutilidade”. (Cf nossos: Contrato de compra e venda de energia firmado com sociedade de economia mista contendo cláusula compromissória. *Revista de arbitragem e mediação*, nº 7, out./dez. 2005, p. 238-249. E: *A lei de arbitragem não pode ser reduzida a inutilidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/lei_arbitragem_ao_reduzida_inutilidade>)

²⁷ Cf ROBLES, Gregório. *El derecho como texto*. Madrid: Civitas, 1998, p. 26.

Também, como afirmou o Desembargador relator:

No tocante à validade da sentença arbitral, para fins de percepção de seguro-desemprego, esta E. Décima turma já se pronunciou, reiteradas vezes, no sentido de que a sentença proferida por arbitragem equipara-se, para todos os efeitos, à sentença judicial, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

(TRF 3ª Região, Ag AMS 0006915-30.2010.4.03.6100/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 13/08/2013, e-DJF3 21/08/2013, destaque meu)

Assim é que construir a jurisprudência brasileira de arbitragem, atentando para seus princípios e conceitos,²⁸ procurando pontos de equilíbrio na constelação legal, sua interação com o direito trabalhista, administrativo, civil, processual civil, empresarial etc., é tarefa que exige bom senso e equilíbrio do Judiciário, intérprete autêntico, no dizer de Kelsen.

É o que se verifica no julgado analisado, quando acentuou que a norma de ordem pública (indisponibilidade de direitos trabalhistas), instituída para prover a necessidade do trabalhador despedido sem justa causa, não pode ser invocada (indisponibilidade de direitos trabalhistas) para prejudicá-lo. Deixar de acatar a sentença arbitral pelo motivo alegado é que viola o direito do trabalhador e segurado da Previdência. Ademais,

(...) o Direito não pode ser manejado de costas a seu fundamento ético [e social], que deve ser o fator informador e espiritualizador dentro dos seus rígidos mecanismos formais, convencionais e de segurança.²⁹

28 Sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti do STJ, foi asentado: “Mais do que uma simples coincidência, essa orientação [art. 8 da Lei nº 9.307] reflete, de forma cristalina, a opção do legislador em estabelecer, a partir da Lei 9.307/96, um arcabouço normativo que permita à Arbitragem afirmar-se e desenvolver-se como modelo viável e eficaz de resolução de conflitos, tanto quanto possível autônomo em relação ao Poder Judiciário”. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.288.251/MG, j. 09/10/2012, DJe 16/10/2012)

29 GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fé en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 50.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0003151-75.2006.4.03.6100
(2006.61.00.003151-6)

Apelante: ALBERT VICTOR GEORG HAHN (= ou > de 60 anos)
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AC 1582031
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EXÍLIO POR MOTIVOS POLÍTICOS NO PERÍODO DE DITADURA MILITAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FATO LESIVO, DANO MORAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO PAGA PELA UNIÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSECTÁRIOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Inexiste cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando as provas apresentadas nos autos são suficientes para o deslinde da causa.

- A tortura representa violação direta à dignidade humana, a qual, como direito humano que é, tem as características de ser *inata, universal, absoluta, inalienável e imprescritível*. Inaplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1º, do Decreto nº 20.910/32 à pretensão indenizatória em questão. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais *são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar*. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195. (AgRg no REsp 1160643/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 26/11/2010).

- Comprovado que o apelante foi preso e, posteriormente, viveu exilado em país estrangeiro por quinze anos por motivos políticos durante o período de ditadura militar.

- Demonstrados os danos morais consubstanciados na perturbação de ordem psíquica e social suportada em razão do cerceamento de sua liberdade, da perda de posição de trabalho, do afastamento compulsório de sua pátria, de seu lar, de seus familiares e de seus amigos tão-somente por motivos políticos e ideológicos. Toda essa circunstância representa um atentado violento à dignidade do indivíduo e compele a uma indenização como forma de reparação.

- Configurou-se o nexo causal, na medida em que o dano foi resultado da conduta dos agentes do Estado, no caso os policiais do DOPS, e do próprio regime militar que propiciou o cometimento de toda a série de arbitrariedades, privações, segregações e violências morais contra o autor. Ademais, frise-se que o ente estatal não provou

causa excludente de responsabilidade. Assim, é de rigor a reparação por danos morais causados ao apelante.

- O valor da indenização, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Certamente, as situações humilhantes, revoltantes e violentas às quais o autor foi submetido, em virtude de suas convicções políticas, por um Estado que, ao invés de proporcionar segurança ao cidadão agia de forma criminosa contra ele, lhe tiraram a tranquilidade e lhe provocaram graves transtornos sociais e traumas de ordem psicológica, com os quais terá que conviver ao longo de sua vida. Diante desse quadro, se mostra adequada a fixação de indenização no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), como forma de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumprir os critérios mencionados.

- A indenização paga ao recorrente na esfera administrativa, com fundamento na Lei 10.559/02, somente se refere aos danos causados ao lesado no âmbito profissional, ou seja, são de cunho patrimonial, portanto, não representa “bis in idem” a concessão de indenização por dano moral na via judicial.

- Sobre o valor da condenação incidirá correção monetária a partir da data da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, bem como juros moratórios, a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) que, no caso, deve ser considerado o dia 15.06.1970, data em que ocorreu a busca e apreensão na residência do autor e que segundo constou do relatório policial ele já estava foragido, em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. Inaplicável o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, o qual dispõe que a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*, à vista de que foi declarado inconstitucional “por arrastamento” quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está pendente de publicação. A correção monetária não incide no último período, porque é fator que já compõe a referida taxa. Precedentes do STJ.

- Nas ações em que a fazenda pública é vencida, a fixação dos honorários advocatícios deve ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, foram fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

- Preliminares rejeitadas. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por maioria, dar provimento à apelação para julgar procedente a ação e condenar a

União e o Estado de São Paulo a pagar ao autor indenização por danos morais no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação interposta por Albert Victor Georg Hahn contra sentença que, em sede de ação de indenização por danos morais, julgou improcedente o pedido ao fundamento de que não há qualquer registro ou provas de que o autor tenha sofrido tortura, sofrimento degradante ou que tenha sido atingido por atos institucionais, complementares ou de exceção, os quais tenham lhe causado danos (fls. 139/142). Além disso, condenou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Alega-se, em síntese, que:

a) parentes e outros indivíduos perseguidos que estiveram com o apelante em reuniões ou em sua casa vieram a ser presos e até mesmo mortos sob tortura, entre eles John de Souza e Maria Campello Souza;

b) em abril de 1970 o apelante foi preso por membros da Operação Bandeirantes (DOI-CODI) para a realização de um interrogatório sobre um membro da resistência e somente foi solto sem nenhum tipo de tortura por ser diretor de um banco de investimento (Adela Investment Company), cujos acionistas tinham enorme influência até mesmo sobre a polícia política;

c) ficou marcado psicologicamente ao presenciar a tortura de presos na OBAN e, temente por sua vida, deixou sua família e emprego para morar na França por 15 anos, ao que teve de vender seus bens para se sustentar. Após saber que fora delatado quanto às suas atividades, decidiu fugir para a Argentina e, posteriormente, para a França quando, ao retornar para sua casa, viu peruas C 14 ou Veraneio, usadas pela Operação Bandeirantes, estacionadas próximas à sua residência;

d) apresenta uma gama de documentos nos quais constam termo de declarações, auto de apreensão, relatório de qualificação de indiciados e auto de qualificação indireta (fls. 14/29), todos relacionados ao apelante. Ademais, foi indiciado no inquérito policial nº 21/70, instaurado pelo DOPS/SP, que deu origem a uma ação penal, na qual foi julgado e absolvido, provada assim a perseguição política;

e) manifestado interesse em produzir prova testemunhal (fl. 124) o juiz *a quo* recusou-o e julgou antecipadamente a lide, a configurar nulidade insanável na sentença, posto que houve cerceamento de defesa.

Apresentadas contrarrazões pelo Estado de São Paulo, argumenta-se que:

a) deve ser reconhecida a prescrição, como descrita no artigo 1º, do Decreto nº 20.410/32, e o feito extinto, conforme artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, uma vez que o apelante visa indenização por fatos ocorridos na década de 1970 por meio de ação ajuizada em 2006;

b) conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, somente nasce a responsabilidade do Estado de indenizar quando observados determinados prerequisites, como evento danoso,

a qualidade de funcionário público do autor do fato e o nexo causal entre a falha administrativa e o dano. Não provado que o apelante foi vítima de tortura ou sofreu qualquer mal, fica prejudicada a pretensão de ser indenizado;

c) a propositura da ação para discussão de fatos ocorridos mais de trinta anos antes ofusca o direito de defesa do réu pela impossibilidade de buscar provas e identificar os agentes supostamente responsáveis pelas agressões.

Apresentadas contrarrazões pela União, sustenta-se que:

a) fundamental a necessidade de que se prove nos autos que a conduta dos agentes, em cada caso específico, causou danos individualizados ao apelante capazes de impingir sofrimentos maiores do que aqueles sentidos por toda sociedade brasileira. Não apresentadas nos autos provas dos danos que o recorrente alega ter sofrido, correta a decisão *a qua*;

b) quanto ao cerceamento de defesa, há que se ponderar que as testemunhas nessas ações de anistiados não podem ser determinantes para o convencimento do juízo, à vista de que relatam fatos de forma teatral, instruídas pelos advogados num revezamento para trocar favores entre si.

Junte-se o relatório e encaminhe-se ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

O autor pleiteia indenização por danos morais, que, segundo alega, foram causados em razão de ter sido perseguido, preso e acusado de crimes políticos durante o regime militar na década de 70, motivo pelo qual se viu compelido a deixar o cargo de diretor de um banco de investimento, fugir do Brasil e viver no exterior por quinze anos apartado de familiares e amigos. Segundo narra, em abril de 1970, foi preso por membros da Operação Bandeirantes (DOI-CODI), que o levaram para interrogatório a respeito de um membro da resistência que esteve em sua casa. Posteriormente, foi solto, mas ficou marcado psicologicamente, pois, mesmo sem ser torturado, ouviu gritos dia e noite e viu pessoas sendo torturadas. Após três dias, ao voltar do trabalho notou que sua casa estava cercada pela OBAN, então soube que outros presos haviam revelado suas atividades de apoio a grupos de resistência/oposição ao regime militar. Como tinha conhecimento das consequências que sofriam os suspeitos de atos considerados subversivos como prisões arbitrárias, torturas bárbaras e muitas vezes até a morte, resolveu não retornar à sua residência e fugiu para o Rio de Janeiro, de lá foi para a Argentina e, finalmente, se dirigiu para a França, local em que viveu por quinze anos. Por esse motivo, ficou sem seu trabalho, deixou a família e teve que vender seus bens para se manter como refugiado em outro país. Todas essas circunstâncias lhe causaram danos morais, consubstanciados na dor e na humilhação que sofreu, a merecerem ressarcimento. Sustenta que tanto a União quanto o Estado de São Paulo são responsáveis pelos prejuízos que lhe foram causados, à vista de que a primeira mantinha o regime militar e o segundo fornecia os instrumentos como policiais, dependências da polícia, viaturas e verbas para a implantação das atividades de repressão contra os cidadãos.

II - DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Afasto a preliminar de cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, na medida em que entendo suficientes as provas apresentadas nos autos para o deslinde da causa.

III - DA PRESCRIÇÃO

Não é cabível a aplicação do prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 à pretensão indenizatória em questão. Quanto ao tema, filio-me à jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195. (AgRg no REsp 1160643/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 26/11/2010)*. O fundamento desse entendimento está na circunstância de que a tortura representa violação direta à dignidade humana, a qual, como direito humano que é, tem as características de ser *inata, universal, absoluta, inalienável e imprescritível*. Destaque-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux no REsp 959904/PR, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009, o qual sustenta:

À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

Consectariamente, não há falar em prescrição de ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente ao direito inalienável à dignidade.

Outrossim, a Lei 9.140/95 que, por seu turno, criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto nº 20.910/32 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, *v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Conveção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*.

A dignidade humana violentada, *in casu*, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor e prisão durante o Regime Militar de exceção, revela atos como flagrantes de atentado aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. A dignidade da pessoa humana deflui da Constituição Federal, conforme premissa inarre-

dável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

IV - DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Na época dos fatos vigia a Constituição Federal de 1967 a qual, assim como a Carta de 1988, impunha ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus agentes, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da *responsabilidade civil objetiva* do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo, diverge em relação aos *atos omissivos*. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, dentre outros. Segundo esse autor:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, *cobrindo o risco da sua ação ou omissão*, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (Direito Administrativo Brasileiro, 36^a atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687)

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados das cortes superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não,

do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “*eventus damni*” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

(STF, RE 495740 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214- PP-00516)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (STF, AI 693628 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-13 PP-02452 LEXSTF v. 32, nº 373, 2010, p. 91-96)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal *a quo* à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp nº 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp nº 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo, verbis*: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, “*verbis*”: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107 e 108).

4. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

5. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (Precedentes: AgRg no AG 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 19/11/2001; REsp 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12/11/2001).

6. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1103840/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 07/05/2009)

Frise-se o ensinamento do Ministro Celso de Mello, expresso em precedentes da corte suprema de sua relatoria, como o citado, o qual sumariza de forma bastante didática os elementos caracterizadores desse dever do Estado de indenizar em razão de danos causados por seus agentes, *verbis*:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a *alteridade do dano*, (b) a *causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público*, (c) a *oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal*.

Segundo a doutrina, para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo causal entre o fato ofensivo, que, segundo a orientação citada, pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.

No caso dos autos, impõe-se o dever de reparação dos danos morais sofridos pelo autor.

V - DA LESÃO

Restou comprovado que o apelante foi preso e esteve exilado por motivos políticos durante o período de ditadura militar.

A certidão de fl. 13 expedida pela Justiça Militar da União dá conta de que o autor *figurou como acusado no Proc. Nº 162/70, originário do IP instaurado no DOPS para apurar a prática de atos terroristas e subversivos praticados por elementos pertencentes ao movimento denominado “Vanguarda Popular Revolucionária” (VPR). Em 04/07/1971 a denúncia foi oferecida, sendo a mesma recebida em 24/01/1971. Em julgamento realizado no dia 18/07/1972, foi absolvido, por não ficarem provadas as acusações. A r. sentença condenatória foi lida e assinada em 04/12/1972. O Egrégio Superior Tribunal Militar, em sessão de 16/10/1974, nos autos da apelação nº 39.789, por unanimidade de votos, negou provimento ao apelo do MPMU, mantendo a r. sentença hostilizada. O acórdão transitou em julgado no dia 21/10/1974.*

Às fls. 14/29 constam documentos pertencentes aos arquivos do extinto DEOPS, polícia especializada que atuava na repressão aos cidadãos considerados subversivos pelo regime militar.

Fábio de Carvalho Campello de Souza, irmão da esposa do autor, em seu depoimento no DEOPS (termo de declarações fls. 14/16), datado de 16.06.1970, afirmou que o casal estava na França, provavelmente em Paris. Na transcrição consta que *o declarante apenas tomou conhecimento das atividades subversivas terroristas de suas irmãs e cunhados através, ou melhor, quando esteve neste Departamento.* No decorrer de seu depoimento ele foi questionado inúmeras vezes a respeito do paradeiro de seus cunhados e das empregadas domésticas de suas irmãs, as quais também eram procuradas pela polícia para dar informações a respeito das atividades políticas que eles desenvolviam.

Às fls. 17/19, há o auto de apreensão realizada na residência do acusado pelo DEOPS, datado de 15.06.1970, que informa que foram encontrados e apreendidos no depósito jornais e revistas cubanos, livros como “Guevara/Guerrilha”, “Revolução Russa - 50 anos de história”, entre muitos outros materiais relacionados à política, movimentos operários, comunismo e guerrilha. Tais exemplares foram caracterizados no ofício de fl. 20 pelo Delegado de Polícia adjunto ao DEOPS como “manuais de guerrilhas e documentos anarco-marxistas”. Esse documento relata a existência de um inquérito policial para apuração de responsabilidades criminais dos elementos integrantes da “Vanguarda Popular Revolucionária” e solicita o envio das referidas obras a fim de instruí-lo.

O relatório do citado inquérito (fls. 21/24) menciona que o autor e sua esposa foram indiciados indiretamente por estarem foragidos e os relacionam como participantes do grupo “Vanguarda Popular Revolucionária”, no qual atuariam no setor de apoio.

A carta redigida pela esposa do requerente - Maria Lúcia Campello Hahn - (fls. 27/29), endereçada ao Delegado Adjunto Alcides Singillo, o qual dirigiu as investigações e o inquérito citado, ilustra muito bem a situação de exílio pela qual o autor e sua família passaram. Nessa missiva ela justifica os motivos pelos quais teria recebido em sua casa um membro da VPR, na tentativa de demonstrar a sua inocência em relação aos fatos que lhe foram imputados, bem como afirma que esteve em Paris desde 1969, em gozo de bolsa de estudos, e que, em razão de essa bolsa ter-se encerrado em julho daquele ano - ao que parece era 1972, dada a data colocada à mão no documento -, externou o desejo de retornar ao Brasil com seu filho, nascido em Paris, para que sua família o conhecesse e solicitou resposta das autoridades competentes, da qual não há notícia nos autos.

A certidão da Agência Brasileira de Inteligência da Presidência da República (fls. 30/31) dá uma ideia geral dos fatos registrados em seus arquivos que ocorreram com o apelante, os quais transcrevo:

Em 1972, estava em Paris ocasião em que procurou o adido militar junto à Embaixada do Brasil em Paris, afirmando que desejava voltar ao Brasil, onde teria sido indiciado em Inquérito Policial “por ter hospedado uma pessoa que não conhecia a pedido de amigos”, disse ainda que já teria sido julgado em 18 jun, 72 e teria sido absolvido, hóspede, mas teria sido solto em seguida,. Por ter prestado falsas declarações, foi procurado novamente e como não queria ser preso embarcou para o exterior.

Em 1976, era tido como militante da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR) em São Paulo/SP, viajou para Bucareste/Paris onde residia e suspeitava-se que estava envolvido em atividades subversivas do tipo doutrinação e aliciamento de jovens universitários brasileiros bolsistas. Em 1970, foi indiciado no Inquérito Policial Militar (IPM) nº 21/70, instaurado pelo Departamento de Ordem Política e Social do Estado de São Paulo (DOPS/SP).

Foi julgado e absolvido pela 2ª Auditoria da 2ª CJM no Processo nº 162/70, relativo às ações da VPR.

Em sua contestação, a União noticiou a existência de requerimento do apelante de anistia no âmbito administrativo, que à época ainda não havia sido analisado (Proc. nº 2004.01.41942 - fls. 89/91). Em consulta à rede mundial de computadores, no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, constatei que o processo do autor foi julgado parcialmente procedente, em 14.07.2010. Já no sítio eletrônico da Associação dos Militares Anistiados de São Paulo (<http://amaesp.blogspot.com.br/2010/07/deciso-es-da-comissao-de-anistia.html>) obtive a informação de que a decisão foi publicada no D.O.U. nº 134, quinta-feira, 15 de julho de 2010, nos seguintes termos:

GABINETE DO MINISTRO PORTARIAS DE 14 DE JULHO DE 2010 O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais, com fulcro no artigo 10 da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, publicada no Diário Oficial de 14 de novembro de 2002 e considerando o resultado do julgamento proferido pela Comissão de Anistia, na 77ª Sessão realizada no dia 16 de setembro de 2009, no Requerimento de Anistia nº 2004.01.41492, resolve: Nº 1.699 - *Declarar ALBERT VICTOR GEORG HAHN portador do CPF nº 921.488.838-87, anistiado político, conceder a reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação única no valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, equivalente nesta data a R\$ 76.500,00 (setenta e seis mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 1º, incisos I e II c/c artigo 4º, § 1º, da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.* LUIZ PAULO BARRETO - Grifei

Esse reconhecimento do Ministério da Justiça vem tão-somente corroborar o que está amplamente provado nos autos, no sentido de que o apelante foi atingido, direta e exclusivamente por motivação política por atos de repressão do regime militar, que o levaram a viver no exílio durante 15 anos.

Ressalte-se que era notório o tratamento violento, humilhante e degradante que era oferecido aos presos políticos durante o regime de exceção. Portanto, o fato de o apelante ter-se refugiado em país estrangeiro não pode ser considerado simplesmente como exercício do livre arbítrio, como entendeu o Juízo *a quo*, na medida em que, conforme restou demonstrado, o risco de ser preso e sofrer as consequências drásticas disso, tão conhecidas na época, era iminente e qualquer pessoa mediana que estivesse na mesma situação e tivesse oportunidade provavelmente não faria outra coisa que não fugir. Na esteira desse entendimento trago à colação precedente desta corte regional:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS OCORRIDAS AO TEMPO DO REGIME MILITAR - AUTOR, ENTÃO ESTUDANTE DE ENGENHARIA NA USP/SÃO CARLOS, QUE FOI PRESO TRÊS VEZES PELA PARTICIPAÇÃO

EM CONGRESSOS DE UNIVERSITÁRIOS - SOLTURA DO AUTOR POR MEIO DE HC JULGADO NA 2ª TURMA DO STF - NECESSIDADE DE EXÍLIO DO BRASIL (CONTINUOU A SER PROCURADO PELA REPRESSÃO) - DESCABIMENTO DE NEGAR-LHE A INDENIZAÇÃO À CONTA DE QUE DEVESSE SUPORTAR AS AGRURAS DA REPRESSÃO COMO CONSEQUÊNCIA DE SUAS OPÇÕES IDEOLÓGICAS (SEMPRE MANIFESTADAS SEM VIOLÊNCIA) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE NULIDADE REJEITADA E CONDENAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. 1. Rejeita-se a alegação de nulidade do feito por cerceamento de defesa supostamente ocorrido por conta do indeferimento da produção de prova testemunhal postulada pelo autor; efetivamente, a d. Juíza Federal Substituta da 24ª Vara Federal da Capital indeferiu a produção de prova oral tal como requerida a fls. 589; essa interlocutória foi publicada no diário de justiça eletrônica de 18/3/2010 e até o dia 13/5/2010 não tinha ocorrido qualquer manifestação do autor, ou seja, o decisum restou irrecorrido; com isso, operou-se a preclusão e por isso a questão do indeferimento de prova não pode mais ser agitado. 2. Não há que se cogitar de prescrição: afirmar-se que o Decreto nº 20.910/32 deve incidir em favor da União onde houve perseguição política promovida por agentes oficiais e extra-oficiais agregados ao regime autoritário que vigorou entre nós a partir de 31/3/1964, é fazer pouco caso da História, é optar pelo juridiquês em desfavor da Justiça, é tripudiar sobre aqueles que em determinado momento histórico tiveram suas vidas - e das suas famílias e amigos - atropalhadas por ações contrárias muitas vezes até ao direito de exceção que vigeu com força naquele período. Ora, com o Judiciário cabrestado, advogados ameaçados e os cidadãos amedrontados pelas leis de segurança nacional e pelos órgãos militares, paramilitares e policiais de repressão, é óbvio que a liberdade de acesso aos mecanismos da Justiça era nenhuma. Destarte, na singularidade do caso não pode produzir efeitos o decurso do tempo como cogitado no Decreto nº 20.910/32, mesmo porque a própria Constituição, no corpo do art. 8º do ADCT, fêz retroagir os efeitos da anistia política até 18 de setembro de 1946; a propósito, no âmbito do STJ compreende-se pela imprescritibilidade das ações tendentes ao reconhecimento de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de atos perpetrados pelos agentes do Estado e outros que a eles buscavam se equiparar, ocorridos na vigência do regime autoritário (1964/1979), diante da supremacia dos direitos fundamentais. Nesse sentido segue a jurisprudência do STJ (AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011) 3. A causa petendi da reparação dos danos morais oriundos de sofrimentos e abalos sofridos em decorrência de perseguições políticas diverge da motivação que enseja a reparação prevista no art. 1º da Lei nº 10.559/2002, cujo art. 16 expressamente ressalva outros direitos de quem sofreu perseguições políticas ("Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável"). 4. Ademais, a reparação por dano moral - preceito constitucional (art. 5º, V e X) que não pode ser inibido pela legislação ordinária - não é cogitada *primu ictu oculi* pelo art. 8º da ADCT, que é regulado pela Lei nº 10.559/2002. o assim chamado "sistema da jurisdição condicionada" obriga o prévio esgotamento da instância administrativa a que está sujeita inicialmente a questão para possibilitar o acesso posterior ao Poder Judiciário. Sucede que a Constituição Federal de 1988 trata como direito fundamental - e, portanto, cláusula pétrea - , em seu artigo 5º, inc. XXXV, o princípio incondicionado da inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que não há espaço para obrigatoriedade de esaurimento da via administrativa para que se possa provocar o Juiz. Exceções só podem ser ventiladas no próprio Texto Magno, como é o caso do prévio acesso à "justiça desportiva" para composição das lides relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, § 1º), mas ainda aí não existe condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à conclusão do referido procedimento administrativo. 5. *Pessoas que se opõem - especialmente sem o uso de força - contra um regime político, agitando em face dele apenas as suas idéias ou manifestações pacíficas (escritos, reuniões, discursos), não precisam e não podem sujeitar-se ao risco de perder a liberdade e a própria vida por conta de suas convic-*

ções, ao contrário do que pareceu ao d. Juiz a quo (fl. 606). Nenhum Estado, nenhum governo, nenhuma orientação política, tem o direito de prender, torturar e massacrar aqueles que se mostram contrários a eles, especialmente quando se manifestam no plano das idéias ou com posturas incruentas. Não se pode conceber um Estado válido, verdadeiro, se ele se volta violentamente contra seus próprios cidadãos por desacordos políticos. O Estado que prende, tortura e mata os opositores de sua orientação política é um Estado criminoso, seja de tendência direitista ou esquerdista, não importa, é imerecedor de existir. Por isso não se pode dizer que aquele que discorda das orientações políticas, econômicas, sociais, de um certo Estado, manifestando-se pacificamente contra essas tendências, deve aceitar ser imolado na pira de violência acesa pelos agentes da repressão estatal. 6. SÉRGIO DE MELLO SCHNEIDER era universitário, aluno do curso de Engenharia no campus da USP em São Carlos/SP. Envolvido com o movimento estudantil descontente com a Ditadura Militar implantada a partir de abril de 1964, participou de encontros estudantis em 1966, 1967 e no famoso Congresso da UNE em Ibiúna/SP (1968). Foi detido nas três vezes, mas com mais gravidade durante o XXX Congresso da UNE e por conta disso teve a prisão preventiva decretada e foi indiciado no IP nº 15/68 instaurado pelo sinistro DOPS do governo paulista (que agia em estreita colaboração com o Regime Militar), que resultou na ação penal nº 67/68 da 2ª Auditoria Militar de São Paulo, onde foi decretada a prescrição da pretensão punitiva em 15/12/72; antes disso, fora solto graças a coragem da 2ª Turma do STF, em julgamento histórico de habeas corpus de que participaram os honrados Ministros Adalício Nogueira (relator), Aliomar Baleeiro, Temístocles Cavalcanti e Evandro Lins (fl. 42). Após essa soltura, no ano de 1969 fugiu para o Chile (onde obteve passaporte no Consulado Geral em Santiago e estudou matemática - fl. 268) e depois esteve nos Estados Unidos, residindo em Berkeley, Califórnia (fl. 261), já que continuou a ser perseguido pela repressão política, pois há registro oficial de uma “campana” de policial civil da Delegacia de Polícia de Rio Claro/SP, local de seu nascimento, feita nas imediações da casa de sua família nos idos de 23 de abril 1973 (fl. 260). 7. Nesse cenário de perseguições, prisões, impossibilidade de estudar regularmente, e depois certo fracasso profissional, o autor sofreu abalos íntimos, tudo decorrente de repressão política contra um cidadão que apenas manejava seus ideais de juventude; na singularidade do caso a indenização deve ser fixada em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Esse valor sofrerá correção monetária (desde este arbitramento - Súmula 362/STJ) na forma da Res. 134/CJF, e incidirão juros de mora contados de 12/10/1968 (data da última prisão conhecida do autor, quando foi desbaratado o XXX Congresso da UNE) na forma da Súmula 54/STJ, ao percentual de 0,5% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 9.494/97, art. 1º/F, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, quando juros e correção monetária serão regidos por aquele dispositivo. A presente ação tramita desde maio de 2009 e o advogado do autor provou ser profissional zeloso e atuante, atento à causa, devendo a fixação dos honorários ser da ordem de R\$ 20.000,00 corrigidos a partir desta data na mesma forma acima indicada. (AC 00045729520094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - Grifei

VI - DO DANO MORAL

São evidentes os danos morais sofridos pelo requerente, consubstanciados na perturbação de ordem psíquica e social suportada em razão do cerceamento de sua liberdade, da perda de posição de trabalho, do afastamento compulsório de sua pátria, de seu lar, de seus familiares e de seus amigos tão-somente por motivos políticos e ideológicos. Todas essas circunstâncias representam um atentado violento à dignidade do indivíduo e compele a uma indenização como forma de reparação.

VII - DO NEXO CAUSAL

Configurou-se o nexo causal, na medida em que o dano ora comprovado foi resultado da conduta dos agentes do Estado, no caso os policiais do DOPS, e do próprio regime militar que propiciou o cometimento de toda a série de arbitrariedades, privações, segregações e violências morais contra o autor. Ademais, frise-se que o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade. Assim, é de rigor a reparação por danos morais causados ao apelante.

VIII - DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Quanto ao valor da indenização, segundo doutrina e jurisprudência pátrias, tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Certamente, as situações humilhantes, revoltantes e violentas às quais o autor foi submetido, em virtude de suas convicções políticas, por um Estado que, ao invés de proporcionar segurança ao cidadão, agia de forma criminosa contra ele, lhe tiraram a tranquilidade e lhe provocaram graves transtornos sociais e traumas de ordem psicológica, com os quais terá que conviver ao longo de sua vida. Diante desse quadro, penso que se mostra adequada a fixação de indenização no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), como forma de atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumprir os critérios mencionados.

No que toca à indenização paga ao recorrente na esfera administrativa, com fundamento na Lei 10.559/02, consigne-se que somente se refere aos danos causados ao lesado no âmbito profissional, ou seja, são de cunho patrimonial, portanto, não representa “bis in idem”.

IX - DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Sobre o valor da condenação incidirá correção monetária a partir da presente data (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, bem como juros moratórios, a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) que, no caso, deve ser considerado o dia 15.06.1970, data em que ocorreu a busca e apreensão na residência do autor e que segundo constou do relatório policial ele já estava foragido, em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. Inaplicável o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, o qual dispõe que a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*, à vista de que foi declarado inconstitucional “por arrastamento” quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está pendente de publicação. Ressalte-se que a correção monetária não incide no último período, porque é fator que já compõe a referida taxa (REsp 1139997/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011; REsp 938.564/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 16/02/2011).

Verifico que se trata de ação em que foi vencida a fazenda pública, razão pela qual a fixação dos honorários advocatícios deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, fixo-os em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

X - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, *rejeito as preliminares e dou provimento à apelação* para julgar procedente a ação e condenar a União e o Estado de São Paulo a pagar ao autor indenização por danos morais no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Os juros de mora e a correção monetária incidirão conforme consignado no voto. Custas na forma da lei.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Pedi vista dos presentes autos para melhor me assenhorear das questões neles discutidas.

Tratar-se ação de indenização por danos morais proposta por Albert Victor Georg Hahn, em razão das perseguições, prisão e torturas sofridas durante o período da ditadura militar.

Quanto aos fundamentos trazidos pelo e. Relator em seu detalhado voto, não há qualquer acréscimo a ser feito quanto às preliminares e também em relação à responsabilidade objetiva extracontratual da União Federal pelas privações e atos atentatórios à dignidade humana sofridos pelo autor, contudo o *quantum* indenizatório na reparação dos danos morais deve ser fixado com moderação, atentando para o nível socioeconômico dos autores, o porte econômico dos réus, orientando-se ainda o juiz pela razoabilidade e, sobretudo, pela situação de exceção do Estado brasileiro, cujos governantes não dispunham de qualquer legitimidade popular.

A jurisprudência, ratificando o entendimento ora esposado, tem fixado a indenização devida ao anistiado político em patamares que reputo razoável e suficiente, conforme o caso concreto. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA DURANTE O REGIME MILITAR. POSSIBILIDADE DA VÍTIMA POSTULAR INDENIZAÇÃO POR SOFRIMENTOS ÍNTIMOS MESMO QUE JÁ TENHA SIDO BENEFICIADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA CONFORME AS LEIS 10.559/2002 E 10.726/2001. MATÉRIAS PRELIMINARES (PRESCRIÇÃO E INÉPCIA) AFASTADAS. PROVA CONTUNDENTE DE SOFRIMENTOS ÍNTIMOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS POR ÓRGÃOS REPRESSORES DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA UNIÃO. SENTENÇA ANULADA E AÇÃO JULGADA PROCEDENTE (ART. 515, § 3º, DO CPC). 1. O recebimento de indenizações com base na Lei Estadual nº 10.726/2001 e da Lei Federal nº 10.559/2002 não impede que o perseguido político busca indenização por danos morais decorrentes da perseguição política encetada contra ele pelos órgãos repressivos do Estado Ditatorial. O interesse de agir é evidente: a causa petendi da reparação dos danos morais oriundos de sofrimentos e abalos sofridos em decorrência de perseguições políticas diverge

da motivação que enseja a reparação prevista no art. 1º da Lei nº 10.559/2002, cujo art. 16 expressamente ressalva outros direitos de quem sofreu perseguições políticas (“Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável”). Ainda, a indenização por dano moral é matéria que não cogitada na Lei Estadual nº 10.726/2001. Ademais, a reparação por dano moral - preceito constitucional (art. 5º, V e X) que não pode ser inibido pela legislação ordinária - não é tratada *primu ictu oculi* pelo art. 8º da ADCT, que é regulado pela Lei nº 10.559/2002.

2. Incogitável a pretendida inépcia da petição inicial pois na demanda onde busca condenação de outrem a título de reparação por danos morais o autor não necessita indicar precisamente o valor pecuniário desejado, que pode ser perfeitamente arbitrado pelo Juízo; desnecessidade da formulação de pedido de valor certo e determinado: ausência de afronta ao disposto no art. 286 do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ. 3. Afirmar-se que o Decreto nº 20.910/32 deve incidir em favor da União e dos Estados Federados onde houve perseguição política promovida por agentes oficiais e extra-oficiais agregados ao regime autoritário que vigorou entre nós a partir de 31/3/1964, é fazer pouco caso da História, é optar pelo juridiquês em desfavor da Justiça, é tripudiar sobre aqueles que em determinado momento histórico tiveram suas vidas - e das suas famílias e amigos - atrapalhadas por ações contrárias muitas vezes até ao direito de exceção que vigeu com força naquele período. Inexistência de plenitude de acesso a jurisdição desde 31/3/1964 até a revogação do Ato Institucional nº 05, ocorrida em 17/10/77. Ora, com o Judiciário cabrestado, advogados ameaçados e os cidadãos amedrontados pelas leis de segurança nacional e pelos órgãos militares, paramilitares e policiais de repressão, é óbvio que a liberdade de acesso aos mecanismos da Justiça era nenhuma. Ainda: no âmbito do STJ compreende-se pela imprescritibilidade das ações tendentes ao reconhecimento de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de atos perpetrados pelos agentes do Estado e outros que a eles buscavam se equiparar, ocorridos na vigência do regime autoritário (1964/1979), diante da supremacia dos direitos fundamentais. Nesse sentido segue a jurisprudência do STJ (AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011).

4. Apelo julgado no mérito (art. 515, § 3º, do CPC). 5. É evidente que JOSÉ NABARRETE PEREIRA, expulso da Polícia Militar por conta de sua orientação política, e preso tanto no sinistro DOI/CODI quanto no não menos abominável DOPS paulista, notórios locais de maus tratos e torturas, merece indenização pelos sofrimentos íntimos decorrentes da perseguição política encetada pelo Estado contra pessoa que não agia de modo cruento contra o regime político vigente. 6. Quanto ao valor da indenização no presente caso - que envolve detenções em dois cárceres cruéis do tempo da Ditadura (DOI/CODI e DOPS) e perda de cargo público - afigura-se razoável o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a serem pagos metade por cada réu. O valor será corrigido na forma da Súmula 362/STJ e com juros a partir da primeira data conhecida do evento danoso (Súmula 54/STJ), dia 6/8/75. Tanto a correção monetária quanto os juros de mora atenderão a Lei nº 9.494/97, art. 1º/F, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, mas a partir da data da vigência dessa norma (REsp 1.205.946/SP). Exceto isso, observar-se-á o Manual de Cálculos da Justiça Federal ora vigente. As rés responderão por honorários advocatícios que na forma do § 4º do art. 20 do CPC fixa-se em R\$ 15.000,00 corrigidos desta data, levando em conta que a causa tramita desde março de 2007 e foi acompanhada com zelo pelos d. patronos do autor. (TRF 3, AC 00003403920074036123AC - Relator Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO - Sexta Turma - j. 31/01/2013 - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/02/2013)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DITADURA MILITAR. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO DE ESTUDANTE. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 515, 3º, CPC. PROVAS DOCUMENTAIS. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, 6º, CF/88. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Trata-se de apelação interposta pelo autor

contra sentença (fls. 141/144) prolatada pelo Juízo da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que rejeitou as preliminares de falta de interesse processual e de prescrição, e julgou improcedente o pedido de reparação de danos morais, condenando o autor ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00 (um mil reais). 2. No tocante à inviolabilidade dos direitos universalmente protegidos e constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal, assegurando-se o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, combinado com a teoria do Risco Administrativo, o qual intitula o dever do Estado de indenizar os danos causados a terceiros, pelos seus agentes, no exercício de suas funções, independentemente da existência de culpa, consoante § 6º do artigo 37 da CF, estendendo-se, inclusive, aos anistiados que foram punidos com fundamento em atos de exceção, institucionais ou complementares, ou sofreram punição disciplinar, sendo estudantes durante o período de repressão da Ditadura Militar, consoante a Lei 10.559/02, a qual regulamenta o artigo 8º do ADCT. 3. Outrossim, para configurar o dever de indenizar é cediço a exigência da comprovação do dano e do nexó causal entre ele e a atuação do agente público. No caso em tela, muito embora se verifiquem dificuldades materiais de se juntar provas da época ditatorial, reputo plenamente idônea a declaração subscrita pelo Assessor da Subsecretaria de Inteligência da Presidência da República, Sr. David Bernardes de Assis, colacionada às fls. 38/41, onde consta que o apelante foi detido pelo DPF em agosto e novamente preso em dezembro de 1967 e que em 15/04/1969 foi condenado a 2 anos e 8 meses de reclusão pelo Conselho Permanente de Justiça da 4ª RM, por prática de atos subversivos. Ainda na mesma declaração, consta que o autor nas vésperas do Natal, 24/12/1969, viajou para o Uruguai e solicitou asilo político, lhe tendo sido concedido asilo territorial sete meses mais tarde, no dia 21/07/1970. E, ainda, que em março de 1971, seu nome constou de uma relação de réus condenados pela Auditoria da 4ª CJM, que se encontravam foragidos da Justiça e cujos mandados de prisão ainda não haviam sido cumpridos. 4. Reputo igualmente válida a cópia da certidão assinada pelo Diretor de Secretaria da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, colacionada às fls. 84 e verso, onde se lê, referente ao autor: "...1) foi denunciado nos autos do Proc. Nº 37/67, em 25 ABR 67, como incurso no art. 16, da Lei nº 1.802/53, sendo julgado, à revelia, em 05 AGO 69, pelo CPJEx que o condenou a um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, como incurso no citado artigo, com remissão ao art. 41, do Dec-lei nº 314/67, atendido o princípio da benignidade legal, havendo o MM. Dr. Juiz-Auditor, por Decisão de 04, transitada em julgado em 09, tudo de NOV 77, lhe declarado extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva; 2) foi denunciado nos autos do Proc. Nº 76/67, em 16 AGO 67, como incurso no parágrafo único do art. 25, do Dec-lei nº 314/67, tendo sido julgado à revelia, em 15 ABR 69, pelo CPJEx que o condenou a dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, como incurso na referida capitulação legal, sendo-lhe cassados seus direitos políticos por dez (10) anos e por igual período ficando impedido de exercer funções públicas, havendo o MM. Dr. Juiz Auditor, por Decisão de 07, transitada em julgado em 12, tudo de JUL 77, lhe declarado extinta a punibilidade, pela prescrição da pena..." 5. Vale ressaltar que a certidão acima mencionada foi passada a pedido do irmão do interessado em 19/07/1979, tendo o autor retornado ao Brasil em novembro de 1979 conforme a declaração de fl. 40. 6. No que se refere à intenção do autor em retornar ao Brasil, e de regularizar a sua situação seja profissional ou no tocante à sua condição de exilado, fazem provas suficientes as cópias das correspondências assinadas pelo autor e dirigidas ao Dr. Luis Carlos Sigmaringa Seixas, objetivando a solicitação de prescrição das penas e as providências necessárias para tornar possível o seu ingresso no Brasil sem problemas de ordem judicial ou policial, colacionadas às fls. 75 e 76, datadas de 05/09/1978 e 06/03/1979; a cópia da carta manuscrita pela Sra. Maria Essemberg, em Geneva-Suíça, datada de 17/02/1977, em resposta a carta do autor, orientando-o a se dirigir ao Comissariado Superior para Refugiados, eis que a Anistia Internacional não poderia fazer nada no caso dele, conforme informação do Consultor Jurídico da Anistia Internacional, do Secretariado Internacional em Londres; bem assim as cópias das

correspondências firmadas pelo então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Raymundo Faoro, datadas de dezembro de 1977 (fls. 78/79), onde se verifica o interesse do autor em obter oportunidade de trabalho no Brasil. 7. Destarte, verifica-se que os autos estão repletos de provas da ocorrência de prisão e de perseguição do autor, realizadas pela apelada através de seus agentes atuantes à época em que se instituiu no Brasil o regime da ditadura militar, tendo sido considerado subversivo pelo Ministério da Aeronáutica (cf. fls. 80). 8. Os fatos e elementos encontrados nos autos por si só são capazes de afirmar que o autor sofreu danos morais. E quem não o sofreria tendo os seus direitos políticos cassados por 10 anos, tendo prisão decretada freqüentemente em um período em que se sabiam exatamente os maus tratos destinados aos presos na mesma situação do autor? 9. Importante ressaltar que o Ministério da Justiça, através da Primeira Câmara da Comissão de Anistia, ao apreciar o requerimento de anistia nº 2002.02.06546, formulado pelo autor, confirmou os fatos por ele narrados, inclusive quanto ao seu desligamento da Universidade de Brasília, nos termos do Dec-Lei nº 477/69 e quanto a ter-se asilado na Embaixada do Uruguai em junho de 1968 (cf. fls. 135/142, especificamente a fl. 135). 10. Muito embora a Lei 10.559/02 preveja a possibilidade de reparação econômica via administrativa, não exclui o interesse do demandante de continuar o pleito na via jurisdicional, com o escopo de obter a indenização no valor que considera devido, ainda que a fixação do referido valor fique a critério do magistrado. 11. Nesses termos, são notórias as conseqüências causadas pelo sofrimento advindo do exílio político, pelo distanciamento da família, pela perda dos direitos políticos, pela vida foragida, situação que ninguém busca para si por vontade própria. 12. Em se tratando de direitos humanos e da dignidade de nós, seres humanos, não há razoabilidade em se entender que apenas quem perdeu o emprego ou a oportunidade de estudo é merecedor de reparação por danos morais, ou em se crer que é necessário entrar em depressão, atentar contra a própria vida, tomar atitudes desequilibradas ou ficar com seqüelas físicas ou psíquicas decorrentes das torturas sofridas em função do regime ditatorial para deixar consubstanciada a ocorrência de dano moral. 13. O dano moral, na hipótese dos autos ocorreu. Cumpre notar, apenas, que inexistente parâmetro legal definido para a fixação da sua reparação, devendo ser quantificada segundo os critérios de proporcionalidade e moderação, submetidos ao razoável entendimento judicial, de acordo com as peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, não podendo ser ínfimo, muito menos que saia da órbita da razoabilidade, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido, o que, no meu entendimento deve ser feito no valor de R\$83.000,00, acrescido de correção monetária, a partir do julgamento, e de juros moratórios de 0,5%, a partir do evento danoso (agosto de 1967) até a entrada em vigor do Código Civil e, daí em diante, no percentual de 1% ao mês. 14. Condeno a União ao pagamento da verba honorária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a teor do art. 20, § 4º, do CPC. 15. Apelação do autor provida. (TRF1, AC 200634000247498 - Relator Juiz Federal AVIO MOZAR JOSE FERRAZ DE NOVAES - Quinta Turma - j. 11/06/2008 - e-DJF1 DATA: 21/11/2008 PAGINA:928)

In casu, peço vênia ao e. Relator para divergir em relação ao *quantum* indenizatório, entendendo que a condenação deva ser fixada em montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos, correspondente nesta data ao valor de R\$ 67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais), a ser mantido como base para eventuais correções, que reputo adequado e suficiente pelas circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator quanto ao resultado e também em relação aos honorários advocatícios, divergindo tão somente em relação ao montante indenizatório fixado a título de danos morais, cujo valor deve ser arbitrado em R\$ 67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais), devidamente corrigidos pelos índices adotados pelo Manual de Cálculo da Justiça Federal, cabendo o pagamento de 60% à União Federal e 40% ao Estado de São Paulo,

descontados valores eventualmente pagos pelos réus administrativamente.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA

APELAÇÃO CÍVEL
0006059-47.2007.4.03.6108
(2007.61.08.006059-2)

Apelante: LAERCIO DO CARMO LOPES
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1466209
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2014

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO RETIDO - NÃO CONHECIMENTO - SEGURANÇA DA NAVEGAÇÃO - HIDROVIA TIETÊ-PARANÁ - AUTO DE INFRAÇÃO - PENA DE MULTA - IMPUGNAÇÃO POR TERCEIRO - ILEGITIMIDADE ATIVA - TRANSPOSIÇÃO DE PONTE - DESMEMBRAMENTO DE COMBOIO - DEVER INOBSERVADO - SUBSUNÇÃO AO ART. 23, VIII, DO DECRETO Nº 2.596/98 - IDONEIDADE DO TIPO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA - EXTENSÃO DA PENA - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. Agravo retido não conhecido, porquanto a decisão que deferiu a antecipação de tutela, objeto de inconformismo da recorrente, foi substituída por sentença, não mais subsistindo interesse recursal.

2. A autuação, no que concerne à penalidade pecuniária, dirigiu-se à empresa Caramuru Alimentos Ltda., não havendo qualquer menção à responsabilização solidária do autor no corpo do auto de infração. Ilegitimidade ativa (art. 6º do CPC).

3. A Constituição Federal, em seu art. 22, inciso X, atribuiu à União Federal competência para legislar sobre “o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial”. Em atenção ao mandamento constitucional, foi editada a Lei nº 9.537/97 - LESTA -, a qual dispôs acerca da segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional.

4. O Decreto 2.596/98, diploma que regulamentou a Lei nº 9.537/97, prevê como infração administrativa “descumprir qualquer outra regra prevista, não especificada nos incisos anteriores” (art. 23, VIII).

5. Dentre as atribuições conferidas à Autoridade Marítima pela LESTA, encontra-se a elaboração de normas sobre tráfego e permanência de embarcações em águas nacionais, entrada e saída de portos e marinas (art. 4º, inciso I, alínea “b”). Nesse desiderato, foram editadas as “Normas de Tráfego nas Eclusas da Hidrovia Tietê-Paraná e seus Canais”, as quais disciplinaram como deveria ocorrer a transposição de pontes (art. 39).

6. Compete ao comandante da embarcação, nos termos da Lei nº 9.537/97, “cumprir e fazer cumprir a bordo, os procedimentos estabelecidos para a salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga” (art. 8º, II), sob pena de suspensão do certificado de habilitação (art. 25). Legalidade material da autuação.

7. Consoante se extrai da prova documental, preposto da pessoa jurídica armadora

foi regularmente intimado acerca da lavratura do auto de infração, oportunizando-se, via de consequência, a interposição de recurso administrativo.

8. Desnecessária a redução da pena de suspensão do certificado de habilitação, porquanto fixada em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, dentro dos limites estabelecidos no Decreto nº 2.596/98, não se podendo desconsiderar a agravante prevista no inciso IV (grave ameaça à integridade física das pessoas) do art. 30 da Lei nº 9.537/97.

9. Inocorrente na hipótese afronta ao princípio da motivação, haja vista que os fatos desencadeadores da autuação foram adequadamente descritos no auto de infração, com indicação do dispositivo legal violado e da respectiva penalidade, de sorte a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa.

10. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, ajuizada por LAERCIO DO CARMO LOPES em face da União Federal, objetivando a anulação do auto de infração nº 405P2007002459, lavrado pela Capitania Fluvial do Tietê-Paraná com base no art. 23, inciso VIII, do Decreto nº 2.596/98.

De acordo com a inicial, em 08.04.2007, o autor e a empresa proprietária da embarcação que conduzia foram autuados em razão da transposição de ponte sem desmembramento de comboio, o que redundou na aplicação das penalidades de multa e suspensão do certificado de habilitação por 30 (trinta) dias.

Em síntese, sustenta-se a inexistência de base legal para a autuação e a nulidade do auto de infração, esta última consubstanciada na ausência de fundamentação, no cerceamento de defesa, na exasperação das penas e na ocorrência de desvio de poder.

Antecipação de tutela deferida para suspender, até julgamento final da lide ou ulterior deliberação, a aplicação da penalidade de suspensão do certificado de habilitação do autor (fls. 22/27). Essa decisão desafiou a interposição de agravo de instrumento, posteriormente convertido em retido (fl. 131).

Contestação da União Federal às fls. 133/145.

A sentença declarou a carência parcial da ação, reconhecendo a ilegitimidade do autor para pleitear a desconstituição da multa. Quanto à pretensão remanescente, julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor

atribuído à causa (409/414).

Em apelação, o autor requereu a reforma da sentença (fls. 417/433).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Inicialmente, não conheço do agravo retido, porquanto a decisão que deferiu a antecipação de tutela, objeto de inconformismo da recorrente, foi substituída por sentença, não mais subsistindo o interesse recursal.

Ainda antes de adentrar o exame do mérito, no que concerne à legitimidade ativa para pleitear a desconstituição da multa, entendo irreparável a sentença.

Senão vejamos.

Dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Conforme se infere da dicção do dispositivo legal, em regra, o pedido de tutela jurisdicional só pode ser formulado por quem se afirme titular do direito litigioso.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, ao comentar o artigo 6º do Código de Processo Civil, *in Código de Processo Civil Interpretado*, coordenador Antônio Carlos Marcato, Paulo: Atlas, 2004, p. 53:

Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado. Somente ele é parte legítima para ocupar o pólo ativo da demanda.

Para obter pronunciamento sobre a situação de direito material descrita na inicial, portanto, é necessário que o autor seja o suposto titular do direito material cujo reconhecimento pretende. Deve haver coincidência entre quem propõe a demanda e quem, segundo a narrativa dos fatos, encontrar-se amparado no plano jurídico substancial.

Na hipótese em exame, é evidente que a autuação, no que concerne à penalidade pecuniária, direcionou-se à empresa Caramuru Alimentos Ltda., não havendo qualquer menção à responsabilização solidária do autor no auto de infração.

Ocorreu, em verdade, a aplicação de penalidades isoladas à empresa “Caramuru Alimentos Ltda” - multa de R\$ 800,00 (oitocentos reais) - e ao comandante da embarcação - suspensão do certificado de habilitação por 30 (trinta) dias -, o que de resto é autorizado pela legislação de regência, consoante se extrai dos arts. 25 e 34 da Lei nº 9.537/97. Confira-se:

Art. 25. As infrações são passíveis das seguintes penalidades:

I - multa;

II - suspensão do certificado de habilitação;

III - cancelamento do certificado de habilitação;

IV - demolição de obras e benfeitorias.

Parágrafo único. As penalidades previstas nos incisos I e IV poderão ser cumuladas com qualquer das outras.

Art. 34. Respondem solidária e isoladamente pelas infrações desta Lei:

I - no caso de embarcação, o proprietário, o armador ou preposto;

II - o proprietário ou construtor da obra;

III - a pessoa física ou jurídica proprietária de jazida ou que realizar pesquisa ou lavra de minerais;

IV - o autor material.

Assim, considerando-se que o direito de demandar, administrativa ou judicialmente, pertence àquele que é atingido pelo ato impugnado, é evidente a ilegitimidade passiva do autor para postular a desconstituição da penalidade pecuniária.

Superado esse ponto, passo à apreciação da matéria de fundo.

De acordo com o artigo 22, inciso X, da Constituição Federal, compete à União Federal legislar sobre o “regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial”.

Em atenção ao mandamento constitucional, foi editada a Lei nº 9.537/97 - LESTA -, responsável por disciplinar a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional.

Referido diploma, em seu artigo 4º, inciso I, alínea “b”, conferiu à autoridade marítima competência para elaborar normas relativas ao “tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marinas”.

Nesse diapasão, visando salvaguardar a vida humana nas águas, assegurar a segurança da navegação e prevenir a poluição ambiental causada por embarcações (art. 36 da LESTA), foram editadas as chamadas “Normas da Autoridade Marítima” (NORMAM).

Por sua vez, a fim de regulamentar as disposições constantes da Lei 9.537/97, foi editado o Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998, o qual, em seu capítulo IV, tipificou as infrações administrativas e estabeleceu as respectivas punições.

Feitas essas considerações preliminares, passo ao deslinde da controvérsia.

Segundo se extrai do auto de infração (fls. 19/20), as penalidades de multa e suspensão de habilitação foram aplicadas em razão dos seguintes fatos: “o Sr. LAÉRCIO DO CARMO LOPES, realizou a transposição da Ponte SP-191 sem efetuar o desmembramento do comboio formado pelas embarcações TQ-24 (empurrador), TQ-37, TQ-41, TQ-48 e TQ-71 (chatas) descumprindo as normas de tráfego na hidrovia”.

A conduta foi enquadrada no art. 23, inciso VIII, do Decreto nº 2.596/98, cujo teor transcrevo:

Art. 23. Infrações às normas de tráfego:

VIII - descumprir qualquer outra regra prevista, não especificada nos incisos anteriores:

Penalidade: multa do grupo C ou suspensão do Certificado de Habilitação até trinta dias.

Constou do auto de infração, ademais, a aplicação da agravante insculpida no art. 30, inciso IV, da Lei nº 9.537/97 (LESTA), disposta nos seguintes termos:

Art. 30. São circunstâncias agravantes:...

IV - grave ameaça à integridade física de pessoas.

Como visto, dentre as atribuições conferidas à Autoridade Marítima pela LESTA, encontra-se a elaboração de normas sobre tráfego e permanência de embarcações em águas nacionais, entrada e saída de portos e marinas (art. 4º, inciso I, alínea “b”). Assim se dá porquanto seria impossível à lei, instrumento normativo marcado pela generalidade e abstração, exaurir todas as situações de risco à segurança da navegação, não se podendo desconsiderar, outrossim, a evolução tecnológica e as variações naturais das hidrovias.

A respeito do tema, são elucidativas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (g.n.):

Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o modus procedendi da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém. (in Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. Malheiros: 2002, p. 327).

Nesse desiderato, em estrita obediência à legislação de regência da matéria, foram editadas as “Normas de Tráfego nas Eclusas da Hidrovia Tietê-Paraná e seus Canais” (fls. 247 e seguintes), as quais, em seu artigo 39, disciplinaram como deveria ocorrer a transposição de pontes, confira-se:

Artigo 39 - A passagem sob pontes deverá ser efetuada com comboios cuja formação máxima esteja de acordo com o ANEXO I.

Parágrafo único - Os comboios que necessitam ser desmembrados deverão utilizar os pontos de espera localizados a montante e jusante de cada ponte.

Assim sendo, a teor da Lei nº 9.537/97, considerando que competia ao autor, na qualidade de comandante da embarcação, “cumprir e fazer cumprir a bordo, os procedimentos estabelecidos para a salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga” (art. 8º, II), sob pena de suspensão do certificado de habilitação (art. 25), não carece de base legal a autuação, revelando-se legítima sob o aspecto material.

A legalidade da autuação com esteio no artigo 23, inciso VIII, do Decreto 2.596/98, vale frisar, tem sido reconhecida por esta E. Corte, conforme se extrai dos seguintes precedentes:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETENÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. NAVEGAÇÃO FLUVIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CAPITANIA DO TIETÊ-PARANÁ. DESMEMBRAMENTO DA EMBARCAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO AVISO AOS NAVEGANTES Nº 10/2008. LEI Nº 9.537, DE 11.12.97. DECRETO Nº 2.596/98. AGRAVANTE. PERIGO PARA A VIDA DE PESSOAS. VALIDADE DA SANÇÃO. 1. Não se conhece de agravo convertido em retido, quando deixa o interessado de reiterar o seu exame em razões ou contrarrazões de apelação. 2. Afastada a extinção da ação, por ilegitimidade da autoria em relação à suspensão do comandante da embarcação, nos termos da jurisprudência da Turma. 3. A Constituição Federal estabelece em seu art. 22, inciso X, a competência legislativa da União sobre regime dos portos, navegação lacustre, flu-

vial, marítima, aérea e aeroespacial e para dar concretude ao comando maior, foi sancionada a Lei nº 9.537, de 11.12.97, dispondo sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob a jurisdição nacional. 4. Posteriormente, foi editado o Decreto nº 2.596/98, regulamentando aquela norma legal, onde previstas as infrações e penalidades, cabendo assentar que o decreto não é mero ato administrativo, mas norma que está compreendida no conceito de lei e, portanto, é imperativo e deve ser cumprido. 5. Suficiente a motivação lançada, porquanto refere-se ao descumprimento do Aviso aos Navegantes nº 10/2008 da Capitania Fluvial do Tietê-Paraná e § 1º, do art. 3º, do Capítulo III das Normas de Tráfego na Hidrovia, em razão do comboio formado pela embarcação (empurrador) e pelas chatas ter deixado de efetuar o desmembramento ao realizar a transposição. 6. Não olvidados, portanto, quaisquer dos princípios que permeiam a atividade administrativa no caso, já que a autuação pautou-se pela legalidade, realizando-se conforme os ditames legais, possibilitando o direito à ampla defesa, não exercida pela autora porque optou pelo ajuizamento da presente ação. 7. Apelação da autoria parcialmente provida.

(AC 00086201020084036108, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/02/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. HIDROVIA TIETÊ-PARANÁ. NORMAS DE TRÁFEGO. DESMEMBRAMENTO DE COMBOIO. DESCUMPRIMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. REGULARIDADE. 1. A autora foi autuada pela Capitania Fluvial da Hidrovia Tietê-Paraná em razão de ter deixado de realizar o desmembramento do comboio formado pelas embarcações ao fazer a transposição da Ponte SP-191, descumprindo, assim, normas de tráfego na Hidrovia. 2. A Lei n. 9.537/1997, em seu artigo 4º, I, alínea “b”, atribuiu à autoridade marítima (no caso, a Marinha do Brasil, ante o disposto no artigo 39) a competência para elaborar normas sobre o tráfego das embarcações nas águas sob jurisdição nacional. 3. O Decreto n. 2.596/1998, que regulamentou a referida lei, estabeleceu as condutas passíveis de punição e suas respectivas penalidades. No caso de violação às normas de tráfego, o artigo 23 dispôs sobre condutas específicas nos incisos de I a VII e, no inciso VIII, estatuiu como infração o descumprimento de “qualquer outra regra prevista, não especificada nos incisos anteriores”. 4. Trata-se de norma aberta, cuja integração decorre do exercício, pela autoridade marítima, da atribuição prevista no artigo 4º, I, b, da Lei n. 9.537/1997, circunstância esta que a própria lei já prevê em seu artigo 31. 5. No caso em questão, as “Normas de Tráfego nas Eclusas da Hidrovia Tietê-Paraná e seus Canais” foram aprovadas pela Diretoria de Portos e Costas do então Ministério da Marinha, as quais determinam, em seu artigo 39º, que “a passagem sob pontes deverá ser efetuada com comboios cuja formação máxima esteja de acordo com o Anexo I”. 6. A inobservância destas disposições é conduta de extrema gravidade na medida em que expõe a risco a vida e a segurança tanto da tripulação como também de eventuais transeuntes da rodovia, uma vez que a probabilidade de abaloamento de pilar, capaz de comprometer a integridade estrutural da ponte ou até mesmo de causar sua ruína, aumenta sensivelmente, violando os limites de segurança estabelecidos. 7. Agravo retido não conhecido. Apelação, parcialmente conhecida, a que se nega provimento.

(AC 00086106320084036108, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/02/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO.)

Com relação ao processo administrativo, não vislumbro mácula aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque, consoante se extrai da prova documental, preposto da pessoa jurídica armadora foi regularmente intimado acerca da lavratura do auto de infração, oportunizando-se, via de consequência, a interposição de recurso administrativo.

Ressalte-se, no ponto, que o art. 23, § 1º, da Lei nº 9.537/97, dispositivo que trata da

intimação da autuação e da apresentação de recurso, não prevê a necessidade de intimação pessoal do comandante da embarcação, de sorte que se afiguraria excesso de formalismo exigir a notificação concomitante do preposto da armadora e do comandante.

A corroborar a argumentação expendida, impõe-se frisar que, até mesmo no tocante ao pedido de despacho da embarcação, é possível ao preposto do armador representar o comandante da embarcação. Nesse sentido, as previsões da NORMAN-8, cujos teores transcrevo:

0201

INSTRUÇÕES GERAIS

As embarcações mercantes, ao entrarem em qualquer porto brasileiro, deverão comunicar sua chegada à CP, DL ou AG, doravante denominadas Órgão de Despacho (OD), por meio de Parte de Entrada.

Em tempo hábil, as embarcações solicitarão ao OD permissão para saída por meio de um Pedido de Despacho. Para obter tal autorização, deverão cumprir as prescrições regulamentares, cujo procedimento é denominado Despacho. Caso não haja tempo hábil, em virtude do período de estadia da embarcação no porto e do local da atracação na área do OD, a embarcação poderá ser liberada por meio do Despacho como Esperado.

Após a embarcação ser despachada, terá o prazo para saída de até 2 (dois) dias úteis. Não se concretizando essa saída, o Despacho deverá ser atualizado por meio da Revalidação do Despacho.

As embarcações após cumprirem as exigências do Despacho, serão liberadas pelo OD e receberão o Passe de Saída.

A efetiva saída das embarcações será participada ao OD por meio da Parte de Saída.

A tramitação dos documentos acima mencionados, entre o OD e o comandante da embarcação, Armador ou seu Preposto, deverá realizar-se, preferencialmente, por meio de fac-símile.

b) PEDIDO DE DESPACHO

1) Procedimentos do Interessado

O Pedido de Despacho (Anexo 2-E) deverá ser encaminhado ao OD pelo comandante, Armador ou seu Preposto, preferencialmente, por meio de fac-símile, juntamente com a Declaração Geral (ANEXO 2-B) e, caso ocorram alterações, a Lista de Pessoal Embarcado (APÊNDICE B-1) e Lista de Passageiros (Apêndice B-II).

No mesmo sentido, a reconhecer a prescindibilidade da intimação pessoal do comandante da embarcação, destaco o seguinte precedente desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA CAPITANIA FLUVIAL DA HIDROVIA TIETÊ-PARANÁ. ART. 23, VIII, DO DECRETO Nº 2.596/98. LEI Nº 9.537/97. DESMEMBRAMENTO DE COMBOIO. SUSPENSÃO DO CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO AO COMANDANTE DO COMBOIO. MULTA. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Ao juiz cabe a análise de prova constante dos autos, de forma que, entendendo suficientes aquelas já produzidas para deslinde da causa, não está obrigado a atender o requerimento formulado pela parte, sendo desnecessária a juntada do procedimento administrativo requerido pela apelante, pois suficiente cópia do auto de infração e do julgamento realizado pela autoridade marítima. 2. Considerando o disposto no artigo 22, X, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 9.537/97, a autuação lavrada por infração ao artigo 23, VIII, do Decreto nº 2.596/88 não padece do vício de ilegalidade, porquanto expressamente autorizada por lei, a qual conferiu à autoridade marítima a competência para elaborar normas relativas ao tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marina (art. 4º). 3. O auto de infração lavrado contém a devida descrição da conduta perpetrada pelo autor, consoante de afere da cópia do auto e respectivo julgamento

constantes dos autos, o que afasta igualmente a alegação de ausência de fundamentação, pois descritos, de forma suficiente, os fatos ocorridos e passíveis de enquadramento na norma, sendo desnecessária motivação detalhada. Há, ainda, a expressa indicação do dispositivo legal violado e da penalidade imputada, de molde a possibilitar o pleno exercício do direito à ampla defesa. 4. *Não há falar em cerceamento de defesa e violação ao devido processo legal se o autor, comandante da embarcação, foi devidamente notificado da lavratura e julgamento do auto de infração, por intermédio de seu representante, o preposto do armador.* 5. Rejeitada a alegação de nulidade da autuação em razão de ter sido aplicada à autora e não ao comandante da embarcação, posto serem penalidades distintas. A multa foi aplicada à autora, enquanto a suspensão do certificado de habilitação foi atribuída ao condutor, sendo certo que a imposição de medidas administrativas não elide as penalidades previstas na lei, nos termos do disposto no § 1º do artigo 16 da Lei nº 9.537/97, além de prever o artigo 7º, § 3º, do Decreto nº 2.596/98, a possibilidade de figurar como autores materiais da infração o proprietário da embarcação, bem como o tripulante, assim entendido o condutor da embarcação. 6. Precedentes desta E. Terceira e demais Turmas desta Corte. 7. Preliminar rejeitada. Apelação improvida.

(AC 00015868120084036108, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/09/2013 ..FONTE REPUBLICACAO:.)

Não se há falar, outrossim, em ofensa ao princípio da motivação.

A respeito do tema, peço vênica para reproduzir as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da motivação exige que a Administração indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

(Direito Administrativo. Editora Atlas, 14ª Ed., 2002, p. 82)

In casu, ainda que de forma sucinta, os fatos que ensejaram a autuação foram adequadamente descritos no auto de infração, havendo a indicação do dispositivo legal violado e da respectiva penalidade, de sorte a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa.

Por fim, no tocante à extensão da penalidade, impende ressaltar a possibilidade de o Poder Judiciário reduzir o seu valor, sem caracterizar invasão à esfera de competência do Poder Executivo e sem macular o artigo 2º da Constituição Federal, conforme já reconhece o Supremo Tribunal Federal:

Multa fiscal. Pode o Judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Precedentes do STF.

Recurso não conhecido.

(RE nº 82.510/SP, relator Ministro Leitão de Abreu)

Deve o juiz pautar-se pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Com efeito, embora transpareça aspecto de plena liberdade de atuação no âmbito da discricionariedade, existe certa delimitação em face dos princípios que devem nortear a Administração, em especial o da razoabilidade, com vistas ao efetivo atendimento do interesse público. Ao afrontar tais princípios, o Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. Neste sentido, leciona Maria Sylvia

Zanella Di Pietro:

Embora a Lei nº 9784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* RDP 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (...) (*in Direito Administrativo*, 13. Ed., São Paulo: Atlas, 2001, p.81)

Entretanto, diante das particularidades que envolvem a hipótese vertente, entendo que a suspensão do certificado de habilitação, ainda que fixada no limite máximo estabelecido pelo Decreto nº 2.596/98, revela-se consentânea com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De fato, o desmembramento das chatas tem por escopo evitar colisões e, consequentemente, preservar a integridade física dos navegantes e daqueles que realizam a travessia das pontes. Assim, em se tratando de dever relacionado diretamente à segurança da navegação, incide na espécie a agravante prevista no inciso IV (grave ameaça à integridade física das pessoas) do art. 30 da Lei nº 9.537/97, a qual, de resto, foi expressamente mencionada no auto de infração.

Dessarte, por toda a argumentação expendida, é possível concluir que o procedimento levado a efeito pela Capitania Fluvial do Tietê-Paraná denota higidez suficiente a justificar a autuação, inexistindo qualquer ilegalidade apta a ensejar a nulidade do auto de infração vergastado. Inocorrente, por conseguinte, desvio de função na espécie, já que observada a legislação de regência.

Ante o exposto, voto por não conhecer do agravo retido e negar provimento à apelação.
Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000521-75.2009.4.03.6121
(2009.61.21.000521-3)

Apelantes: EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., PREFEITURA MUNICIPAL DE TAUBATÉ - SP E JOSÉ BENEDITO PRADO

Apelados: ROBERTO PEREIRA PEIXOTO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Classe do Processo: AC 1511385

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/12/2013

EMENTA

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. FORNECIMENTO DE MATERIAL DIDÁTICO PARA O MUNICÍPIO DE TAUBATÉ. INTERESSE DO FNDE NA LIDE. REPASSE DE VERBAS FEDERAIS AO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208 DO STJ. PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA* E DO *FUMUS BONI IURIS*. IRREGULARIDADES. MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO.

1. Propôs o Ministério Público Federal a presente ação cautelar preparatória de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, visando sustar os efeitos da prorrogação de contrato de aquisição de material didático promovida pelo Município de Taubaté, para o período de 2009.

2. A manifestação do FNDE revelando seu interesse na lide, bem como a comprovação de que houve repasse de verbas daquela autarquia federal ao Município de Taubaté no período em comento, mostra-se suficiente para firmar a competência da Justiça Federal para o julgamento da demanda. Aplicação da Súmula 208 do STJ.

3. Seria prematuro e temerário o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal, com esteio tão só nas manifestações do TCU e da União nos autos principais, ignorando-se tanto o requerimento expresso do FNDE deduzido neste processo quanto os documentos trazidos pela autarquia, que indicam o repasse ao Município réu de mais de R\$ 10.000.000,00 no período cogitado.

4. No presente feito não se verifica a intenção de antecipar a tutela pretendida na Ação Civil Pública por improbidade administrativa, mas sim a nítida pretensão de garantir a eficácia de um eventual provimento da ação principal, salvaguardando os recursos públicos destinados pela municipalidade ao cumprimento do termo de prorrogação contratual que se visa refutar.

5. Presentes o *fumus boni iuris* e o perigo na demora, a justificar plenamente a medida de suspensão dos pagamentos à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., à guisa de remuneração pela prorrogação do contrato firmado para fornecimento de material didático, no período de 2009, ao Município de Taubaté, tendo em vista a existência de fortes indícios de irregularidades no Termo de Prorrogação Contratual em testilha.

6. Trata-se, essencialmente, de contrato de fornecimento de bens móveis, o que afasta

a aplicabilidade do artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. A prorrogação de contratos administrativos é expediente do qual somente pode socorrer-se o Administrador em situações excepcionais, previstas na lei de regência, e devidamente justificadas pela autoridade competente, sob pena de malferimento dos princípios que regem a Administração Pública.

7. A opção da Prefeitura Municipal de Taubaté em prorrogar um contrato de vultoso montante, sem previsão legal, no mínimo ofende aos princípios da razoabilidade e da moralidade que devem, sempre, nortear os atos administrativos. Poderia a Prefeitura valer-se do Programa Nacional do Livro, patrocinado pela União Federal, cujo objetivo é prover gratuitamente as escolas das redes federal, estadual e municipal com obras didáticas, expediente que poderia ter sido utilizado ao menos até que se promovesse o adequado procedimento licitatório para o período letivo em questão.

8. Presentes os requisitos para a manutenção da medida cautelar para que permaneçam suspensos quaisquer pagamentos à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., até o julgamento da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 2009.61.21.000799-4.

9. Preliminares rejeitadas. Apelação da Prefeitura Municipal de Taubaté não conhecida, por intempestividade. Apelações da Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. e de José Benedito Prado não 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 maioria, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior que a acolhia e, por unanimidade, não conhecer da apelação da Prefeitura Municipal de Taubaté e negar provimento às apelações da Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. e de José Benedito Prado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Trata-se de *Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública* por ato de improbidade administrativa, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., PREFEITURA MUNICIPAL DE TAUBATÉ/SP, ROBERTO PEREIRA PEIXOTO (prefeito de Taubaté) e JOSÉ BENEDITO PRADO (Diretor do Departamento de Educação e Cultura de Taubaté).

Requeru o MPF, na exordial, a concessão de liminar, determinando-se:

a) ao Município de Taubaté que não realize nenhum pagamento à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais, a qualquer título, impondo-se ao Prefeito, Roberto Peixoto, e ao Diretor do Departamento de Educação, José Benedito Prado, multa de R\$ 10.500.000,00 em caso de descumprimento;

b) ao Município de Taubaté que tome providências cabíveis para obter livros didáticos para fornecimento aos alunos da rede pública, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 ao Prefeito e ao Diretor do Departamento de Educação, em caso de descumprimento;

c) à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., que deposite em juízo, no prazo de três dias, qualquer verba já recebida do Município de Taubaté, em virtude da prorrogação do contrato para fornecimento de apostilas à rede pública de ensino, para o período de 2009, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 em caso de descumprimento. Requereu, ao final, que fosse concedida em definitivo as medidas postuladas.

Alegou o requerente que a Prefeitura Municipal de Taubaté, em janeiro de 2009, promoveu a prorrogação de contrato firmado com a empresa Expoente Soluções para o fornecimento de apostilas aos alunos das escolas municipais, no valor de R\$ 10,5 milhões de reais, sem a devida licitação. Afirmou que as medidas postuladas na presente ação, em caráter de urgência, visam estancar os efeitos desse novo contrato astronomicamente superfaturado, sem licitação, impedindo a realização de qualquer pagamento à empresa EXPOENTE e obrigando-se a PREFEITURA DE TAUBATÉ a receber livros didáticos do programa nacional do livro da UNIÃO. Informou que, em atenção ao disposto no artigo 801 do CPC, pretende propor Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa como ação principal, na qual se pleiteará a declaração de nulidade do contrato em questão em razão de indevida ausência de licitação, ocorrência de superfaturamento e violação ao princípio da moralidade.

Valor dado à causa: R\$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil reais), em 6/2/2009.

Foi proferida decisão rejeitando as seguintes preliminares suscitadas pelos réus: a) incompetência da Justiça Federal; b) inadequação da via eleita; c) ilegitimidade ativa do MPF; d) existência de litispendência com o processo nº 2008.61.21.003706-4; e) impossibilidade jurídica do pedido. Na mesma decisão, foi deferida parcialmente a medida liminar para determinar que o Município de Taubaté não realizasse quaisquer pagamentos à empresa requerida, a qualquer título, sob pena de multa em caso de descumprimento, a ser posteriormente fixada, bem como que a empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais depositasse em juízo eventuais valores já recebidos (fls. 152/166).

Em face dessa decisão, foram interpostos agravos de instrumento (nºs 2009.03.00.006841-0 e 2009.03.00.007368-5), aos quais foi indeferido o efeito suspensivo postulado. Após a prolação da sentença, foram julgados prejudicados os agravos.

A Prefeitura Municipal de Taubaté apresentou, perante a Presidência desta Corte, pedido de suspensão de liminar. O pedido foi indeferido (fls. 773/776).

Após a apresentação das contestações, o Juízo de primeiro grau determinou a intimação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE para que se manifestasse a respeito do interesse na presente demanda.

Em resposta, o FNDE informou que, pela simples consulta ao seu sítio na Internet, constata-se que, no ano de 2008, foi repassado à Prefeitura Municipal de Taubaté o equivalente a R\$ 10.769.478,55, bem como que, no primeiro semestre de 2009, foi enviado o montante de R\$ 6.228.495,15, sendo que todos esses valores se destinavam a prover a educação municipal. Por tais motivos, manifestou seu interesse na lide, pretendendo figurar como assistente simples (fls. 779/781).

A sentença afastou a preliminar de incompetência da Justiça Federal, ressaltando que todas as preliminares suscitadas pelas partes foram decididas pelo Juízo em decisão anterior (fls. 158/163), e confirmou a medida liminar, nos seguintes termos (fls. 796/803):

Diante do exposto, entendendo que estão presentes as condições da medida cautelar, *julgo parcialmente procedente* o pedido para que o MUNICÍPIO DE TAUBATÉ não realize nenhum pagamento à empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

No caso de já ter realizado o pagamento, determino que a empresa EXPOENTE deposite em juízo, no prazo de 3 (três) dias úteis, qualquer verba já recebida do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Deixou de condenar os réus em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985, tendo em vista que a ação cautelar é acessória da Ação Civil Pública nº 2009.61.21.000799-4.

Apela a empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA. (fls. 809/840), sustentando, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal, alegando que: a) não existiu aporte de verba federal ao Município de Taubaté nos exercícios de 2006 e 2007, o que foi reconhecido pelo Tribunal de Contas da União, que decidiu pela desnecessidade de fiscalização das contas do município, determinando o arquivamento da representação formulada pelo MPF; b) não há nenhum ente federal no polo passivo da ação, não se tratando de hipótese prevista no art. 109 da Constituição Federal; c) o STJ já firmou entendimento no sentido de que a ausência de repasse de verba federal conduz ao reconhecimento da competência da Justiça Estadual; d) a manifestação do FNDE no sentido de pretender integrar a lide é irrelevante para a definição da competência no caso concreto, pois a vontade desse órgão não constitui critério legítimo para a definição de competência absoluta; e) a conexão não autoriza a tramitação do processo em foro absolutamente incompetente, razão pela qual não procede o argumento de que o presente feito tem que ser processado e julgado pela Justiça Federal por conexão com a Ação Civil Pública nº 2008.61.21.003706-4, a qual trata do contrato de fornecimento de apostilas para o período de 2006/2008.

No mérito, aduz que mantém e desenvolve um programa abrangente de ensino englobando um conjunto de materiais e atividades de treinamento, acompanhamento e orientação de professores, cujo sistema não pode ser comparado ao mero fornecimento de livros promovido pela União por meio do Programa Nacional do Livro Didático - PNLD. Alega que é legítima a prorrogação do contrato firmado com o Município de Taubaté, eis que foi devidamente justificada pela autoridade competente, nos termos do artigo 57, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, tratando-se, no caso, de prestação de serviços contínuos que não podem ser interrompidos. Argumenta que, ao constranger a Prefeitura a adotar futuramente os livros didáticos do PNLD, a sentença viola a autonomia municipal de conceber o projeto pedagógico mais adequado à sua rede de ensino. Afirma que o Governo Federal não dispõe de livros didáticos em número suficiente para que sejam atendidos todos os alunos da rede municipal durante o segundo semestre de 2009.

A Prefeitura Municipal de Taubaté também apresentou apelação, a qual não foi recebida pelo Juízo *a quo*, por ser intempestiva (fls. 910).

José Benedito Prado interpôs apelação, na qual alega, em síntese, que a sentença proferida na presente ação deve ser anulada, eis que possui verdadeiro caráter de antecipação da tutela da ação principal, o que não se pode admitir, porquanto restou esvaziado o seu caráter acautelatório.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Nesta Corte, a apelante Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. apresentou petição (fls. 1028/1030) afirmando que, nos autos da Ação Civil Pública distribuída por conec-

xão a esta cautelar, ainda pendente de julgamento na primeira instância, a União comprovou que não houve transferência de recursos do ente federativo ao Município de Taubaté no ano de 2009, a título de complementação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização de Profissionais da Educação - FUNDEB. Relatou que a União, naquele processo, asseverou que “carece de interesse processual em integrar o pólo passivo da presente ação civil pública por atos de improbidade administrativa, ante a ausência de complementação pela União dos recursos oriundos do FUNDEB.” Alegou a empresa apelante que a manifesta ausência de interesse da União no processo principal confirma a já arguida incompetência absoluta da Justiça Federal para julgar a presente ação cautelar, requerendo a anulação de todas as decisões proferidas nestes autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal afirmou que a competência da Justiça Federal para o exame do presente feito restou fixada pela presença do FNDE, que, por manifestação expressa, asseverou seu interesse na lide e comprovou a existência de repasse de verbas para o Município de Taubaté, destinadas à educação, no período de 2009, o que foi comprovado por meio da planilha às fls. 728/787. Alegou que os novos documentos trazidos pela apelante não elidem o interesse do FNDE na lide, pois, ainda que não tenha ocorrido repasse de verbas do FUNDEB para o Município de Taubaté no ano de 2009, é certo que houve uso de recursos originários do FNDE, mesmo que não atreladas a um convênio ou fundo específico.

Sobreveio decisão desta Relatoria, na qual se consignou a não apreciação do pedido da apelante, pois “no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.040666-2, interposto em face de decisão proferida na presente ação cautelar, quando da análise do efeito suspensivo - o qual foi indeferido - já restou apreciada tal questão, decidindo-se pela competência da Justiça Federal. Assim, uma vez que o agravo encontra-se pendente de julgamento, deixo de apreciar por ora o pedido” (fls. 1057).

A apelante Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. reiterou o pedido de declaração de incompetência da Justiça Federal para o julgamento da presente cautelar, trazendo aos autos cópia de decisão proferida pela Desembargadora Federal Salette Nascimento na Representação Criminal nº 2008.03.00.048460-7 (fls. 1090/1093), proposta em face do Prefeito de Taubaté, na qual a Exma. Desembargadora deferiu pedido do Ministério Público Federal para remeter os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhendo manifestação no sentido de que o Município de Taubaté não recebeu verba federal no ano de 2005 para complementação do FUNDEF, não havendo interesse da União que justifique a competência da Justiça Federal naquele processo.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Propôs o Ministério Público Federal a presente ação cautelar preparatória de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, visando sustar os efeitos da prorrogação de contrato de aquisição de material didático promovida pelo Município de Taubaté, em razão da existência de possível lesão aos cofres públicos da ordem de R\$ 10.500.000,00.

De início, não conheço da apelação interposta pela Prefeitura Municipal de Taubaté, pois intempestiva, tendo em vista que a ciência pessoal do procurador da apelante quanto à sentença apelada se deu em 31/8/2009 (fls. 806), enquanto que o recurso foi protocolado somente em

8/10/2009 (fls. 849), ou seja, quando já ultrapassado o prazo legal.

Passo à análise da preliminar de *incompetência da Justiça Federal*.

Alega a empresa apelante a incompetência absoluta da Justiça Federal para a apreciação do feito, em síntese, sob os seguintes argumentos: a) não existiu aporte de verba federal destinada à educação ao Município de Taubaté nos exercícios de 2006 e 2007, o que foi reconhecido pelo Tribunal de Contas da União; b) a manifestação do FNDE pretendendo integrar a lide, por si só, é irrelevante para a definição da competência, pois a vontade desse órgão não teria o condão de definir a competência absoluta; c) a União comprovou, nos autos da ação principal de improbidade administrativa, que não houve transferência de recursos do FUNDEB ao Município de Taubaté no ano de 2009, manifestando, naquele feito, a ausência de interesse processual em integrar o polo ativo.

Pois bem. É cediço meu posicionamento sobre esse assunto, externado que foi nas decisões monocráticas proferidas no Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.040666-2, tirado da decisão que recebeu a presente apelação no efeito meramente devolutivo, ocasião em que consignei entendimento no sentido de que a manifestação do FNDE revelando seu interesse na lide, bem como a comprovação, por meio documental, de que houve repasse de verbas daquela autarquia federal ao Município de Taubaté no período em comento (fls. 840/842), seria suficiente para firmar a competência da Justiça Federal para o julgamento da demanda.

Destaco, a seguir, os termos da manifestação apresentada pelo FNDE neste processo (fls. 779/781):

Pela simples consulta à página do FNDE na rede internacional de computadores, constata-se que, no ano de 2008, foi repassado à Prefeitura Municipal de Taubaté o equivalente a R\$ 10.769.478,55, valor este que não estava vinculado a qualquer programa, mas que deveria ser utilizado na educação municipal.

Da mesma forma, no presente ano de 2009, até o dia 9 de julho, constata-se que já foi repassado à Prefeitura Municipal pelo FNDE o montante de R\$ 6.228.495,15, valor este também desvinculado a qualquer programa.

Assim sendo, considerando os valores acima repassados no ano passado e no primeiro semestre do corrente ano, bem como a presença de indícios de malversação do dinheiro público federal repassado, o FNDE vem a presença de Vossa Excelência manifestar o seu interesse nesta lide, na qual pretende figurar como assistente simples.

Justamente por tal razão que qualquer discussão acerca da competência perde a efetividade, vez que o interesse de entidade autárquica federal desloca a competência para a Justiça Federal.

Portanto, ainda que os recursos utilizados pela municipalidade para a efetivação da prorrogação do contrato em tela não sejam provenientes do FUNDEB ou do FUNDEF - programas federais específicos voltados à educação - conforme afirmativa da União Federal nos autos da ação principal (fls. 1031/1046), é certo que outros repasses foram realizados pelo FNDE ao município, conforme documentos juntados aos autos, e, com relação a estes, a autarquia federal manifestou expressamente o interesse na fiscalização quanto à aplicação dos recursos, de forma a justificar sua permanência como assistente do autor na presente demanda.

Há que se ressaltar que, por certo, todas as transferências realizadas pelo Governo Federal para os estados, Distrito Federal e municípios visando à realização de obras específicas, ou apoio a projetos de quaisquer espécies, inclusive de educação, devem ser fiscalizadas, primeiramente pelo próprio órgão repassador, e, ao depois, pelo Tribunal de Contas da União, a fim de averiguar a obediência às normas legais para realização de despesas, nos termos do que determina o artigo 1º da Lei nº 8.443/1992.

Não é diferente com as verbas recebidas pelo FNDE - quase na sua totalidade provenientes dos cofres da União, segundo o artigo 4º da Lei nº 5.537/1968 -, sobre as quais, certamente, se impõe a fiscalização da própria autarquia federal, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos de controle interno e externo, quais sejam, o Tribunal de Contas da União (TCU), a Secretaria Federal de Controle Interno (SFCI) e o Ministério Público, fato que se confirma através de informação obtida no próprio portal na Internet do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (www.fnde.gov.br).

Nem se diga que o interesse manifestado pelo FNDE é irrelevante para a definição da competência da Justiça Federal, porquanto tal alegação, insistentemente trazida aos autos pela apelante, desconsidera a natureza de autarquia federal do FNDE, bem como a das verbas federais por ele geridas e repassadas, contrariando, ainda, entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, na esteira da Súmula 208 (*compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*), conforme se verifica, ainda, dos arestos a seguir colacionados:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS DO FNDE. PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS A ÓRGÃO FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. SÚMULA 208/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE é uma autarquia federal que atende a uma política nacional de educação, provendo recursos e executando ações, cujo interesse da União resta evidenciado.

2. O FNDE provê e fiscaliza os recursos remetidos com o finalidade de estimular o desenvolvimento da educação nos Estados, Distrito Federal e municípios.

3. *A malversação de verbas oriundas do FNDE enseja o interesse da União, visto que é necessária a prestação de contas a órgão federal, aplicando-se à espécie a Súmula 208/STJ.*

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional da 1ª Região, um dos suscitados.

(CC 200901225806, ARNALDO ESTEVES LIMA - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 07/05/2010, grifos meus)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. FNDE. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO POR ÓRGÃOS FEDERAIS E À PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 208/STJ. CONFLITO CONHECIDO PARA DETERMINAR COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL.

1. *Compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito, para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, sobressaindo efetivo interesse da União Federal. Incidência do teor da Súmula 208/STJ.*

2. Ação em que a parte autora pede a citação do FNDE (autarquia federal) como litisconsorte ativa.

3. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Rio Grande - SJ/RS.

(CC 200400212695, JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA: 17/10/2005 PG: 00162, grifos meus)

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREFEITO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. HABEAS CORPUS. FISCALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS FEDERAIS. SUJEIÇÃO DAS CONTAS AO TCU. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. IRRELEVÂNCIA FRENTE À MATÉRIA DE FUNDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. *Cuidando-se de processo em que existe o envolvimento de prefeito municipal em possível crime de malversação de verbas federais, oriundas da FUNDAÇÃO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE, sobressai a competência da Justiça federal para o processo e julgamento do feito.* Inteligência da Súm. nº 208 desta Corte.

II. Compete à Justiça Federal o julgamento de ordem de *habeas corpus* que visa ao trancamento de inquérito instaurado para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, sobressaindo efetivo interesse da União Federal.

III. Tratando-se originariamente de trancamento de inquérito policial, o que delimita a competência é a matéria de fundo - indiciamento dos réus - não importando a Autoridade que, primordialmente, requereu a investigação.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, o Suscitante.

(CC 200200591207, GILSON DIPP - TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA: 10/03/2003 PG:00085 RT VOL.: 00817 PG: 00544, grifos meus)

Nesse passo, as Cortes Regionais vêm decidindo também pela competência da Justiça Federal em casos que tais, o que se vê dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA POR MUNICÍPIO EM DESFAVOR DE EX-PREFEITO. VERBAS REPASSADAS POR FORÇA DE CONVÊNIO COM O FNDE. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PEDIDOS INCOMPATÍVEIS. INOCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. É da competência da Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade em que ao ex-Prefeito do Município é imputada ausência de prestação de contas de convênio celebrado com o FNDE, administrado pela União, pois, embora repassadas ao Município, as verbas recebidas por força de convênio não perdem seu caráter federal e, ainda, estão sujeitas à fiscalização e controle do próprio órgão federal e do Tribunal de Contas da União.

2. *Embora a ação civil por improbidade administrativa tenha sido ajuizada pelo próprio Município, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito também se mostra evidenciada pelo fato de que o FNDE requereu seu ingresso na lide, na qualidade de assistente do autor, o que implica em admitir que os interesses aqui tutelados se revestem de caráter federal, a justificar o processamento do feito perante esta Justiça.*

3. Não há incompatibilidade de requerimentos a ensejar o indeferimento da petição inicial.

4. Apelação do Ministério Público Federal provida. Sentença anulada. Retorno dos autos à origem para regular processamento da ação de improbidade.

(TRF 1ª Região, AC 0019283-50.2010.4.01.3700/MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 877 de 18/05/2012, grifos meus)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EX-PREFEITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUMULADA COM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MUNICÍPIO. INTERESSE DE AGIR.

1. O Município detém legitimidade para intentar ação civil pública, quando o prejuízo que sofre com o não ajuizamento da ação de improbidade é manifesto, pois fica “na iminência de ter seus recursos em todas as esferas bloqueados”.

2. Tratando-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta com base em convênio firmado entre o município e o FNDE, patente é o interesse da comuna no deslinde da questão.

3. Para mover uma ação de improbidade contra ex-prefeito o município não carece ser titular dos valores devidos, bastando haver suportado a prática de má-gestão administrativa, possuindo

do, assim, interesse na sanção do ato ímprobo, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

4. Sendo o convênio firmado entre a municipalidade e o FNDE, este o verdadeiro beneficiário do ressarcimento, deve ser admitido o seu ingresso na lide como assistente do autor, independentemente de ter ocorrido ou não citação, visto que não há prejuízo algum para os requeridos e, também, pelo fato de que não foi ainda iniciada a instrução processual.

5. *A competência da Justiça Federal é firmada em razão de ter o FNDE demonstrado interesse na lide, na qualidade de assistente do autor, já que a ação civil por improbidade administrativa foi intentada pelo próprio Município.*

6. Apelações providas.

(TRF 1ª Região - AC 200933100009683, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 16/11/2012 PÁGINA: 705, grifos meus)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI Nº 8.429/92. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANO AO ERÁRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de apelação interposta por NELIO RIBEIRO NOGUEIRA e MARIÂNGELA DOS SANTOS BARREIRA, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada originariamente pelo MPE-ES e, posteriormente, assumida pelo MPF, em virtude da competência da Justiça Federal frente ao interesse manifesto da União, na qual objetiva a condenação dos Réus nas sanções previstas no artigo 12, pela violação do disposto nos artigos 9º, *caput*, art. 10, *caput*, e art. 11, incisos I e VI, da Lei 8429/92, por irregularidades concernentes ao mesmo Convênio nº 60.884/99. 2- Programa Renda Mínima.

2. *Em relação a suscitada incompetência da Justiça Federal, tem-se que a hipótese aventada de malversação de verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, por si só, enseja a competência da Justiça Federal, diante do patente interesse da União Federal, conforme Súmula 208 STJ.*

7. Apelação desprovida.

(TRF 2ª Região - AC 200850030002601, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 02/04/2013, grifos meus)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEI 8.429/92. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E FNDE. REPASSE DE VERBAS. PRESTAÇÃO DE CONTAS EXTEMPORÂNEA. CONFIGURAÇÃO DE ATO ÍMPROBO.

1. *Entendimento dos Tribunais Superiores de que o julgamento de prefeito por desvio de verbas federais cuja prestação de contas ocorra perante órgão federal é de competência da Justiça Federal. Súmula no 208 do STJ.*

2. As sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não podem deixar de ser aplicáveis aos ex-prefeitos apenas em razão dos fatos imputados serem também tipificados como crime de responsabilidade, não havendo o que se falar em litispendência ou prejudicialidade entre tais ações, devido à independência das instâncias.

3. Os elementos objetivos e subjetivos que levam a uma caracterização da improbidade administrativa estão presentes e, por isso, são perfeitamente enquadráveis os fatos à norma.

4. Atenta contra o princípio da moralidade administrativa uma prestação de contas, efetivada após escoado o prazo legal e o ajuizamento de ação coletiva, a qual não venha sofrer nenhuma penalidade. Precedentes do Tribunal de Contas da União.

5. A análise da documentação trazida aos autos é suficiente para se reconhecer o ato de improbidade do ex-Alcaide em relação ao Convênio em discussão. Escorreita as penas aplicadas pelo magistrado.

6. Apelo não provido.

(TRF 5ª Região - AC 200781010004727, Desembargador Federal Francisco Barros Dias - Segunda Turma, DJE - Data: 16/02/2012 - Página: 434, grifos meus)

Dessa forma, com suporte em tais fundamentos e na jurisprudência mencionada, entendo que seria prematuro e temerário o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal, com esteio tão só nas manifestações do TCU e da União nos autos principais, ignorando-se tanto o requerimento expresso do FNDE deduzido neste processo, no sentido de participar da lide, quanto os documentos trazidos pela autarquia, que indicam o repasse ao Município réu de mais de R\$ 10.000.000,00 no período cogitado

Há que se levar em conta, também, que se trata, neste feito, tão somente de medida acautelatória que visa garantir o provimento final da ação principal, esta, sim, sede adequada para a apreciação mais aprofundada dessa questão. Fica afastada, portanto, a preliminar de incompetência da Justiça Federal no presente feito.

Rejeito, também, a alegação do apelante José Benedito Prado no sentido de que a sentença possuiria caráter de antecipação da tutela da ação principal, merecendo, assim, a anulação.

Com efeito, o pedido deduzido nesta ação é eminentemente acautelatório, e visa, sim, nos termos do artigo 798 e 799 do CPC, evitar dano grave e de difícil reparação até o julgamento da ação principal a ser proposta, garantindo a eficácia do provimento jurisdicional buscado, ou ao menos parte dele.

Vejamos o teor dos pedidos, tal qual deduzidos na inicial (fls. 9/10):

Diante do quanto exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fulcro nos artigos 4º e 12 da Lei 7.347/1985 e do poder geral de cautela do magistrado, requer-se seja concedida medida liminar *inaudita altera pars*,

a) determinando-se ao MUNICÍPIO DE TAUBATÉ que não realize nenhum pagamento à empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., a qualquer título, impondo-se ao Prefeito ROBERTO PEIXOTO e ao Diretor de Educação JOSÉ BENEDITO PRADO multa de R\$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil reais) em caso de descumprimento;

b) determinando-se ao MUNICÍPIO DE TAUBATÉ que imediatamente entre em contato com a Secretaria Estadual de Educação e tome providências administrativas cabíveis para obter os livros didáticos para fornecimento aos alunos da rede pública de ensino, informando-se ao juízo no prazo de três dias úteis, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Prefeito ROBERTO PEIXOTO e ao Diretor de Educação JOSÉ BENEDITO PRADO em caso de descumprimento;

c) determinando-se à empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., que deposite em juízo, no prazo de três dias úteis, qualquer verba já recebida do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ em virtude desse contrato, ou termo aditivo de contrato, noticiado pelo jornal 'Vale Paraibano' no doc. 05, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em caso de descumprimento.

Requer, ao final, seja proferida sentença concedendo, em definitivo, as medidas cautelares postuladas a título de decisão liminar.

Analisando os pedidos enumerados pelo MPF no presente feito, não se verifica a intenção de antecipar a tutela pretendida na Ação Civil Pública por improbidade administrativa, mas sim a nítida pretensão de garantir a eficácia de um eventual provimento da ação principal, salvaguardando os recursos públicos destinados pela municipalidade ao cumprimento do termo de prorrogação contratual que se visa refutar.

Isso se depreende, com mais clareza, da leitura do item III da petição inicial (fls. 8/9), no qual o *Parquet* especifica o objeto da Ação Civil Pública a ser proposta, *in verbis*:

Em atenção ao disposto no art. 801 do CPC, o autor informa que irá propor uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa como ação principal, na qual se pleiteará a declaração de nulidade do contrato ora impugnado por falta indevida de licitação, superfaturamento e violação ao princípio da moralidade. Será também requerida a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa aos réus ROBERTO PEIXOTO, JOSÉ BENEDITO PRADO e EXPOENTE SOLUÇÕES.

Como se vê, o escopo da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa é, em suma, a anulação do Termo de Prorrogação Contratual para fornecimento de material didático, no período de 2009, e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos responsáveis pela avença, supostamente eivada de vício, objeto este que se distingue substancialmente do fito da presente cautelar, que tem por fim tão somente garantir a eficácia do provimento jurisdicional buscado na ação principal, resguardando os valores que seriam empregados na consecução do Termo de Prorrogação até o julgamento final da ação civil pública, a qual, por sinal, foi devidamente ajuizada em 4/3/2009, encontrando-se pendente de julgamento na primeira instância.

Portanto, ante a ausência de plausibilidade na alegação, há que se rejeitar o pleito de anulação da sentença.

Quanto ao mérito, é cediço que o objetivo da ação cautelar preparatória é resguardar situação de fato e assegurar o resultado útil de eventual decisão favorável ao requerente no processo principal, mantendo com este relação de dependência e instrumentalidade.

A ação cautelar só visa salvaguardar o bem jurídico a ser discutido no processo principal ou, como na espécie, a própria utilidade deste. Daí se falar que a medida cautelar é (1) instrumental, pois não tem um fim em si mesma, sendo sempre dependente do processo principal; (2) provisória, pois não tem caráter definitivo; e (3) revogável, pois, em desaparecendo a situação fática que a motivou, cessa a razão de ser da precaução.

De outra parte, a concessão de medida cautelar pressupõe a plausibilidade do direito invocado pelo autor (*fumus boni iuris*) e o risco de dano grave iminente (*periculum in mora*).

Pois bem. No que tange ao mérito da presente ação cautelar, observo que não merece reparo a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, na medida em que ofereceu fundamentos legais consistentes para a concessão parcial da medida acautelatória pleiteada na inicial, tendo verificado, na oportunidade, a presença do *fumus boni iuris* e do perigo na demora, a justificar plenamente a medida de suspensão dos pagamentos à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., à guisa de remuneração pela prorrogação do contrato firmado para fornecimento de material didático, no período de 2009, ao Município de Taubaté.

Com efeito, a análise dos documentos juntados aos autos permite verificar a existência de fortes indícios de irregularidades no Termo de Prorrogação Contratual firmado entre a Prefeitura Municipal de Taubaté e a ora apelante, Expoente Soluções.

Infere-se que, inicialmente, em 2005 a Prefeitura de Taubaté promoveu o Pregão nº 31/05, visando à “aquisição de materiais didáticos para o maternal I e II e jardim, educação de jovens e adultos, agrupamento inicial e agrupamento em continuidade, ensino fundamental alfabetização (6 anos à 4 série), ensino fundamental (5ª à 8ª série), material didático do professor, agenda escolar do aluno, manual da família, acesso ao portal de educação via web, material regional de São Paulo e Taubaté, material de implementação didática, software e formação continuada de professores” (fls. 157/159), com vistas aos períodos letivos de 2006, 2007 e 2008 (fls. 161).

Tal contrato foi prorrogado por doze meses, por iniciativa da Municipalidade, mediante

Termo de Prorrogação assinado em 12/1/2009, em troca da importância de R\$ 10.537.534,59 (fls. 165), sendo essa a avença em testilha neste feito.

O contrato primevo em questão, no seu núcleo, refere-se essencialmente a *fornecimento de material didático*, o que se extrai do edital que originou a contratação (item 7.1 – “A(s) contratada(s) ficará(ao) obrigada(s) a entregar os materiais rigorosamente de acordo com as especificações técnicas constantes deste Edital e seus anexos ...”, fls. 637), bem como do próprio teor do contrato (cláusula primeira: “a contratada, se obriga a fornecer à contratante materiais didáticos ...”, fls. 157/159).

Assim, não há que se falar, a princípio, em *contrato de prestação de serviços continuados*, conforme alegação da apelante, eis que se trata, essencialmente, de contrato de *fornecimento de bens móveis*, o que afasta, portanto, a aplicabilidade do artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 57: A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

III - (Vetado).

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 [dispensa de licitação], cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

Dessa forma, ainda que se entenda que a lei não exige cláusula expressa prevendo a possibilidade de prorrogação do contrato administrativo, referida prorrogação somente poderia ocorrer nas hipóteses previstas no referido artigo 57, o que, analisando o inteiro teor do dispositivo legal, constata-se, não ocorreu.

De efeito, o que se vê nos autos é a existência de mera correspondência trocada entre a empresa contratada e a Prefeitura Municipal de Taubaté, pela qual a primeira interpela a respeito do interesse na prorrogação do contrato, tendo a segunda, por sua vez, respondido positivamente ao questionamento, ao que se seguiu sucinta autorização subscrita pelo Prefeito Roberto Pereira Peixoto para a efetivação do Termo de Prorrogação (fls. 625/627).

Ora, é de conhecimento que a prorrogação de contratos administrativos é expediente do qual somente pode socorrer-se o Administrador em situações excepcionais, previstas na lei de regência, e devidamente justificadas pela autoridade competente, sob pena de malferimento dos princípios que regem a Administração Pública.

Nesse sentido, os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

O Estatuto dispõe sobre a prorrogação, prevendo apenas as hipóteses que podem ensejá-la (art. 57, § 1º), com a exigência de que sempre deverá ser justificada e previamente autorizada pela autoridade competente.

Observe-se, todavia, que apenas nas hipóteses legais poderá o contrato ser prorrogado, porque a prorrogação não pode ser a regra, mas sim a exceção. Se fosse livre a prorrogabili-

dade dos contratos, os princípios da igualdade e da moralidade estariam irremediavelmente atingidos. Daí a necessidade de rigorosa averiguação, por parte das autoridades superiores, no tocante às prorrogações contratuais.

(in Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 2006, Editora Lumen Juris, p. 175)

Conclui-se, assim, como bem ressaltou a sentença apelada, que a opção da Prefeitura Municipal de Taubaté em prorrogar um contrato de vultoso montante, à margem das previsões legais, no mínimo ofende aos princípios da razoabilidade e da moralidade que devem, sempre, nortear os atos administrativos.

Acresça-se, ainda, à gravidade da situação, o fato de que poderia a Prefeitura Municipal valer-se do Programa Nacional do Livro, patrocinado pela União Federal, cujo objetivo é prover gratuitamente as escolas das redes federal, estadual e municipal com obras didáticas, expediente que poderia ter sido utilizado ao menos até que se promovesse o adequado procedimento licitatório para o período letivo em questão.

Cumpra-se, ainda, que o valor da prorrogação contratual, no importe de R\$ 10.500.000,00, correspondente ao fornecimento de material didático para tão somente doze meses, se mostra, à primeira vista, excessivamente oneroso, indicando, a princípio, a ocorrência de possível superfaturamento, porquanto restou demonstrado nos autos que o custo dos livros didáticos fornecidos pela União Federal - mas recusados pelo Município de Taubaté -, seria, para o mesmo período, de R\$ 170.000,00 (fls. 22/23), valor este que seria totalmente suportado pelos cofres do ente federativo.

É certo que a análise da qualidade do material fornecido pela empresa apelante, em relação ao seu custo, não é matéria da presente ação cautelar. Contudo, impossível deixar de notar a disparidade entre os valores, o que, parece-nos, deve ser trazido à baila e devidamente esclarecido durante o processamento da Ação Civil Pública, que é a sede própria ao deslinde da controvérsia principal.

Dessa forma, restando devidamente comprovados os requisitos para a manutenção da medida cautelar concedida, deve ser prestigiada a sentença, para que permaneçam suspensos quaisquer pagamentos à empresa Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., relativos ao cumprimento do Termo de Prorrogação Contratual tratado nos autos, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, até o julgamento da Ação Civil Pública por improbidade administrativa nº 2009.61.21.000799-4.

Ante o exposto, *rejeito* as preliminares arguidas, *não conheço* da apelação da Prefeitura Municipal de Taubaté e *nego provimento* às apelações da Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. e de José Benedito Prado.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR: Em mãos, apelações interpostas por Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda., pela Prefeitura Municipal de Taubaté e por José Benedito Prado, em face de sentença que julgou parcialmente procedente pedido formulado pelo Ministério Público Federal em medida cautelar preparatória de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com pedido de liminar, visando sustar os efeitos da

prorrogação de contrato de aquisição de material didático promovida pelo Município de Taubaté, em razão da existência de possível lesão aos cofres públicos da ordem de R\$ 10.500.000,00.

A sentença afastou as preliminares e, confirmando a liminar, julgou parcialmente procedente o pedido nos seguintes termos (fls. 796/803):

Diante do exposto, entendendo que estão presentes as condições da medida cautelar, *julgo parcialmente procedente* o pedido para que o MUNICÍPIO DE TAUBATÉ não realize nenhum pagamento à empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA., sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

No caso de já ter realizado o pagamento, determino que a empresa EXPOENTE deposite em juízo, no prazo de 3 (três) dias úteis, qualquer verba já recebida do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

No caso de já ter realizado o pagamento, determino que a empresa EXPOENTE deposite em juízo, no prazo de 3 (três) dias úteis, qualquer verba já recebida do MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Descabida a condenação em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, tendo em vista que a presente ação cautelar é acessória da Ação Civil Pública nº 2009.61.21.000799-4.

Em seu apelo (fls. 809/840), a empresa EXPOENTE SOLUÇÕES COMERCIAIS E EDUCACIONAIS LTDA. sustenta, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal, alegando que: a) não existiu aporte de verba federal ao Município de Taubaté nos exercícios de 2006 e 2007, o que foi reconhecido pelo Tribunal de Contas da União, que decidiu pela desnecessidade de fiscalização das contas do município, determinando o arquivamento da representação formulada pelo MPF; b) não há nenhum ente federal no polo passivo da ação, não se tratando de hipótese prevista no art. 109 da Constituição Federal; c) o STJ já firmou entendimento no sentido de que a ausência de repasse de verba federal conduz ao reconhecimento da competência da Justiça Estadual; d) a manifestação do FNDE no sentido de pretender integrar a lide é irrelevante para a definição da competência no caso concreto, pois a mera vontade do órgão não constitui critério legítimo para a definição de competência absoluta, porquanto não demonstrou a existência de nenhum interesse jurídico na causa; e) a conexão não autoriza a tramitação do processo em foro absolutamente incompetente, razão pela qual não procede o argumento de que o presente feito tem que ser processado e julgado pela Justiça Federal por conexão com a Ação Civil Pública nº 2008.61.21.003706-4, a qual trata do contrato de fornecimento de apostilas para o período de 2006/2008.

No mérito, sustenta que mantém e desenvolve um programa abrangente de ensino, englobando um conjunto de materiais e atividades de treinamento, acompanhamento e orientação de professores, pelo qual oferece um processo amplo de avaliação e desenvolvimento das condições de ensino e aprendizagem. O sistema seria baseado em etapas fundamentais que contemplariam, em sequência, o desenvolvimento e fornecimento de soluções integradas em educação, envolvendo o estabelecimento de programa e metodologia, instalação de infraestrutura, oferecimento de material didático e de apoio, estrutura de gestão, equipes de docentes, coordenação pedagógica e avaliação dos resultados. Aduz que o seu sistema é muito mais abrangente que o mero fornecimento de livros promovido pela União através do Programa Nacional do Livro Didático - PNLD.

Defende a regularidade da prorrogação do contrato firmado com o Município de Taubaté, vez que se trata de prestação de serviços contínuos que não podem ser interrompidos, o que foi devidamente justificado pela autoridade competente, nos termos do artigo 57, § 4º, da Lei

nº 8.666/93. Argumenta ainda que, ao constranger a Prefeitura a adotar futuramente os livros didáticos do PNLD, a sentença viola a autonomia municipal de conceber o projeto pedagógico para sua rede de ensino.

Apelou também a Prefeitura Municipal de Taubaté (fls. 849/905), recurso este não recebido pelo Juízo *a quo*, por ser intempestivo (fls. 910).

Por fim, apelou José Benedito Prado (fls. 911/923), pleiteando a anulação da sentença recorrida, por se configurar verdadeiro julgamento de mérito, e não apenas tutela assecuratória da finalidade do processo principal.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Na sequência, peticionou a apelante Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. (fls. 1028/1030), alegando que, nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.61.21.000799-4, a União Federal reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento da lide, e juntou documentos que demonstram não ter havido transferência de recursos ao Município de Taubaté no ano de 2009, a título de complementação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização de Profissionais da Educação - FUNDEB. Relatou que a União, naquele processo, asseverou que “carece de interesse processual em integrar o polo passivo da presente ação civil pública por atos de improbidade administrativa, ante a ausência de complementação pela União dos recursos oriundos do FUNDEB.” Alega a apelante que a manifestação da União no sentido da inexistência de aporte de recursos oriundos do FUNDEB para o município no período confirma o que já havia sido reconhecido pelo Tribunal de Contas do Município, quando decidiu pela ausência de necessidade de fiscalização das contas do município.

Os argumentos acerca da incompetência foram repisados pelo apelante José Benedito Prado em petição e documentos acostados às fls. 1074/1093.

Intimado, o Ministério Público Federal pugnou pelo não conhecimento da alegação de incompetência da Justiça Federal e pelo improvimento dos recursos.

Em decisão de fls. 1057, o e. Relator consignou que o pedido de reconhecimento de incompetência da Justiça Federal não comporta apreciação, por já ter sido apreciado em decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo no agravo de instrumento nº 2009.03.00.040666-2.

É o relatório.

O voto do e. Relator rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Federal, no que restei vencido. Superada, por maioria, a preliminar de incompetência, decidiu-se, à unanimidade, afastar as demais preliminares arguidas, não conhecer da apelação da Prefeitura Municipal de Taubaté e negar provimento às apelações de Expoente Soluções Comerciais e Educacionais Ltda. e José Benedito Prado.

Com a devida *venia*, passo a expor as razões do voto divergente.

No documento de fls. 1031/1046, trasladado da Ação Civil Pública nº 2009.61.21.000799-4, a União atesta que não houve, ao longo de 2009, transferência de recursos da União ao município de Taubaté/SP, a título de complementação do Fundo de Manutenção do Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, consoante dispõe o art. 4º da Lei nº 11.494/2007.

Por tal razão, informou a União Federal carecer de interesse processual para figurar no polo ativo daquela demanda, que versa sobre os mesmos fatos.

Ademais, o Tribunal de Contas da União já havia determinado o arquivamento de representação encaminhada pelo Ministério Público Federal, concluindo que não houve aporte de

recursos da União no município pelo FUNDEF ou FUNDEB, nos exercícios de 2006 e 2007, não havendo, portanto, recursos federais a serem fiscalizados por aquela Corte de Contas.

Nessas condições, já decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça ser da Justiça Estadual a competência para o processamento e julgamento do feito. Senão vejamos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESVIO DE VERBAS DO FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. RECURSOS ORIGINÁRIOS DE RECEITAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. COMPLEMENTAÇÃO DA UNIÃO, NOS TERMOS DA LEI Nº 9.424/96. POSSIBILIDADE. MUNICÍPIO PAULISTA. AUSÊNCIA DE VERBA FEDERAL. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Diante do disposto nos arts. 208 e 212, ambos da Constituição Federal, foi criado o Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério - FUNDEF, com o intuito de manter e desenvolver o ensino público fundamental, que restou substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, nos termos da Lei nº 11.494/2007.

2. Os recursos originários do FUNDEF eram compostos de diversas fontes estaduais e municipais. A complementação de verbas federais somente ocorreria se o valor por aluno não atingisse o quantum definido pelo Presidente da República, conforme o preconizado no art. 6º da Lei nº 9.424/96.

3. *Somente quando se constatar complementação de verba federal aos recursos do FUNDEF se evidencia a competência da Justiça Federal para analisar possível desvio, bem como fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, o que não ocorreu no caso em apreço.*

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Américo de Campos/SP.

(CC 87985/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 03/06/2008)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESVIO DE VERBAS DO FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. RECURSOS ORIGINÁRIOS DE RECEITAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DA UNIÃO, NOS TERMOS DA LEI Nº 9.424/96. AUSÊNCIA DE VERBA FEDERAL. COMPETÊNCIA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. *Compete à justiça estadual processar e julgar o desvio de verbas oriundas do FUNDEF que não tiveram complementação por parte da União.* Precedentes: (CC 64749/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 155; CC 87985/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 03/06/2008; CC 39.514/RS, 3.ª Seção, Des. Convocada do TJ/MG JANE SILVA, DJ 21/02/2008.; CC 36288/MG, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2003, DJ 02/02/2004 p. 268).

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Apucarana/PR.

(CC 79033/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 15/12/2008)

Ante o exposto, divirjo do e. Relator *para acolher a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal* e, restando vencido, acompanho-o quando à rejeição das demais preliminares, ao não conhecimento da apelação da Prefeitura Municipal de Taubaté e quanto ao mérito dos demais apelos.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL/ REEXAME NECESSÁRIO

0015678-54.2009.4.03.6100

(2009.61.00.015678-8)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 294/296

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Apelado: SINCAMESP - SINDICATO DO COM/ ATACADISTA DE DROGAS E MEDICAMENTOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AMS 324434

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2014

EMENTA

AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. ASSISTÊNCIA DE TÉCNICO RESPONSÁVEL INSCRITO NO CRF EM EMPRESAS E/OU DISTRIBUIDORAS QUE COMERCIALIZAM PRODUTOS CORRELATOS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Discute-se, nos autos, se é obrigatória a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, nas distribuidoras que comercializam apenas produtos correlatos. A respeito desse tema, a Lei nº 5.991/1973, que “Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências”, determinou, no art. 15, que “a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei”. Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.190-34/2001, estabeleceu, no artigo 11, que “às distribuidoras de medicamentos aplica-se o disposto no art. 15 da Lei no 5.991, de 17 de dezembro de 1973”.

2. Interpretando os aludidos dispositivos legais, o STJ assentou o entendimento de que “a exigência, prevista no art. 15, § 1º, da Lei 5.991/73, de permanência de farmacêutico nas farmácias e drogarias, durante o período de funcionamento, não se aplica às distribuidoras (atacadistas) de medicamento, até a edição da Medida Provisória 2.190-34/2001, que estendeu a aplicação do mencionado art. 15 às distribuidoras de medicamentos. Destarte, a obrigação de manter profissional farmacêutico nas distribuidoras de medicamentos somente tornou-se obrigatória após a vigência da Medida Provisória 2.190-34/2001 e suas respectivas reedições” (1ª Turma, EDRESP 200700608365, rel. Min. Denise Arruda, DJE 18/06/2009; 2ª Turma, RESP 200801940569, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 03/02/2011 RB VOL.: 568 PG: 44). Daí já se infere ser desprovido de razão o argumento segundo o qual a definição do estabelecimento pela Lei nº 5.991/73 torna-o sujeito à obrigatoriedade da presença de técnico responsável legalmente habilitado. Ora, o conceito de “distribuidora de medicamento” já estava

na redação original da Lei nº 5.991/73 e a Corte Superior assentou que a obrigatoriedade do responsável técnico farmacêutico surgiu apenas com a edição da Medida Provisória nº 2.190-34/2001.

3. Esse mesmo raciocínio tem sido utilizado pelo STJ nos casos em que se discute a obrigatoriedade da presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, estabelecimento definido no artigo 4º, inciso XIV, da Lei nº 5.991/73. A esse respeito, decidiu-se, em recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos, que “Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal. 3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto nº 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei nº 5.991/73” (STJ, 1ª Seção, Resp 200900161949, rel Min. Humberto Martins, DJe 07/08/2012).

4. Quanto às distribuidoras de correlatos, é certo que não está mencionada no artigo 15 da Lei nº 5.991/73, tampouco no artigo 11 da Medida Provisória nº 2.190-34/2001, que se refere apenas às “distribuidoras de medicamentos”. Assim, não há como impor a obrigatoriedade da permanência de farmacêuticos às distribuidoras de correlatos, já que, na esteira dos precedentes acima mencionados, “não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal” nem através de Decreto Regulamentar. Precedentes dos Tribunais Regionais da 2ª e 5ª Região.

5. Agravo desprovido.

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 legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP, contra a r. decisão monocrática de f. 294-296.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) o CRF “fiscaliza as distribuidoras de correlatos, eis que embora a atividade narrada não demande, com exclusividade, a responsabilidade técnica de um farmacêutico (...), necessário se faz a assistência de responsável técnico legalmente habilitado” (f. 305);

b) o 4º da Lei nº 5.991/73 traz o conceito de “correlato” e de “distribuidor, representante, importador e exportador” e os estabelecimentos ali definidos necessitam da presença de técnico

responsável legalmente habilitado; “ademais, a Lei nº 6.360 de 23.09.1976, a qual dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, regulamentado pelo Decreto nº 79.094 de 05.01.1977, dispõe estarem sujeitos às normas de vigilância sanitária o *armazenamento de produtos correlatos*” (f. 306);

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

Não assiste razão à agravante. A decisão monocrática de f. 294-296 foi proferida nos seguintes termos:

A questão posta nos autos consiste em definir se é obrigatória a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, nas distribuidoras que comercializam apenas produtos correlatos.

A respeito desse tema, a Lei nº 5.991/1973, que “Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências”, no capítulo que trata “Da Assistência e Responsabilidade Técnicas”, dispõe o seguinte:

“Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

§ 1º - A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.

§ 2º - Os estabelecimentos de que trata este artigo poderão manter técnico responsável substituto, para os casos de impedimento ou ausência do titular.

§ 3º - Em razão do interesse público, caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria, e na falta do farmacêutico, o órgão sanitário de fiscalização local licenciará os estabelecimentos sob a responsabilidade técnica de prático de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.”

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.190-34/2001, estabeleceu, no artigo 11, que “às distribuidoras de medicamentos aplica-se o disposto no art. 15 da Lei no 5.991, de 17 de dezembro de 1973.”

Interpretando os aludidos dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que “a exigência, prevista no art. 15, § 1º, da Lei 5.991/73, de permanência de farmacêutico nas farmácias e drogarias, durante o período de funcionamento, não se aplica às distribuidoras (atacadistas) de medicamento, até a edição da Medida Provisória 2.190-34/2001, que estendeu a aplicação do mencionado art. 15 às distribuidoras de medicamentos. Destarte, a obrigação de manter profissional farmacêutico nas distribuidoras de medicamentos somente tornou-se obrigatória após a vigência da Medida Provisória 2.190-34/2001 e suas respectivas reedições” (1ª Turma, EDRESP 200700608365, DENISE ARRUDA, DJE 18/06/2009; 2ª Turma, RESP 200801940569, MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 03/02/2011 RB VOL. 568 PG: 44).

Daí já se infere ser desprovido de razão o argumento segundo o qual a definição do estabelecimento pela Lei nº 5.991/73 torna-o sujeito à obrigatoriedade da presença de técnico responsável legalmente habilitado. Ora, o conceito de “distribuidora” já estava na redação original da Lei nº 5.991/73 e a Corte Superior assentou que a obrigatoriedade do responsável técnico farmacêutico surgiu apenas com a edição da Medida Provisória nº 2.190-34/2001. Esse mesmo raciocínio tem sido empregado pelo STJ nos casos em que se discute a obrigatoriedade da presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, estabelecimento

definido no artigo 4º, inciso XIV, da Lei nº 5.991/73. A esse respeito, decidiu-se, em recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos, que “Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei nº 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal. 3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto nº 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei nº 5.991/73” (STJ, 1ª Seção, RESP 200900161949, HUMBERTO MARTINS, DJE 07/08/2012 DECTRAB VOL.: 00217 PG: 00016 RSTJ VOL.: 00227 PG: 00196). Quanto às distribuidoras de correlatos, é certo que não está mencionada no artigo 15 da Lei nº 5.991/73, tampouco no artigo 11 da Medida Provisória nº 2.190-34/2001, que se refere apenas às “distribuidoras de medicamentos”.

Assim, não há como impor-se a obrigatoriedade da permanência de farmacêuticos às distribuidoras de correlatos, já que, na esteira dos precedentes acima mencionados, “não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal” nem através de Decreto regulamentar.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES. REGISTRO. INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO DE UM RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. - As empresas distribuidoras de material médico-hospitalar não estão sujeitas a se registrarem no Conselho Regional de Farmácia, nem a manterem um profissional farmacêutico nos seus quadros, eis que as atividades, por elas desenvolvidas, não se equiparam às desempenhadas pelas empresas distribuidoras de medicamentos, e sim, a outras atividades correlatas, a teor do disposto no artigo 4º da Lei nº 5.991/73. Precedentes jurisprudenciais. Apelação e Remessa Necessária, tida por interposta, improvidas.”

(TRF5, 3ª Turma, AC 200781000069166, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, DJ - Data: 15/05/2009 - Página: 410 - Nº: 91.)

O caso é, pois, de manter a sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso de apelação e ao reexame necessário, nos termos da fundamentação supra.

No mesmo sentido da decisão acima transcrita, colaciono o recente julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. LEI Nº 5.991/71. PRODUTO CORRELATO. INSCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA DO ESTABELECIMENTO FARMACÊUTICO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.

1 - A obrigatoriedade da assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, foi prevista apenas para farmácias e drogarias, durante todo o horário de seu funcionamento (art. 15 da Lei nº 5.997/71, enquanto que o comércio de correlatos deve ser exercido por empresas licenciadas pelo órgão sanitário estadual competente (art. 21).

2 - Pelo contrato social da empresa às fls. 11, depreende-se que o seu objetivo é o comércio varejista de instrumentos e material médico-hospitalares, pelo que não cabe criar obrigação por meio de interpretação extensiva do art. 15 da Lei nº 5.991/73, que tratou taxativamente das hipóteses em que é obrigatória a contratação de farmacêuticos: farmácias e drogarias.

3 - Por não obrigatória a presença e contratação de farmacêutico em estabelecimento que comercialize correlatos, desnecessária a sua inscrição no Conselho Regional de Farmácia.

4 - Remessa necessária conhecida e improvida. Sentença confirmada.

(TRF2, 3ª Turma, AC 20115101002263-2, Juíza Federal Convocada Geraldine Pinto Vital de Castro, Julgamento: 12/11/2013, DJe: 27/11/2013)

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, de modo que a mantenho por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal **NELTON DOS SANTOS** - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0016004-09.2012.4.03.6100

(2012.61.00.016004-3)

Apelantes: CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 6ª REGIÃO - CRP6 E NAIARA PERIN DARIN

Apelada: LIVIA NECCHI FIRMINO

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

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CIRO BRANDANI

Classe do Processo: AMS 347834

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL ADVINDA DE ESTÁGIO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO DO EDITAL. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. A possibilidade de reconhecimento do estágio para fins de comprovação de tempo de experiência exigido em edital de concurso refere-se ao mérito da demanda. Impossibilidade jurídica do pedido afastada.

2. É legítima a exigência de experiência no edital do concurso, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla.

3. Não havendo previsão editalícia no sentido de que a experiência profissional exigida seria somente aquela exercida após a conclusão do curso superior, há de se considerar que ela pode advir da prática de estágio, uma vez que possui relação íntima com as atribuições do cargo, sob pena de ofensa ao princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos.

4. Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Votaram os Desembargadores Federais.

São Paulo, 03 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas em face de sentença que concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que efetue a nomeação e posse da impetrante no cargo 316 - Assistente Técnico na subsele de São José de Rio Preto, procedendo, ainda, às anotações e registros de praxe.

Em sua apelação, alega o Conselho Regional de Psicologia no Estado de São Paulo - 6ª Região que a nomeação da Senhora Naiara Perin Darim foi anterior à decisão do ato ordinário proferido no dia 25/09/2012, em que foram solicitados esclarecimentos sobre em que fase se encontrava o concurso, sendo que o mesmo já havia sido concluído, com a nomeação dos candidatos conforme lista de classificação e comprovação dos requisitos do Edital 01/2012. Sustenta que a experiência exigida no edital do concurso refere-se à adquirida como profissional e não como estudante antes da graduação.

Por sua vez, a apelante Naiara Perin Darin alega, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustenta que, quando a apelada foi convocada para comparecer no dia 27 de julho de 2012 na subsele da primeira apelante, não foi nomeada para o Cargo de Assistente Técnico, porque não possuía 6 (seis) meses de experiência na área de psicologia, uma vez que somente foi inscrita no Conselho em 04/06/2012. Afirma que não se pode atribuir ao estágio profissional a condição de exercício profissional, uma vez que no estágio não estão compreendidas todas as atividades e no edital não foi disposto que estágio seria considerado para esses fins. Ressalta que não foi desobedecida a ordem do concurso e que somente assumiu o cargo após a primeira apelante desclassificar as demais candidatas, ressaltando que pediu demissão do emprego para assumir a vaga deste concurso.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pelo desprovimento da apelação.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI (Relator):

Afasto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Para que esteja presente a condição da ação concernente à possibilidade jurídica, basta que a pretensão, em abstrato, esteja entre aquelas reguladas pelo direito objetivo, sendo este o caso dos autos.

A possibilidade de reconhecimento do estágio para fins de comprovação do período de experiência exigido no edital do concurso diz respeito ao mérito da demanda, que passo a analisar.

O Anexo I do Edital Normativo nº 01/2012 - CRP-SP, de 06/01/2012, prevê os seguintes requisitos para o cargo de Assistente Técnico: “Diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de graduação de nível superior em Psicologia, fornecido por Instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação; e registro no respectivo órgão de classe. Possuir 6 (seis) meses de experiência na área da Psicologia”.

Consoante jurisprudência firmada a respeito do tema, é legítima a exigência de experiência no edital do concurso, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla.

Não dispondo o edital expressamente que a experiência profissional exigida seria somente aquela exercitada após a conclusão do curso superior de Psicologia, há de se considerar que ela pode advir da prática de atividades como o estágio, uma vez que este possui relação íntima com as atribuições do cargo, sob pena de ofensa ao princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO DEMONSTRADO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO. PRÁTICA FORENSE. LC 80/94. COMPROVAÇÃO.

1. O recurso especial fundado na alínea “c” do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

2. Em estando suficientemente demonstrada a divergência jurisprudencial, impõe-se a reforma do acórdão recorrido que se mostra em desacordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A jurisprudência mais recente desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de se dispensar o rigor formal na demonstração analítica do dissídio pretoriano, quando notória a divergência entre o acórdão recorrido e o julgado tido por paradigma.

4. É legítima a exigência de prática forense para o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica.

5. Precedentes.

6. Recurso provido.

(REsp 450936/RS, Relator Ministro FONTES DE ALENCAR, Sexta Turma, DJ 19/12/2003, p. 632)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA FORENSE. ELASTICIDADE DA CONCEITUAÇÃO. TÉCNICO DO TESOUREIRO. INCOMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. PRECEDENTES.

É firme o posicionamento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o conceito de prática forense é mais amplo, não abrangendo somente o exercício da advocacia, mas estágios profissionais, atuações em Tribunais, juízos de primeira instância, entre outros.

O caso se amolda à jurisprudência deste Tribunal.

Violação não caracterizada.

Recurso desprovido.

(REsp 487844/RJ, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ 31/05/2004, p. 346)

Ante o exposto, NEGO provimento às apelações e à remessa oficial, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0021165-97.2012.4.03.6100
(2012.61.00.021165-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

Apelada: COLORKIT COM/ IND/ E IMP/ DE MATERIAL FOTOGRÁFICO LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1932107

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2014

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. HOMOLOGAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO CONFIGURADA. LEI Nº 5.966/73. INMETRO. ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS. VALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO. IRREGULARIDADE. PRODUTO PARA O MERCADO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTS. 12 E 39, VIII, DO CDC. VALOR DA MULTA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DA.

1. Ao que consta dos autos, não se evidencia qualquer irregularidade no trâmite do procedimento administrativo, originário da lavratura do auto de infração, encontrando-se motivadas as decisões administrativas que homologou o auto de infração e que negou provimento ao recurso da autora.

2. É de se observar que o auto de infração descreve o fato verificado e a infração cometida (fl. 28), constando ainda termo único de fiscalização de produtos (fl. 30) que detalha a irregularidade encontrada.

3. De outra parte, não há como acolher a alegação de falta de norma proibitiva à comercialização do produto na forma e condições procedidas. Não há correspondência entre os produtos constantes do Auto de Infração nº 327391 e da Nota Fiscal 4778.

4. A nota fiscal faz menção, dentre outros produtos, à Pilha Rec AAA 1000 MAH 1.2v NI, ao passo que a autuação diz respeito a plugue acoplado ao carregador de pilha, sem que possa se dizer que a comercialização do produto em questão foi anterior à vigência da Resolução nº 08/09, que estabeleceu novo prazo limite para que o produto se conformasse com a norma ABNT NBR 14136:2002.

5. Desta feita, como o auto de infração foi lavrado em 27/04/2012, portanto, após a vigência da supramencionada norma, não há que se falar em ausência de amparo à autuação.

6. A Lei nº 5.966/1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial com a finalidade de *formular e executar a política nacional de metrologia, normatização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais*, criou o CONMETRO, órgão normativo do sistema e o INMETRO, sendo-lhe conferida personalidade de autarquia federal, com a função executiva do sistema de metrologia.

7. Na hipótese vertente, o auto de infração impugnado foi lavrado por autoridade competente, diante da seguinte irregularidade constatada: produto sendo comercializado com plugue incorporado fora do padrão exigido pelo Item 4 da norma ABNT NBR

14136:2002, o que constitui infração ao disposto nos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c/c o art. 1º da Resolução Conmetro nº 11/2006.

8. Como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade, sendo condição *sine qua non* para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

9. A recorrente, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

10. A responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços, conforme dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva, e independe de culpa ou dolo por parte do agente.

11. Resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

12. À autoridade administrativa compete a fixação do valor da multa devida, pautando-se, para tanto, em sua discricionariedade e na legislação vigente, levando em conta, outrossim, a condição econômica do infrator e o prejuízo causado ao consumidor, respeitando, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no cumprimento da almejada função pedagógica e punitiva.

13. *In casu*, a multa foi aplicada dentro dos parâmetros legais impostos pela Lei nº 9.933/99, no montante de R\$ 10.598,04 (dez mil, quinhentos e noventa e oito reais e quatro centavos), com vencimento para 07/12/2012. O r. juízo *a quo*, por sua vez, houve por bem mitigar o valor da multa ao mínimo legal de R\$ 100,00 (cem reais).

14. Fixação do valor da multa em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atentando-se ao fato de a infração abranger tão somente um produto e ao fato de a autora ser primária como circunstâncias atenuantes e à condição econômica da mesma como agravante e em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

15. Apelação parcialmente provida. Recurso adesivo 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, dar parcial provimento à apelação e negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e recurso adesivo em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, pela qual a autora busca a declaração de inexistência de causa e/ou motivo para

a lavratura do Auto de Infração nº 327391, reconhecendo-se assim, sua insubsistência e/ou nulidade. Alternativamente, requer a declaração de insubsistência e/ou nulidade da autuação por vícios intrínsecos e/ou nulidade do processo administrativo a partir da decisão de 1º grau nos autos do Processo Administrativo nº 8747/12, por violar princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, bem como da Lei nº 9.784/99. Em último caso e, havendo entendimento diverso, requer a redução da penalidade imposta, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para acolher o pedido subsidiário, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC, para reduzir a penalidade para o mínimo legal de R\$ 100,00 (cem reais). Sucumbência recíproca. Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou o Inmetro, pleiteando que o valor da multa seja restabelecido ao montante inicial, respondendo a autora pelas custas e honorários advocatícios.

A autora apresentou recurso adesivo para que seja reconhecida a nulidade e/ou insubsistência do Auto de Infração nº 327391.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Assiste razão, em parte, à União Federal.

Ao que consta dos autos, não se evidencia qualquer irregularidade no trâmite do procedimento administrativo, originário da lavratura do auto de infração, encontrando-se motivadas as decisões administrativas que homologou o auto de infração e que negou provimento ao recurso da autora.

É de se observar que o auto de infração descreve o fato verificado e a infração cometida (fl. 28), constando ainda termo único de fiscalização de produtos (fl. 30) que detalha a irregularidade encontrada.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a motivação do ato administrativo é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados a) a regra de direito habilitante, b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo... (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 370/371)

Ainda que as decisões se utilizem de modelos padronizados, em seu teor há menção expressa aos dispositivos legais que as fundamentam, não caracterizando ausência de motivação o fato de se reportarem às razões expendidas em parecer jurídico anterior e documentos que instruem o processo administrativo.

Assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante.

(Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83)

De outra parte, a motivação concisa não implica violação ao art. 93, X da CF. A propósito, trago à colação julgado do E. Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CF, ART. 93, IX.

I - A ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal, não a ofensa indireta, reflexa.

II - Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inciso IX do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A constituição não exige que a decisão seja amplamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada (RTJ 73/200).

III - R.E. inadmitido. Agravo não provido.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 177283, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05/03/1996, DJ, 03/05/1996).

Dessa forma, não vejo qualquer vício ou irregularidade a macular a autuação lavrada e homologada pela autoridade competente ou o julgamento do recurso administrativo apresentados pela autora.

De outra parte, não há como acolher a alegação de falta de norma proibitiva à comercialização do produto na forma e condições procedidas, uma vez que ainda dentro do prazo fixado pela Resolução nº 8/2009, que prorrogou o prazo previsto na Resolução nº 11/2006.

Isso porque, da análise do Auto de Infração nº 327391 e da Nota Fiscal 4778, não verifico correspondência entre os produtos neles previstos. Com efeito, a nota fiscal faz menção, dentre outros produtos, à Pilha Rec AAA 1000 MAH 1.2v NI, ao passo que a autuação diz respeito a plugue acoplado ao carregador de pilha, sem que possa se dizer que a comercialização do produto em questão foi anterior à vigência da Resolução nº 08/09, que estabeleceu novo prazo limite para que o produto se conformasse com a norma ABNT NBR 14136:2002.

Desta feita, como o auto de infração foi lavrado em 27/04/2012, portanto, após a vigência da supramencionada norma, não há que se falar em ausência de amparo à autuação.

A este respeito, a Lei nº 5.966/1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normatização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, criou o CONMETRO, órgão normativo do sistema e o INMETRO, sendo-lhe conferida personalidade de autarquia federal, com a função executiva do sistema de metrologia.

Consequentemente, o CONMETRO aprovou a Resolução nº 11, de 12.10.1988, que ratificou todos os atos normativos metrológicos, autorizando o INMETRO *a adotar as providências necessárias à consolidação das atividades de metrologia, no País, firmando convênios, contratos, ajustes, acordos, assim como os credenciamentos que se fizerem necessários.*

Na hipótese vertente, o auto de infração impugnado foi lavrado por autoridade competente, diante da seguinte irregularidade constatada: produto sendo comercializado com plu-

que incorporado fora do padrão exigido pelo Item 4 da norma ABNT NBR 14136:2002, o que constitui infração ao disposto nos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c/c o art. 1º da Resolução Conmetro nº 11/2006:

Art. 1º. Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

(...)

Art. 5º. As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos.

Art. 1º. Declarar que o atendimento pelas empresas fabricantes e importadoras de plugues e tomadas às especificações da norma ABNT NBR 14136:2002, configura observância ao estabelecido nesta Resolução e em Portaria do Inmetro tornando compulsória a certificação de plugues e tomadas.

(...)

Art. 4º. Determinar que, a partir de 1º de julho de 2011, os plugues de 2 (dois) ou 3 (três) pinos, as tomadas fixas ou móveis de 2 (dois) ou 3 (três) contatos, o cordão conector, o cordão prolongador e o cordão de alimentação, desmontáveis ou não desmontáveis, incorporados ou comercializados em aparelhos elétricos, eletrônicos e eletroeletrônicos, deverão ser comercializados, por atacadistas e varejistas, somente em conformidade com a norma ABNT NBR 14136:2002.

Por outro lado, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade, sendo condição *sine qua non* para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

A recorrente, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, *i.e.*, a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

Esse é o entendimento sufragado por esta C. Sexta Turma:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA - INMETRO - REGULARIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DE VÍCIO.

1. Autuação administrativa de acordo com as disposições expedidas pelo CONMETRO, órgão normativo responsável pela regulamentação, coordenação e supervisão da política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais.

2. O auto de infração constitui-se em ato administrativo dotado de presunção “*juris tantum*” de legitimidade e veracidade, cabendo à parte contrária produzir contraprova à presunção. Assim, somente mediante prova inequívoca da inexistência dos fatos descritos no auto de infração, os quais se amoldam à conduta descrita “*in abstracto*” na norma, autorizam a desconstituição da autuação. No caso, não se desincumbiu a embargante do ônus da prova.

3. Honorários advocatícios mantidos no percentual fixado na sentença, pois foram arbitrados com atenção ao disposto no artigo 20, §4º, do CPC.

(TRF3, AC nº 0004021-10.2002.4.03.6182/SP, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 30/09/2010, e-DJF3 08/10/2010, p. 1121)

A responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços, conforme dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva, e independe de culpa ou dolo por parte do agente.

Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor. A esse respeito, trago à colação julgados do STJ e desta Corte Recursal:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. METROLOGIA. AUTOS DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO INMETRO COM BASE NA SUA PORTARIA Nº 02/82. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.102.578/MG SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES.

1. A controvérsia suscitada no presente agravo regimental, em síntese, cinge-se à legalidade ou não da Portaria INMETRO nº 02/82, sob o argumento de que tal ato administrativo é anterior à Resolução CONMETRO nº 11/88, que estipulou a atuação e especificações da competência do INMETRO. 2. É entendimento pacificado na Primeira Seção deste Sodalício, por força do julgamento proferido no Resp. Nº 1.102.578/MG, DJ. 29.10.2009, que “Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais”. (Resp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009). 3. Em específico, no que tange à legalidade da Portaria nº 02/82 expedida pelo INMETRO, é de se ressaltar que este Sodalício já possui jurisprudência no que tange à legitimidade deste ato normativo tendo em vista que a Lei nº 5.966/73 em nenhum momento estatui ser da competência exclusiva do CONMETRO a expedição de normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. A esse respeito, o precedente: RESP 273803/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/05/2003 e as decisões monocráticas: REsp 1240799, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, data da publicação 31/05/2011; e, REsp 1212903 Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, data da publicação 09/02/2011. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, AARes 1285951, j. 26/02/13, DJE 26/02/13)

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. LEIS Nº 5.933/73 E 9.933/99. MULTA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS EM QUANTIDADE MENOR QUE À INDICADA NA EMBALAGEM. PORTARIAS DO INMETRO. LEGALIDADE. (PRECEDENTE. Resp nº 1.102.578/MG, RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C, DO CPC).

1. A Lei nº 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. O art. 2º, de referida norma legal, criou o CONMETRO, e em seu art. 3º enumerou a competência de referido órgão ao passo que o art. 5º, da Lei nº 5.966/73, atribuiu ao INMETRO a função executiva das atividades relacionadas à metrologia. 2. A Primeira Seção, por força do julgamento proferido

no Resp. nº 1.102.578/MG, DJ. 29.10.2009, firmou entendimento no sentido de que “Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais”. Precedentes do STJ. 3. A Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo. 4. Precedentes desta Corte Superior (RESP 416211 / PR ; Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 31/05/2004; RESP 273803/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/05/2003; RESP 423274/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/08/2002). 5. Ainda que assim não bastasse, a Lei nº 9.993/99, vigente à época da lavratura do auto de infração, legitimava a expedição de atos normativos pelo INMETRO, consoante se colhe do seu art. 3º, *verbis*: “Art. 3º. O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para: I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;(...)”. Consectariamente, a nova lei que atribuiu, de forma explícita, a competência normativa do INMETRO, a convalidou o auto de infração lavrado contra a empresa recorrente que redundou na aplicação de multa por infração à Portaria nº 74/95. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 1ª Turma, Min. Rel. Luiz Fux, AAAResP 1112744, j. 09/02/10, DJE 02/03/10)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. MULTA. INDICAÇÃO DA COMPOSIÇÃO TÊXTIL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO PERTINENTE À MATÉRIA. RESOLUÇÃO DO CONMETRO. LEGALIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA QUE CONFECCIONA AS ROUPAS COMERCIALIZADAS NA EXECUÇÃO FISCAL. ARTS. 3º E 39, VIII, DO CDC.

I - O art. 9º, da Lei nº 5.966/73 contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades previstas. Legalidade da aplicação de penalidade com base em Resolução do CONMETRO. Precedentes do STJ. II - Legalidade da aplicação de penalidade com base em Portaria do INMETRO e Resolução do CONMETRO. Precedentes do STJ. III - Legalidade da Resolução CONMETRO nº 02/01, expedida objetivando assegurar a uniformidade quanto às informações referentes à composição dos tecidos, que deveriam constar das respectivas etiquetas. IV - Comercialização de roupas com indicação das fibras do tecido em desacordo com aquelas efetivamente verificadas no exame do produto comercializado (terno). V - Reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) a utilidade da sistemática de metrologia e normalização à proteção do consumidor, ao caracterizar como abusiva a colocação, no mercado de consumo, de produto em desacordo com as normas estabelecidas (art. 39, inciso VIII). VI - Legitimidade da empresa que confecciona e comercializa as roupas para figurar no polo passivo da execução fiscal, a teor do disposto no item 5 da Resolução nº 04/92 do CONMETRO, bem como nos arts. 3º e 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. VII - Apelação improvida.

(TRF3, 6ª Turma, Des. Fed. Rel. Regina Costa, AC 1574056, j. 04/04/13, 11/04/13)

APELAÇÃO - ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - COMERCIALIZAR PRODUTO EM QUANTIDADE MENOR À INDICADA NA EMBALAGEM - APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM PORTARIA DO INMETRO - LEGALIDADE - MORALIDADE. 1. A imposição de multa com base em resolução não afronta o princípio da legalidade, pois há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de

penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. 2. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual não há ilegalidade na imposição de multa por meio de portaria expedida pelo INMETRO, uma vez que a Lei nº 5.966/73 em nenhum momento afirma ser de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO a expedição de normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. 3. Precedentes: REsp 200802600719. REsp 1107520. Relator Denise Arruda. STJ - 1ª Turma. DJE data 05/08/2009; AGA 200801592894 - AGA 1077875. Relator Luiz Fux - STJ. 1ª Turma. DJE data 01/06/2009. 4. A afirmação de estar o réu utilizando-se da imposição de multas como instrumento de aumento da arrecadação não se sustenta, mesmo porque em nenhum momento o autor alega serem insubsistentes os fatos que ensejaram a autuação. 5. O aumento da arrecadação pode até ocorrer como decorrência da multa, como efetivamente ocorre, tendo em vista que a mesma tem natureza pecuniária. O que não se admite, isso sim, é que o aumento da arrecadação seja o objetivo da aplicação da multa, o que não ocorre no presente caso, pois que restou incontroverso que a mesma foi imposta em razão do cometimento de infrações ao consumidor. Logo, tendo a multa sido imposta como forma de punir e desestimular o comportamento que configura seu fato gerador, nada há que se falar em afronta à moralidade. 6. Apelação a que se nega provimento. (TRF3, 6ª Turma, Des. Fed. Rel. Lazarano Neto, AC 755771, j. 28/01/10, DJF3 08/02/10)

Passo, assim, à análise do valor da multa aplicada.

À autoridade administrativa compete a fixação do valor da multa devida, pautando-se, para tanto, em sua discricionariedade e na legislação vigente, levando em conta, outrossim, a condição econômica do infrator e o prejuízo causado ao consumidor, respeitando, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no cumprimento da almejada função pedagógica e punitiva.

In casu, a multa foi aplicada dentro dos parâmetros legais impostos pela Lei nº 9.933/99, no montante de R\$ 10.598,04 (dez mil, quinhentos e noventa e oito reais e quatro centavos), com vencimento para 07/12/2012.

O r. juízo *a quo*, por sua vez, houve por bem mitigar o valor da multa ao mínimo de R\$ 100,00 (cem reais).

Atentando-se ao fato de a infração abranger tão somente um produto e ao fato de a autora ser primária como circunstâncias atenuantes e a condição econômica da mesma como agravante, fixo o valor da multa em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação*, para majorar a multa ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e *negu provimento ao recurso adesivo*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0027226-04.2013.4.03.0000

(2013.03.00.027226-0)

Agravante: HENRIQUE CÉSAR DIÓGENES

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AI 517971

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2014

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE COMPANHEIRA. ARTIGO 36, INCISO III, ALÍNEA A, DA LEI Nº 8.112/90. RECURSO PROVIDO.

1. Questão a ser examinada antes da pretensão de remoção diz respeito à existência de união estável entre o autor e a mencionada companheira. Segundo a decisão agravada, não haveria elementos suficientes à demonstração da convivência do casal, impossibilitando a concessão da remoção em sede liminar.

2. Para efeito de comprovação da união estável, foi acostada aos autos da ação originária a seguinte documentação: - documento público de registro de união estável expedido pelo Cartório de Registros Públicos de Macapá; - declaração redigida e assinada pelo juiz federal Mauro Henrique Vieira, ocupante de apartamento vizinho do casal, que atesta o convívio do autor e da companheira em regime de união estável há cerca de 1 ano; - outros documentos, apresentados após a prolação da decisão agravada.

3. Ganha relevo a declaração levada a registro no Cartório de Macapá-AP, em 23.11.2012, em que o casal declara a convivência em regime de união estável há dois anos, ambos contribuindo tanto no sentido pessoal como material, manifestando o intuito de usufruírem dos direitos que lhes assistem, na qualidade de companheiros recíprocos, bem como os direitos atuais, em quaisquer circunstâncias, caso um deles venha a faltar. É documento que, ao menos nesta sede de cognição sumária, permite inferir a união estável do casal e que encontra amparo, inclusive, na jurisprudência.

4. O Regime Jurídico Único dos servidores públicos - Lei nº 8.112/90 - autoriza, em seu artigo 36, parágrafo único, inciso III, alínea *a*, o deslocamento do servidor a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração, para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração.

5. Requisitos necessários à remoção que se encontram reunidos, lembrando-se que a pretensão, nos termos da lei, independe do interesse da Administração.

6. Vale ressaltar, ademais, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*, CF), e que no campo das espécies normativas vigentes no Brasil, a Constituição da República ocupa o grau máximo na relação hierárquica, sobrepondo-se às normas produzidas pelo Poder Legislativo e aos demais atos previstos pelo ordenamento jurídico.

7. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, a fim de autorizar a remoção do autor para a Superintendência da Polícia Federal de Campo Grande/MS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de abril de 2014.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). Trata-se de agravo de instrumento interposto por Henrique César Diógenes, diante da decisão que indeferiu a tutela antecipada que objetivava a remoção para acompanhamento de companhia, nos termos do artigo 36, inciso III, alínea *a*, da Lei nº 8.112/90.

Relata a existência de união estável com Damaris Rossi Baggio de Alencar, Procuradora da República lotada em Macapá, desde 16.05.2012, período em que vieram a residir em conjunto. Diz que, após a remoção da companhia para a cidade de Campo Grande, em maio de 2013, requereu a remoção para acompanhamento de cônjuge junto ao Departamento de Polícia Federal, sendo o pedido indeferido administrativamente.

Insurge-se em relação à decisão agravada, que não vislumbrou elementos suficientes para a demonstração da união estável do casal. Sustenta que os documentos juntados na ação originária - documento público de registro de união estável expedido pelo Cartório Jucá de Registros Públicos de Macapá e declaração de juiz federal, na qualidade de vizinho do casal, atestando a união -, aliada a documentos que junta agora no agravo, são suficientes à comprovação da união estável.

Requer, pois, o deferimento da antecipação da tutela, para que seja concedida a remoção do agravante para acompanhamento de cônjuge para a cidade de Campo Grande/MS.

Às fls. 195/196, o pedido de antecipação da tutela foi deferido, a fim de autorizar a remoção do autor para a Superintendência da Polícia Federal de Campo Grande/MS.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). Compulsando os autos, verifico que não foram apresentadas quaisquer informações que modificassem o entendimento deste Relator, razão pela qual peço vênia para me utilizar dos argumentos expendidos por mim, quando da decisão exarada em juízo de prelibação:

Questão a ser examinada antes da pretensão de remoção diz respeito à existência de união estável entre o autor e a mencionada companheira. Segundo a decisão agravada, não haveria elementos suficientes à demonstração da convivência do casal, impossibilitando a concessão da remoção em sede liminar.

Para efeito de comprovação da união estável, foi acostada aos autos da ação originária a seguinte documentação: - documento público de registro de união estável expedido pelo Cartório de Registros Públicos de Macapá; - declaração redigida e assinada pelo juiz federal Mauro Henrique Vieira, ocupante de apartamento vizinho do casal, que atesta o convívio do autor e da companheira em regime de união estável há cerca de 1 ano; - outros documentos, apresentados após a prolação da decisão agravada.

Ganha relevo, nesse passo, a declaração levada a registro no Cartório de Macapá-AP, em 23.11.2012, em que o casal declara a convivência em regime de união estável há dois anos, ambos contribuindo tanto no sentido pessoal como material, manifestando o intuito de usufruírem dos direitos que lhes assistem, na qualidade de companheiros recíprocos, bem como os direitos atuais, em quaisquer circunstâncias, caso um deles venha a faltar. É documento que, ao menos nesta sede de cognição sumária, permite inferir a união estável do casal e que encontra amparo, inclusive, na jurisprudência, como se verifica do aresto abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DOCUMENTOS APTOS A COMPROVAR A RELAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PENSÃO MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. ARTS. 217 E 218 DA LEI Nº 8.112/90. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Declaração de vida conjugal feita pelo instituidor da pensão em instrumento particular, com firma reconhecida em Cartório (fl.26) e declarações de imposto de renda de dependência econômica comprovam, documentalente, a existência de união estável da impetrante com o servidor falecido. 2. Cabe à Administração a apreciação da legalidade da instituição das pensões de servidores públicos, em sede de controle dos atos administrativos. Entretanto, suas exigências não podem contrapor-se ao objetivo social da norma e ofender o preceito constitucional expresso no art. 226, § 3º. 3. Restando comprovada a união estável, ainda que por outro meio de prova, não há como negar o direito da impetrante ao recebimento da pensão, pela simples falta de providência administrativa, no caso, de designação de destinatária do benefício de pensão por morte por seu instituidor. Precedentes desta Corte. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(AMS 200135000148604, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 02/03/2010 PAGINA: 27)

Afigurando-se hábeis os documentos colacionados para a demonstração da união estável, é caso de examinar o pedido de remoção do autor.

O Regime Jurídico Único dos servidores públicos - Lei nº 8.112/90 - autoriza, em seu artigo 36, parágrafo único, inciso III, alínea *a*, o deslocamento do servidor a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração, para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração. A companheira do autor, Damaris Rossi Baggio de Alencar, na qualidade de Procuradora da República, foi removida para Mato Grosso do Sul (fl. 84). Como se vê, os requisitos necessários à remoção encontram-se reunidos, lembrando-se que a pretensão, nos termos da lei, independe do interesse da Administração.

Vale ressaltar, ademais, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226, *caput*, CF), e que no campo das espécies normativas vigentes no Brasil, a Constituição da República ocupa o grau máximo na relação hierárquica, sobrepondo-se às normas produzidas pelo Poder Legislativo e aos demais atos previstos pelo ordenamento jurídico.

Ante o exposto, DEFIRO a antecipação da tutela, a fim de autorizar a remoção do autor para a Superintendência da Polícia Federal de Campo Grande/MS.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, a fim de autorizar a remoção do autor para a Superintendência da Polícia Federal de Campo Grande/MS

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0010071-65.2006.4.03.6100
(2006.61.00.010071-0)

Apelantes: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT E UNIÃO FEDERAL

Apelada: TARGET ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AC 1403852

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. NORMAS TÉCNICAS DA ABNT. APLICAÇÃO DO REGIME DE DIREITOS AUTORAIS. IMPOSSIBILIDADE. NORMALIZAÇÃO VOLUNTÁRIA. SIMPLES COLABORAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL. INCORPORAÇÃO POR REGULAMENTO TÉCNICO. GANHO DE JURIDICIDADE. CONHECIMENTO TECNOLÓGICO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.610/1998. ISENÇÃO DE CUSTAS. NECESSIDADE DE REEMBOLSO DE DESPESAS DO VENCEDOR. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MANUTENÇÃO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES DESPROVIDAS.

I. A ABNT exige direitos autorais no contexto de serviço público federal, especificamente a metrologia, a normalização e a qualidade industrial. A tolerância dos órgãos e entidades do SINMETRO indica que a cobrança é admitida normativa e administrativamente, tanto que o artigo 5º da Lei nº 4.150/1962 qualifica a associação como órgão de utilidade pública. A União possui, assim, legitimidade.

II. A incompatibilidade das normas técnicas com os direitos autorais não é definida pela natureza da atividade da ABNT, que simplesmente recebeu uma qualificação especial da lei, sem que isso lhe traga um espaço na estrutura político-administrativa do Estado ou confira às determinações fixadas a posição de regras jurídicas, atos oficiais.

III. O direito de Target Engenharia e Consultoria Ltda. provém das próprias restrições previstas pela Lei nº 9.610/1998 à propriedade intelectual.

IV. O procedimento de elaboração das normas técnicas no âmbito da ABNT é marcado pela participação de especialistas da área abrangida, que utilizarão os conhecimentos técnicos disponíveis no mercado para responder à demanda de normalização voluntária.

V. Rigorosamente não existe criação do espírito, manifestação da individualidade intelectual; os participantes se restringem a captar informações técnicas já propagadas, com estabilidade suficiente para consubstanciar um guia de adequação de insumos, produtos ou serviços.

VI. A Lei nº 9.610/1998, no domínio das ciências, preserva como direito autoral apenas a forma literária ou artística. O conhecimento tecnológico é explicitamente excluído, sem prejuízo da aplicação do regime industrial de tutela (artigo 7º, § 3º).

VII. A ABNT poderia no máximo requerer a proteção do trabalho de compilação (artigo 7º, XIII). O conteúdo científico, as normas técnicas são invulneráveis.

VIII. Ainda que se cogitasse de propriedade intelectual, a associação não poderia se

apropriar dos direitos correspondentes.

IX. Além da inexistência de contrato que a credenciasse como organizadora, muitos dos participantes do procedimento não são associados; pertencem a segmentos diversos da sociedade civil e não consentiram em que os respectivos interesses fossem representados por uma organização coletiva (artigo 17 da Lei nº 9.610/1998).

X. A isenção de custas judiciais não é tão radical a ponto de exonerar a Fazenda Pública do dever de reembolso. O vencedor da demanda tem o direito de repetir os valores gastos com a ativação do poder jurisdicional.

XI. A condenação da União ao pagamento de verba honorária de 5% do valor da causa - R\$ 20.000,00 - não contradiz os critérios do artigo 20, § 3º e § 4º, do CPC, especialmente o fundamento da equidade.

XII. Para um processo iniciado em 2006, de alta complexidade, que demandou intervenções constantes dos advogados, a quantia de R\$ 1.000,00 se revela até insuficiente.

XIII. Remessa oficial e apelações a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar, e, no mérito, por maioria, negar provimento à remessa oficial e às apelações, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Desembargador Federal André Nekatschalow. Vencido o Desembargador Federal Paulo Fontes que dava provimento às apelações e a remessa oficial e fixava os honorários advocatícios em hum mil reais, nos termos dos votos constantes do presente julgado.

São Paulo, 24 de março de 2014.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de apelação interposta pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT em face de sentença que a condenou juntamente com a União a se abster de exigir direitos autorais sobre o uso de normas técnicas no exercício da empresa de Target Engenharia e Consultoria Ltda.

Houve previsão de reembolso de despesas processuais e de honorários de advogado, arbitrados em 5% do valor da causa para cada parte.

Decidiu o Juiz de Origem que a União tem interesse jurídico na resolução da causa, a norma técnica é fruto do trabalho de comissões de estudo e a ABNT se restringe a compilar o respectivo conteúdo, sem que traga uma criação intelectual efetiva. Considerou que a regra se enquadra como procedimento normativo, insuscetível de tutela pelo regime de direitos autorais.

Ponderou que a associação age por delegação do Estado e propõe normalização industrial que assumirá o caráter de norma jurídica, assim que leis e regulamentos a absorverem, como o fez o artigo 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescentou que a atividade exercida se qualifica como serviço público, cuja prestação não segue a lógica de monopólio da propriedade intelectual, mas deve atender aos interesses da coletividade relacionados com a adequação dos produtos industriais.

Sustenta a ABNT que é uma associação, produto da organização da sociedade civil, e que, devido às exigências do mercado industrializado, oferece programas de normalização técnica. O Estado apenas os incorporará, quando julgar conveniente, fazendo-o através da edição de regulamentos específicos.

Argumenta que as normas técnicas são voluntárias, que somente ganham juridicidade com a aprovação do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO. Afirma que a compilação dos conhecimentos científicos disponíveis configura obra intelectual, cuja exploração depende de autorização do titular, sob pena de enriquecimento sem causa.

Destaca que a remuneração pelo uso do direito autoral garante a cobertura dos custos de elaboração e atualização e não inviabiliza o acesso dos consumidores, dos destinatários às informações técnicas, porquanto elas são publicadas de modo resumido.

Conclui que Target Engenharia e Consultoria Ltda. mencionaria indevidamente nos seus produtos o nome empresarial e a marca da ABNT, confundindo o consumidor e associando-a a eventuais infrações de ordem econômica.

Target Engenharia e Consultoria Ltda. respondeu ao recurso (fls. 1.099/1.149). Alega que a ABNT foi qualificada expressamente pela Lei nº 4.150/1962 como órgão de utilidade pública, pertence ao Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial e participa de um serviço de natureza pública, que envolve saúde, segurança, meio ambiente.

Esclarece que as normas por ela editadas integram os regulamentos do Poder Executivo e não estão sob o alcance dos direitos autorais, seja porque a Lei nº 9.610/1998 as exclui expressamente do regime, mediante a descrição de termo equivalente - procedimentos normativos -, seja porque não ostentam os atributos da originalidade, individualidade e criatividade. Nem sob a ótica das obras coletivas se formaria uma propriedade intelectual.

Explica que a comercialização livre assegura o direito à informação, o uso do nome e da marca da ABNT nos produtos ocorreria a título de certificação, a associação recebe dotações orçamentárias suficientes para a manutenção institucional e o monitoramento dos usuários garantiria a credibilidade da aplicação prática das normas.

Requer a condenação da entidade por litigância de má-fé, uma vez que considerou obrigatórias as normas técnicas e, paradoxalmente, lhes negou a condição de procedimentos normativos.

A União também apelou (fls. 1.193/1.217). Suscita preliminar de ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que a normalização constitui atribuição do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, classificado como autarquia federal, com patrimônio próprio.

No mérito, entende que as normas da ABNT são, a princípio, voluntárias, pois a conquista de juridicidade depende de aprovação do CONMETRO e do INMETRO, que, na seqüência, as divulgarão no mercado, tornando-as acessíveis a qualquer pessoa.

Afirma que, enquanto a medida não ocorre, elas representam o produto dos estudos de especialistas, compilado pela associação e pertencente ao regime da propriedade intelectual, de acordo com a experiência internacional.

Pede o reconhecimento da isenção ao pagamento de custas processuais e a redução dos honorários de advogado, determinada pela sucumbência parcial da autora e pelo fundamento da equidade.

Target Engenharia e Consultoria Ltda. ofereceu contrarrazões (fls. 1272/1.290), nas quais

defende a manutenção da União no pólo passivo da ação, devido à presença notória de interesse público, ao enquadramento da ABTN como órgão de utilidade pública e como Foro Nacional de Normalização, à absorção das normas técnicas por regulamentos do Poder Executivo Federal e à necessidade de fiscalização de tão delicada atividade.

Finaliza com o argumento de que a isenção não exime a União de reembolsar o valor das custas processuais e o arbitramento dos honorários de advogado obedeceu aos critérios do artigo 20, § 3º e § 4º, do Código de Processo Civil.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Aplico a remessa oficial. Sem critérios de quantificação da obrigação de não fazer, deve ocorrer a revisão da sentença, para que posteriormente a Fazenda Pública não se surpreenda com execuções excessivas (STJ, Resp 1271992, Relator Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ 15/09/2011).

A preliminar de ilegitimidade passiva não se justifica.

A ABNT exige direitos autorais no contexto de serviço público federal, especificamente a metrologia, a normalização e a qualidade industrial. A tolerância dos órgãos e entidades do SINMETRO indica que a cobrança é admitida normativa e administrativamente, tanto que o artigo 5º da Lei nº 4.150/1962 qualifica a associação como órgão de utilidade pública.

A qualificação legal e a Resolução nº 07/1992 do CONMETRO que considera a ABNT como Foro de Normalização do país certamente influenciam a exigência de remuneração pelo uso das normas técnicas.

A União responde por ambas as medidas, seja porque uma lei federal contextualizou a organização privada num serviço público - o que tornou controversa a natureza jurídica -, seja porque aquela resolução foi editada por um órgão público federal, sem personalidade jurídica.

A eventual procedência do pedido a obrigará a rever o posicionamento administrativo da ABNT, repercutindo diretamente na relação jurídica mantida com Target Engenharia e Consultoria Ltda.

A resolução do conflito de interesses não é definida pela natureza da atividade da Associação Brasileira de Normas Técnicas: a impossibilidade de assimilação das normas técnicas aos direitos autorais decorre das próprias restrições da Lei nº 9.610/1998.

A metrologia, a normalização e a qualidade industrial caracterizam uma função tipicamente estatal, destinada a padronizar, uniformizar tecnicamente o oferecimento de insumos, produtos e serviços à coletividade, adotando como fundamentos a segurança, a proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal, a regularidade do comércio e o meio ambiente (artigos 1º e 3º, IV, da Lei nº 9.933/1999).

A regulação incide diretamente sobre a livre iniciativa, a liberdade econômica e é operacionalizada pelo exercício do poder de polícia.

A Lei nº 5.966/1973, ao instituir o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, prevê o exercício de competência normativa e executiva: a primeira é desempenhada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, ao passo que a segunda o é pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

O principal instrumento de emanção de regras de conduta corresponde aos regulamentos técnicos, cuja fixação compete exclusivamente aos órgãos e entidades da Administração Pública. Devido à indelegabilidade do poder normativo (artigo 4º, III, da Lei nº 11.079/2004), não existe a possibilidade de organizações privadas participarem do disciplinamento da produção e da comercialização industrial.

A ABNT representa uma associação, constituída estrategicamente para que a sociedade civil influencie mais diretamente na elaboração de normas de adequação de bens industriais. Trata-se de um papel colaborador, que objetiva agregar, sistematizar conhecimentos técnicos difundidos no mercado.

Naturalmente, por não integrar a estrutura político-administrativa do Estado, não poderia a instituição exercer uma atribuição soberana, com conotação coercitiva. A Lei nº 5.966/1973, no artigo 3º, “c”, absorve a função cooperativa das organizações da sociedade civil, tanto que pôs como projeto estimular a normalização voluntária no país.

Nada impede que o auxílio das associações se transforme e seja incorporado pelo ordenamento jurídico. Se uma demanda de norma técnica transcender o âmbito privado e condicionar os interesses da coletividade, o Estado, por intermédio dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, poderá absorver o resultado de estudos técnicos já organizados pela ABNT.

A normalização voluntária chega ao status de regulamento técnico, vinculando os agentes econômicos e penalizando-os em caso de inobservância.

A Lei nº 9.933/1999 estabelece expressamente que o CONMETRO deverá considerar, quando couber, as normas técnicas aprovadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (artigo 2º, § 2º). A simples colocação no mercado não confere à compilação a qualidade de regulamento técnico; ela apenas a conquistará, quando o Estado, diante de uma tensão social aprofundada, a reputar adequada como mecanismo de solução.

O Código de Defesa do Consumidor (artigo 39, VIII), a Lei nº 8.666/1993 (artigo 6º, X) e a Lei nº 10.098/2000 (artigo 5º) retratam esse ganho de juridicidade.

A própria lei que qualificou a ABNT como órgão de utilidade pública revela a potencialidade jurídica das normas técnicas: ao torná-las obrigatórias na contratação de serviços e obras pelas repartições públicas federais, admitiu anteriormente que elas estavam destituídas do poder de vinculação e sanção (artigo 1º da Lei nº 4.150/1962).

Portanto, a incompatibilidade das normas com os direitos autorais não é definida pela natureza da atividade da ABNT, que simplesmente recebeu uma qualificação especial da lei, sem que isso lhe traga um espaço na estrutura político-administrativa do Estado ou confira às determinações fixadas a posição de regras jurídicas, atos oficiais.

O direito de Target Engenharia e Consultoria Ltda. provém das próprias restrições previstas pela Lei nº 9.610/1998 à propriedade intelectual.

O procedimento de elaboração das normas técnicas no âmbito da ABNT é marcado pela participação de especialistas da área abrangida, que utilizarão os conhecimentos técnicos disponíveis no mercado para responder à demanda de normalização voluntária.

Rigorosamente não existe criação do espírito, manifestação da individualidade intelectual; os participantes se restringem a captar informações técnicas já propagadas, com estabilidade suficiente para consubstanciar um guia de adequação de insumos, produtos ou serviços.

Os atributos da criatividade, originalidade (Direito Civil, Sílvia de Salvo Venosa, Direitos Reais, Atlas, 3º edição, página 586) não estão presentes, porquanto a sistematização contempla

somente dados tecnológicos enraizados, construídos durante o desenvolvimento da economia e possivelmente alcançados por patentes ou desenhos industriais.

A Lei nº 9.610/1998, no domínio das ciências, preserva como direito autoral apenas a forma literária ou artística. O conhecimento tecnológico é explicitamente excluído, sem prejuízo da aplicação do regime industrial de tutela (artigo 7º, § 3º).

A ABNT poderia no máximo requerer a proteção do trabalho de compilação (artigo 7º, XIII). O conteúdo científico, as normas técnicas são invulneráveis.

Ainda que se cogitasse de propriedade intelectual, a associação não poderia se apropriar dos direitos correspondentes.

Além da inexistência de contrato que a credenciasse como organizadora, muitos dos participantes do procedimento não são associados; pertencem a segmentos diversos da sociedade civil e não consentiram em que os respectivos interesses fossem representados por uma organização coletiva (artigo 17 da Lei nº 9.610/1998).

Assim, o uso das normas técnicas não pode ser negado aos agentes econômicos que se proponham à fabricação e à comercialização industrial.

A menção do nome e da marca da ABNT nos produtos da Target Engenharia e Consultoria Ltda. não condiciona o êxito da pretensão formulada. Se houver abuso no exercício da concorrência, caberá à associação pedir o ressarcimento.

Não é possível o reconhecimento de direito autoral, só porque as normas técnicas vêm associadas à identificação do compilador. Compete ao titular da marca de certificação exigir a correspondente remuneração.

Da mesma forma, a liberdade de acesso às informações não traz prejuízos à ordem econômica ou ao consumidor. A União, motivada pelas vantagens da medida, estimula expressamente a normalização voluntária do país (artigo 3º, c, da Lei nº 5.966/1973). Depois que se expedirem os regulamentos técnicos de incorporação, os órgãos e as entidades do SINMETRO fiscalizarão o cumprimento das obrigações de ordem operacional.

Com a procedência do pedido, resta examinar os demais aspectos da sentença.

A distribuição dos ônus de sucumbência seguiu a legislação.

A isenção de custas judiciais não é tão radical a ponto de exonerar a Fazenda Pública do dever de reembolso. O vencedor da demanda tem o direito de repetir os valores gastos com a ativação do poder jurisdicional:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELA UNIÃO NA JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO DE CUSTAS EFETIVAMENTE ESTATAIS. ISENÇÃO. PRECEDENTES SUBMETIDOS AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. Quanto às custas efetivamente estatais, goza a Fazenda Pública Federal de isenção, devendo apenas, quando vencida, ressarcir as despesas que tiverem sido antecipadas pelo particular.
 2. Ainda que se trate de execução fiscal promovida pela União perante a Justiça Estadual, subsiste a isenção referente às custas processuais e emolumentos.
 3. A isenção do pagamento de custas e emolumentos e a postergação do custeio das despesas processuais (artigos 39 da Lei 6.830/80 e 27 do CPC), privilégios de que goza a Fazenda Pública, não dispensam o pagamento antecipado das despesas com o transporte dos oficiais de justiça ou peritos judiciais, ainda que para cumprimento de diligências em execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal.
 4. Matérias julgadas sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.
 5. Recurso especial provido.
- (STJ, Resp 1267201, Relator Castro Meira, Segunda Turma, DJ 03/11/2011).

A condenação da União ao pagamento de verba honorária de 5% do valor da causa - R\$ 20.000,00 - não contradiz os critérios do artigo 20, § 3º e § 4º, do CPC, especialmente o fundamento da equidade.

Para um processo iniciado em 2006, de alta complexidade, que demandou intervenções constantes dos advogados, a quantia de R\$ 1.000,00 se revela até insuficiente, o que inviabiliza qualquer redução.

O pedido de punição da ABNT por litigância de má-fé é inviável.

A associação não extravasou os limites do direito de defesa; o fato de considerar obrigatórias as normas técnicas e, simultaneamente, recusar-lhes a condição de procedimentos normativos não significa abuso de qualquer natureza. Aliás, a alegação é até coerente para quem defende a força moral do preceito, enquanto ele não ganha positividade no ordenamento jurídico.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e às apelações.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW: Penso que a questão a ser dirimida consiste na proteção ou não dos alegados direitos autorais da ABNT quanto às normas que elabora. Por outro lado, exatamente em decorrência do seu caráter normativo, a Target sustenta que a matéria escapa da proteção no âmbito dos direitos autorais. Trata-se de confrontar o art. 7º, XIII, com o art. 8º, I, ambos da Lei nº 9.610/98, *verbis*:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

(...)

XIII - as *coletâneas ou compilações*, antologias, enciclopédias, dicionários, *bases de dados* e outras obras, que, *por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual*.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

(...)

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as *idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais*;

II - os *esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios*;

(...)

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Não há dúvida de que a elaboração de normas técnicas demanda esforço intelectual criativo, residindo aí o respectivo interesse. Não faz sentido normatizar ou normalizar atividade

já consagrada pelo uso desprovido de técnica. Ao contrário, o interesse consiste em converter conhecimento científico em técnica passível de ser empregada mediante a observância das normas correspondentes.

O conhecimento científico ou técnico, enquanto tais, não estão abrangidos pela proteção do direito autoral, o que de certo modo conspiraria contra sua universalidade (Lei nº 9.610/98, art. 8º, § 3º). De modo mais limitado, a lei protege a propriedade imaterial dos “demais campos”, apontando para a “forma literária ou artística”.

No que se refere às normas daí derivadas (da ciência e da técnica), não podem ser afastadas do domínio da técnica propriamente dita: seria difícil imaginar uma técnica que não fosse “normativa”. É o seu conteúdo, menos que seu caráter normativo, que distingue as normas técnicas. E, quanto ao conteúdo, cumpre lembrar o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 9.610/98.

Essas observações indicam que a matéria não é regulada pelo inciso XIII do art. 7º da Lei nº 9.619/98. Com efeito, esse dispositivo cuida de “coletâneas ou compilações”, “base de dados” e outras obras que, “por sua seleção, organização ou disposição de conteúdo, constituam uma criação intelectual”. Normas técnicas não consistem em mera agregação de elementos dispersos para que, desse modo, ganhem um sentido específico. Ao contrário, são formadas mediante o emprego do conhecimento científico pelo qual a técnica é regulada. Em seu momento de criatividade, o pensamento não pode ser equiparado às formas literárias, mas à descoberta científica ou invenção técnica, cuja proteção não está claramente incluída nessa norma legal, sem prejuízo dos direitos assegurados pela propriedade intelectual devidamente registrada.

Parece natural, então, incluir as normas técnicas dentre as “ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos” ou também em “esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais”, vale dizer, as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 8º da Lei nº 9.619/98. Não há nenhuma dificuldade de perceber que as normas técnicas, qualquer que seja sua nota distintiva dentre as demais normas, encerra “procedimentos normativos”, orientando a ação daquele que pretende usufruir dos benefícios do conhecimento científico.

Ante o exposto, ACOMPANHO o Relator.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
00 01025-88.2013.4.03.6138
(2013.61.38.001025-9)

Apelante: ERIK MAKOTO KAZIHARA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BARRETOS/SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AC 1899615
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. ARTIGO 12, INCISO I, ALÍNEA “C” DA CF. PEDIDO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. DESNECESSIDADE.

Na forma do artigo 12, I, “c” da CF, o menor nascido no estrangeiro, de filiação brasileira, antes de completada a maioridade, que tenha realizado o registro provisório previsto no artigo 32, §2º, da Lei dos Registros Públicos e que venha a residir no Brasil é considerado para todos os efeitos, brasileiro nato.

Uma vez atingida a maioridade, a pessoa passa a ser brasileiro sob condição suspensiva, até que opte pela nacionalidade brasileira, a qual será homologada pelo juiz desde que preenchidos os requisitos do artigo 12, I, “c” da Constituição Federal.

Infere-se, portanto, que, diferentemente da opção de nacionalidade, o pedido de naturalização, por constituir faculdade exclusiva do Poder Executivo (artigo 111 da Lei nº 6.815/80) é deve ser requerido ao Ministro da Justiça, na forma do artigo 115 e seguintes do mesmo diploma normativo.

Apelação provida para anular a sentença proferida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de março de 2014.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de requerimento formulado por Erik Mokoto Nazihara objetivando o exercício da opção pela nacionalidade brasileira, nos moldes do artigo 12, I, “c”, da Constituição Federal.

Aduz que, conquanto nascido no Japão, é filho de brasileiros, foi registrado em repartição brasileira e fixou residência definitiva no Brasil, motivo pelo qual pretende exercer a prerrogativa constitucional de optar pela nacionalidade brasileira.

A sentença monocrática julgou extinto o feito sem resolução de mérito, posto que o autor não postulou a opção em âmbito administrativo.

Inconformado, recorre o autor, sob a alegação de que cabe à Justiça Federal apreciar e julgar o pedido, *ex vi* do artigo 109, X da CF, à múnua de opção pela via administrativa.

O Ministério Público Federal opina pela anulação *ex officio* da sentença, a fim de que se oportunize ao autor o aditamento da petição inicial.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Tenho que assiste razão ao autor.

O art. 12, I, “c”, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/94, assim dispõe:

Art. 12. São brasileiros:

I - Natos:

...

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Assim, a Constituição Federal confere a nacionalidade brasileira aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que por ela optem, em qualquer tempo, e tenham residência no Brasil.

Entendeu o d. magistrado *a quo* que tal pedido deve ser precedido de requerimento administrativo prévio.

Ocorre que não há previsão para tal providência. Como já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal no RE 415.957/RS, “(...) há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.”

Confira-se, a propósito a ementa desse julgado, *verbis*:

EMENTA: Opção de nacionalidade brasileira (CF art. 12, I, c): menor residente no País, nascido no estrangeiro e filho de mãe brasileira, eu não estava a serviço do Brasil: viabilidade do registro provisório (L. Reg. Públicos, art. 32, § 2º), não o da opção definitiva.

A partir da maioridade, que a torna possível a nacionalidade do filho brasileiro, nascido no estrangeiro, mas residente no País, fica sujeita à condição suspensiva da homologação judicial da opção.

Esse condicionamento suspensivo, só vigora a partir da maioridade; antes, desde que residente no País, o menor - mediante o registro provisório previsto no art. 32, § 2º, da Lei dos Registros Públicos - se considera brasileiro nato, para todos os efeitos.

Precedentes (RE 418.096, 2ª T., 23.2.05, Velloso; AC 70-QO, Plenário, 25.9.03, Pertence, DJ 12.3.04).

(RE 415.957-1/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 16.09.2005)

Aliás, é o quanto prescreve o artigo 3º da Lei nº 818, de 18.09.1949:

Art. 3º. A opção, a que se referem os arts. 1º, nº II, e 2º, constará do termo assinado pelo optante, ou seu procurador, no Registro Civil de nascimento. (Redação dada pela Lei nº 5.145, de 1.966)

§ 1º. A lavratura do termo será requerida ao juízo competente do domicílio do optante, mediante petição instruída com documento comprobatório da nacionalidade brasileira de um dos pais do optante, na data de seu nascimento. (Incluído pela Lei nº 5.145, de 1966)

§ 2º. Ouvido o representante do Ministério Público Federal no prazo de cinco dias, decidirá o juiz, em igual prazo, e recorrerá de ofício, na hipótese de autorizar a lavratura do termo. (Incluído pela Lei nº 5.145, de 1966).

Com efeito, de acordo com a Constituição Federal, o menor nascido no estrangeiro, de filiação brasileira, antes de completada a maioridade, que tenha realizado o registro provisório previsto no artigo 32, § 2º, da Lei dos Registros Públicos e que venha a residir no Brasil é considerado para todos os efeitos, brasileiro nato.

Uma vez atingida a maioridade, a pessoa passa a ser brasileiro sob condição suspensiva, até que opte pela nacionalidade brasileira, a qual será homologada pelo juiz desde que preenchidos os requisitos do artigo 12, I, “c” da Constituição Federal.

Infere-se, portanto, que, diferentemente da opção de nacionalidade, o pedido de naturalização, por constituir faculdade exclusiva do Poder Executivo (artigo 111 da Lei nº 6.815/80) é deve ser requerido ao Ministro da Justiça, na forma do artigo 115 e seguintes do mesmo diploma normativo.

Por estes fundamentos, dou provimento à apelação para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja facultado ao apelante complementar a documentação apresentada, nos termos do artigo 284 do CPC.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA**0004038-45.2014.4.03.0000****(2014.03.00.004038-9)**

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS

Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, COMUNIDADE INDÍGENA CURRAL DE ARAME E OUTROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE

Classe do Processo: SuExSe 2984

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2014

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar ratificada em sentença prolatada em ação de manutenção cumulada com reintegração de posse.

No Juízo de origem, ainda no início do processo acima citado, após a oitiva da União e da FUNAI, ora requerente, foi concedida medida liminar.

Irresignados com esta primeira providência cautelar, a União, a FUNAI e o MPF inter-puseram dois agravos de instrumento, ainda no ano de 2.009.

Não obtiveram êxito, até então.

A ação originária tramitou até a sentença, prolatada em julho de 2.012 (fls. 73).

Segundo a ora requerente, a comunidade indígena afetada pela discussão judicial é composta por, aproximadamente, 60 pessoas, divididas em 15 famílias (fls. 6).

Em 2.009, por força da medida liminar inicial, o grupo indígena deixou a fazenda objeto da ação e foi viver, em precário acampamento, na margem de rodovia, com exposição a risco fatal - integrantes da comunidade foram, depois, vitimados por atropelamento.

Em meados de 2.013, após incêndio no acampamento, a comunidade resolveu voltar para a área em conflito.

“E mais, cumpre à Requerente antecipar que a execução da sentença de reintegração de posse será objeto de resistência por parte dos indígenas. Há a clara disposição da comunidade indígena de resistir a desocupação, inclusive, com apoio de efetivos que estão se deslocando em massa de outras tribos. Neste sentido, cumpre à Requerente fazer constar que, conforme noticiado pela imprensa local, um grande contingente de indígenas está chegando à área para engrossar as fileiras da resistência” - diz a petição inicial deste pedido de suspensão (fls. 8).

A propriedade controversa está inserida em área de pesquisa e estudo antropológico, segundo duas Portarias da própria Requerente - nº 791, de 10 de julho de 2.008, e 1.567, de 7 de dezembro de 2.012 (fls. 54).

É uma síntese do necessário.

A intervenção da Presidência dos Tribunais, no âmbito dos pedidos de suspensão de medida liminar ou de tutela antecipada, está vinculada a regime jurídico de direito estrito: “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” (artigo 4º, “caput”, da LF nº 8.437/92, c/c artigo 1º, “caput”, da LF nº 9.494/97).

No caso concreto, consideradas a realidade da região em conflito - não apenas a pro-

priedade em discussão - e a prova dos autos, constata-se que a comunidade indígena agora analisada *não é antropológicamente isolada* (artigo 2º, inciso II, letra “d”, do Decreto nº 7.778/12), *nem numerosa*.

Em síntese, é passível de *deslocamento protetivo*, de caráter precário. Cabia à FUNAI - e à União -, como ainda cabe, adotar todas as medidas de salvaguarda, para o empenho do cuidado *legal e institucionalmente* devido a população destinatária de especial proteção constitucional.

Quando o Poder Judiciário deferiu a medida liminar, em 2.009, a permissão - por ação ou omissão, pouco importa - para a instalação das famílias, na perigosa margem de rodovia, configurou *grave e intolerável* responsabilidade dos órgãos públicos integrantes do Poder Executivo.

A manutenção da pequena população indígena em estado de *absoluta vulnerabilidade* - falta de água, exposição a atropelamentos, moradia indigna, ausência de estrutura mínima de segurança coletiva (incêndio) - constituiu causa bastante e eficiente para o retorno ao ponto zero da discussão: nova invasão da propriedade.

Sem qualquer proveito, para quaisquer das partes. À comunidade indígena, depois da concessão inicial da medida liminar, os órgãos públicos nem proveram, de modo satisfatório, a assistência básica, de subsistência, nem finalizaram o procedimento administrativo de verificação da destinação da terra, corridos *vários anos*.

Na propriedade rural, os índios estão, *de novo*, submetidos às mesmas *condições de indignidade e incerteza*.

Cumprir repetir: cabe aos órgãos públicos a exata execução de suas finalidades institucionais, no sentido de providenciar moradia digna e assistência básica aos índios, enquanto *não* cumprem outra tarefa legal *elementar*: finalizar o procedimento administrativo de verificação da destinação da terra.

O argumento não é novo. A própria FUNAI noticia que chegou a buscar a via judicial: “obteve liminar para que seus servidores pudessem entrar na área litigiosa para entregar alimentos e prestar atendimento à saúde aos indígenas” (fls. 5).

É certo que, se afirmado o conceito normativo da tradicionalidade, a posição jurídica da comunidade indígena ganhará outro estatuto.

Neste contexto, por ora, diante do pequeno número de famílias e do grau de assimilação ao contexto sócio-cultural vigente - não se trata de comunidade indígena antropológicamente isolada, repita-se -, cabe aos órgãos públicos a adoção das providências *mínimas* de cuidado.

A nova invasão da propriedade, após a manutenção das famílias em *absoluta condição de vulnerabilidade*, e a formulação deste pedido excepcional de suspensão não dispensam os órgãos públicos de suas altas responsabilidades: não autorizam a manutenção da comunidade indígena em *condições desumanas de sobrevivência* ou justificam a *longa* indefinição do procedimento administrativo de verificação da destinação da terra.

Em síntese, da medida liminar inicial até aqui, nada foi alterado para a comunidade indígena. Vida em condições desumanas - pouco importa se na margem da rodovia ou nos desvãos da propriedade rural.

A lei pretende algo diverso. Durante o período de discussão administrativa e judicial, os índios têm o direito à subsistência, em condições dignas - não apenas, mas também para que não sejam levados a protagonizar desesperados atos de confrontação *processualmente inúteis*.

O Estado Brasileiro tem estrutura orgânica protetiva para comunidades carentes - indígenas ou não.

Além desta questão, duas outras impedem o atendimento ao pedido da FUNAI. A matéria está submetida às chamadas vias ordinárias. O Supremo Tribunal Federal impôs veto ao discurso processual da grave ameaça ou da violência.

Diz a petição inicial deste pedido de suspensão: “E mais, cumpre à Requerente antecipar que a execução da sentença de reintegração de posse será objeto de resistência por parte dos indígenas. Há a clara disposição da comunidade indígena de resistir a desocupação, inclusive, com apoio de efetivos que estão se deslocando em massa de outras tribos. Neste sentido, cumpre à Requerente fazer constar que, conforme noticiado pela imprensa local, um grande contingente de indígenas está chegando à área para engrossar as fileiras da resistência” (fls. 8).

O Supremo Tribunal Federal rejeita a concessão de estatuto jurídico a este discurso processual. Nos conflitos fundiários, por longo tempo, o Poder Judiciário deu guarida - direta ou indiretamente, por ação ou omissão, de modo consciente ou não - à tática da confrontação.

Todos os grupos envolvidos nesta questão complexa - fazendeiros, colonizadores, grileiros, comunidades indígenas, empresas nacionais ou estrangeiras e entidades religiosas ou governamentais, entre outros - foram expostos ao inaceitável expediente.

O conflito que já era grave e de difícil solução tornou-se, então, refém de um mal ainda maior: o recurso sistemático ao discurso e à prática da violência.

Não foi difícil constatar que a deserção ao dever de manutenção da paz pública vitimou a todos, mas especialmente os grupos mais vulneráveis - indígenas, religiosos, famílias colonizadoras instaladas nos extremos territoriais da Nação, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal interditou a tática. A discussão do grave conflito não pode ser feita com a ameaça retórica do recurso à violência, *seja qual for o interesse contrariado e o seu titular.*

Nas hipóteses de potencial ou real conflito, as forças estatais de manutenção da paz pública devem ser empregadas. Confira-se:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA OPERAÇÃO DE RETIRADA DOS POSSEIROS. AMEAÇA DE CONFLITO ARMADO ENTRE ELES E OS ÍNDIOS.

(...)

3. A ameaça de conflito entre as partes interessadas diz respeito à segurança pública, matéria que se constitui em “dever do Estado”, a ser exercido pelos órgãos próprios “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art. 144 da Carta Magna).

4. Medida cautelar deferida até o julgamento de mérito da controvérsia, em qualquer das ações principais.

(AC 2009 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-01 PP-00039)

Na AC 2014 MC, Relator o Ministro Carlos Brito, o Tribunal Pleno do STF, além de ratificar a vedação acima transcrita, consignou que os aspectos técnicos da lide - inclusive o reconhecimento da tradicionalidade - devem ser discutidos na via ordinária - o que já ocorre no presente caso.

Destacou, no precedente acima, o Relator:

Inicialmente, relembro que, no julgamento do MS 25.483, esta egrégia Corte assentou o seguinte:

“[...]

A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conhecido, no ponto.

Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (*caput* do artigo 231 da Constituição Federal). Onde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa.

[...]”

8. Ora bem, por essa transcrição percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, na esteira do art. 231 da Carta Magna, apenas reconheceu a competência do Presidente da República para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. No mais, franqueou as vias ordinárias para discussão das variadas questões - técnicas e fáticas - levantadas pelos interessados, salvo se envolvidas questões federativas.

Por estes fundamentos, *indefiro* o pedido de suspensão da medida liminar.

Publique-se.

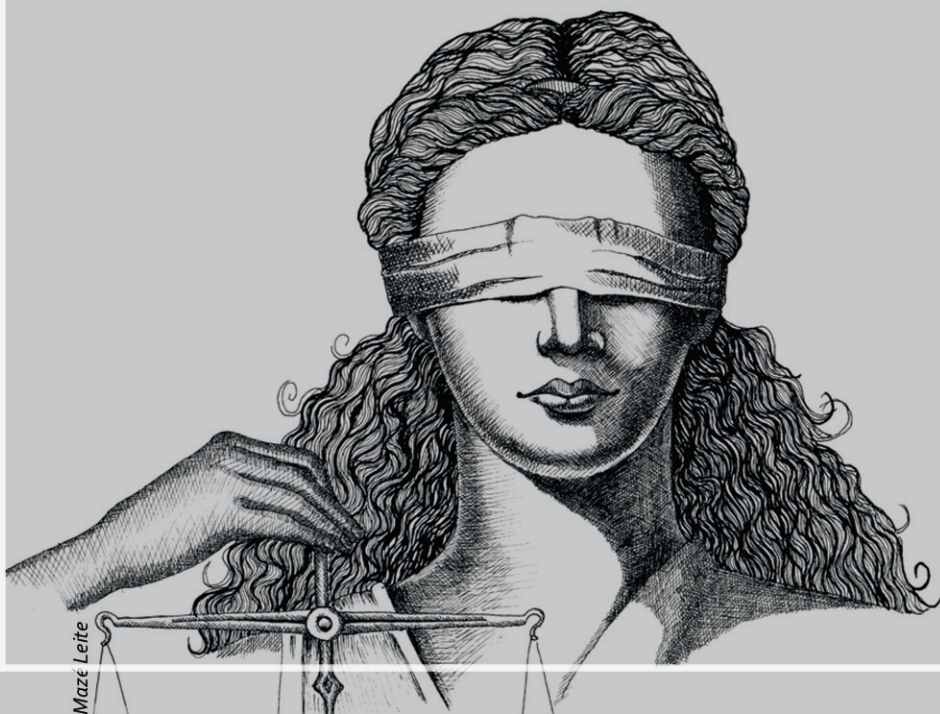
Intimem-se.

Comunique-se.

São Paulo, 02 de abril de 2014.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0006455-20.2009.4.03.6119
(2009.61.19.006455-2)

Apelante: PAULO SÉRGIO DE NASCIMENTO
Codinome: MOHAMMAD KHALED ALI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: ACr 49440
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2014

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ABANDONO DO PROCESSO. MULTA. ART. 265, CPP. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. RESULTADO DANOSO. CRIME IMPOSSÍVEL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVANTE DO ART. 61, II, *b*, DO CÓDIGO PENAL. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. CONTINUIDADE DELITIVA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. APELO DESPROVIDO.

1. Configura abandono de causa punível com multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos a hipótese de o advogado que, intimado para praticar qualquer ato do processo, deixa injustificadamente de fazê-lo, nos termos do *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal (TRF da 3ª Região, MS nº 2013.03.00.000418-6, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 20.06.13; ACR nº 2005.61.81.004374-8, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 29.05.12 e ACR nº 2003.61.81.009574-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaferia, j. 10.04.12).

2. Autoria e materialidade delitivas comprovadas.

3. Não se pode qualificar de grosseira a falsificação que para ser apurada exige a utilização de procedimentos e instrumentos específicos.

4. A consumação do delito independe de resultado danoso.

5. Para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime.

6. A sentença condenatória com trânsito em julgado pode servir como mau antecedente na hipótese de restar destituída de eficácia para ensejar a reincidência em virtude de ter decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal. Precedentes (STF, 2ª Turma, *Habeas Corpus* nº 98803, Relatora Ministra Ellen Gracie, unânime, j. 18.08.09 e STJ, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 133858, Ministro Relator Félix Fischer, unânime, j. 19.08.09).

7. Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC nº 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC nº 151745, Rel. Min. Félix Fischer, j. 16.03.10; HC nº 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC nº 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC nº 154617,

Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC nº 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). 8. A circunstância agravante prevista no art. 61, II, *b*, do Código Penal, que é relativa aos motivos determinantes do crime, prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal.

9. O crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, ocorre “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

10. O regime inicial de cumprimento de pena resulta, além do quantum aplicado, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Assim, “não obstante a pena fixada a pena fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime semiaberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso” (STF, HC nº 117676, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.13).

11. Apelação desprovida. Erro de cálculo da multa retificado de ofício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de abril de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de apelação interposta por Paulo Sérgio de Nascimento contra a sentença que o condenou às penas de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do delito do art. 297, *caput*, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal (fls. 558/561v.).

Apela a defesa com os seguintes argumentos:

a) preliminarmente, deve aplicada a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, tendo em vista o abandono da causa pelos patronos do apelante, no momento processual de apresentação das razões de recurso em segunda instância;

b) o recorrente não apresentou espontaneamente o documento falso, mas somente quando solicitado pelas autoridades policiais;

c) deve o apelante ser absolvido, pois a conduta é atípica, tendo em vista que a falsidade era grosseira, sem potencialidade lesiva;

d) o crime é impossível, por absoluta inidoneidade do meio empregado, considerando que o apelante, ainda que pretendesse, não lograria êxito em praticar a conduta delitiva;

e) subsidiariamente, deve a pena-base ser reduzida ao mínimo legal ou “em patamares aceitáveis de acordo com a jurisprudência dominante”;

f) deve ser afastada a incidência da agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal, tendo em vista que “não há nada nos autos que sequer se presuma que o recorrente iria praticar estelionato”;

g) deve ser aplicada a circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, *d*, CP) no máximo legal, tendo em vista o princípio da individualização da pena;

h) ao considerar os motivos do crime para aumentar a pena-base e, novamente, como agravante na segunda fase da dosimetria, o Magistrado *a quo* incorreu em *bis in idem*, devendo ser afastado o aumento da pena em 1/12 (um doze avos);

i) deve ser afastada a causa de aumento de pena relativa à continuidade delitiva, uma vez que o acusado utilizou os documentos falsos apenas quando provocado pelas autoridades policiais;

j) deve ser fixado o regime semiaberto para cumprimento de pena, considerando que o apelante não é reincidente e a pena aplicada é superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) (fls. 693/717).

A acusação ofereceu contrarrazões (fls. 724/731).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Eugênia Augusta Gonzaga, manifestou-se no sentido parcial provimento do recurso, tão somente para que seja aplicada a sanção do art. 265 do Código de Processo Penal aos patronos do apelante (fls. 733/740).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Imputação*. Paulo Sérgio Nascimento ou Mohamad Khaled Ali foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 297, c. c. os arts. 71, 29 e 61, II, *b*, todos do Código Penal, nos seguintes termos:

Consta dos autos que, em data anterior a 20 de maio de 2009, o denunciado concorreu para a falsificação de documentos públicos, consistentes em registros nacionais de estrangeiros e carteiras de habilitação, em nome de terceiros, ao encomendá-los e fornecer a sua fotografia para o procedimento de falsificação.

Por volta das 12h45 de 20/05/2009, na Estrada do Jardim Repouso, altura do numeral 163, Guarulhos/SP, a PM realizava fiscalização de rotina, quando por ali passou um veículo do tipo Chrysler Neon LE, placa CMJ 6660, deslocando-se em velocidade acima do normal.

Os policiais militares determinaram a parada do veículo, tendo o Cabo CELSO MARQUES ANGELO solicitado ao denunciado a apresentação de seus documentos pessoais, bem como da documentação do veículo.

O denunciado apresentou, então, dois documentos pessoais do tipo RNE de nº Y132878-I e Y621457-C em nome de Mohamed Hussain Mourad e Yasser Ahmed Eladaway respectivamente, ambos contendo a sua fotografia. Foram encontrados ainda diversos cartões de crédito em nome de tais pessoas, tendo o denunciado confessado que tais documentos eram falsos e que os utilizava com a finalidade de efetuar compras no Paraguai.

Ato contínuo, prosseguiu-se a averiguação no interior do veículo, onde foi encontrada uma pasta de couro que continha vários documentos, a saber:

Passaportes:

Nº CV 313075, brasileiro, em nome de Paulo Sérgio Nascimento.

Nº 1890966, libanês, em nome de Mohamad Khaled Ali.

Cédula de Identidade (RG):

Nº 38.553.317-2 SSP-SP, em nome de Paulo Sérgio Nascimento.

Cadastro de Pessoa Física (CPF):

Nº 232.617.528-07, em nome de Mohamed Hussain Mourad.

Registro Nacional de Estrangeiro (RNE):

Nº Y265221-6, em nome de Mohamade Said Omar.

Nº Y304816-U, em nome de Carolina Figueiro Fernandez.

Carteira Nacional de Habilitação:

Nº 02576542823, em nome de Robert Adrian Roch.

Nº 02776542821, em nome de Ernesto Lima de Moraes.

Protocolo:

Pedido de permanência por cônjuge brasileira em nome de Mohamad Khaled Ali, sob o nº 08505.011319/20002-13.

Cartões de crédito:

Nº 4057790407585017 Bandeira Visa/Unibanco, em nome de Mohamed Hussein Mourad.

Nº 6036890000702668030 Bandeira Mastercard/ Caixa, em nome de Yasser Ahmed Eladaway.

Nº 49845380394117192 Bandeira Visa/ Ourocard, em nome de Yasser Ahmed Eladaway.

Certidão de nascimento xerocopiada em nome de Paulo Sérgio Nascimento.

Treze folhas de cheque preenchidas de vários bancos e valores.

Várias notas fiscais emitidas em datas recentes.

Várias fotografias.

Posteriormente, o denunciado foi conduzido à Delegacia de Polícia Federal, onde foi constatado que a *maioria dos documentos* do tipo RNE, carteira de habilitação e passaportes *eram falsos*, razão pela qual foi-lhe dada voz de prisão em flagrante delito.

Dessume-se da narrativa acima que o denunciado resta incurso no art. 297, c/c o art. 71 e arts. 29 e 61, II, “b”, todos do Código Penal, tendo em vista que o mesmo incorreu para a falsificação dos RNE’s Y265221-6, em nome de MOHAMEDE SAID OMAR, Y132878-I, em nome de MOHAMED HUSSAIN MOURAD, e Y621457-C, em nome de YASSER AHMED ELADAWY; e das carteiras de habilitação emitidas em nome de ERNESTO LIMA DE MORAIS, GABRIEL ANTUNES DUARTE e ROBERT ADRIAN ROCH, encomendando a emissão dos mesmos e fornecendo a sua fotografia, tudo com o fim de cometer reiteradamente delitos de estelionato. Ante o exposto, o Ministério Público Federal denuncia PAULO SÉRGIO NASCIMENTO ou MOHAMMAD KHALED ALI *como incurso nas sanções do artigo 297, c/c o art. 71 e arts. 29 e 61, II, “b”, todos do Código Penal*, requerendo que se instaure o devido processo legal no rito ordinário, a fim de que, julgado, venha a ser condenado pela infração penal que cometeu, ouvindo-se oportunamente as testemunhas abaixo arroladas (fls. 78/81)

Preliminar. Processo penal. Abandono. Aplicação de multa (CPP, art. 265). Configura abandono de causa punível com multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos a hipótese de o advogado que, intimado para praticar qualquer ato do processo, deixa injustificadamente de fazê-lo, nos termos do *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. ABANDONO DE CAUSA. MULTA. ARTIGO 265 CPP. RESPONSABILIDADE PELA ATUAÇÃO EM FEITO QUE TRAMITA EM OUTRO ESTADO. RENÚNCIA INJUSTIFICADA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O abandono da causa previsto no artigo 265 do CPP pode se caracterizar por meio indireto, ou seja, quando o advogado deixa de cumprir atos indispensáveis à sua alçada.
2. Os impetrantes foram intimados para manifestação acerca do artigo 402 do CPP e ficaram-se inertes. Intimados para a apresentação de memoriais, também não se manifestaram. Novamente intimados para apresentarem memoriais, sob pena de aplicação da multa prevista no artigo 265 do CPP, renunciaram ao mandato outorgado pelos réus e requereram a nomeação de defensor público para o oferecimento dos aludidos memoriais.
3. Quando os impetrantes assumiram a defesa dos réus na ação penal nos anos de 2008 e 2009, sabiam que o processo tramitava perante a Subseção Judiciária de São Paulo e mesmo assim se responsabilizaram pela atuação no feito.
4. O juízo de primeiro grau não pode ser onerado com a extração integral de cópias da ação penal, pelo simples fato dos impetrantes residirem em outro Estado.
5. A renúncia ao mandato, além de injustificada, compromete o andamento do feito principal.
6. O magistrado decidiu com acerto ao aplicar a multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal.
7. Segurança denegada.

(TRF da 3ª Região, MS nº 2013.03.00.000418-6, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 20.06.13)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. (...). MULTA POR ABANDONO DO PROCESSO. APELOS DESPROVIDOS. (...)

10. Aplicada ao causídico a pena de 10 (dez) salários mínimos por abandono do processo, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Penal.
11. Apelação da acusação a que se nega provimento, provendo-se parcialmente o recurso da Defensoria Pública da União.

(TRF da 3ª Região, ACR nº 2005.61.81.004374-8, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 29.05.12)

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - (...) - CARACTERIZADO O ABANDONO DE CAUSA, IMPÕE-SE A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 265 DO CPP, EM VALOR COMPATÍVEL COM A IMPORTÂNCIA DO ATO OMITIDO E DA FASE PROCESSUAL EM QUE SE APUROU O ABANDONO.

1. Réu condenado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária. (...)
 5. Por outro lado, comprovado o abandono de causa pelo anterior causídico, impõe-se a aplicação de multa, nos termos do artigo 265 do CPP, em valor que seja compatível com a fase processual e com a importância do ato omitido. Neste caso concreto, tratando-se de alegações finais de defesa, peça de mais alta relevância no processo penal, por ter o condão de definir os rumos do feito e sem a qual não se pode dar cabo do procedimento, gerando mais lentidão no processamento e relativa demora para sua ausência ser devidamente equacionada pelo condutor do processo, a multa deve ser de 50 salários mínimos, vigentes à época do abandono, corrigidos monetariamente. (...).
 7. Preliminar de nulidade acolhida. Aplicação de multa por abandono do processo. Expedição de ofício à Procuradoria da Fazenda Nacional. Exame do mérito recursal prejudicado.
- (TRF da 3ª Região, ACR nº 2003.61.81.009574-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaferia, j. 10.04.12).

Do caso dos autos. A Defensoria Pública da União requer a aplicação da penalidade pre-

vista no art. 265, *caput*, do Código de Processo Penal, considerando que os patronos do apelante abandonaram o processo na fase de apresentação das razões de apelação neste Tribunal.

Aduz que os advogados devidamente constituídos apresentaram todas as peças processuais pertinentes, compareceram na Polícia e em Juízo sempre que intimados e interpuseram apelação, declarando o desejo de arrazoar o recurso em segunda instância. Contudo, mesmo depois de reiteradas intimações para apresentação das razões recursais, não se manifestaram.

Assiste razão à Defensoria Pública da União.

Os patronos do acusado apresentaram petição de interposição de apelação, manifestando o desejo de arrazoar o recurso em segunda instância, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal (fl. 620).

Remetidos os autos a esta Corte, foi determinada a intimação da defesa para apresentação das razões de apelação; o prazo, no entanto, decorreu *in albis* sem manifestação (fls. 673/673v.).

Intimado pessoalmente para constituir novo patrono e cientificado de que, na ausência desta providência, ser-lhe-ia nomeado defensor *ad hoc* (fls. 674, 678/680), o réu também não se manifestou (fl. 681).

Remetidos os autos à Defensoria Pública da União para que nomeasse defensor para a apresentação das razões (fl. 682/683), essa instituição requereu a retificação da autuação do processo, para que constassem os nomes de todos os advogados indicados na procuração de fl. 515 e no substabelecimento de fl. 516, com exceção daqueles que substabeleceram o mandato sem reservas de poderes (fl. 658). Pleiteou, ainda, a intimação de todos os patronos, com advertência do art. 265 do Código de Processo Penal em caso de inércia (fls. 686/687).

O pedido foi deferido, determinando-se a intimação dos causídicos indicados para apresentação das razões recursais, sob pena de aplicação da penalidade prevista no art. 265 do Código de Processo Penal (fl. 689), procedendo-se às anotações na autuação do processo (fl. 689v.).

Certificado o decurso do prazo sem que houvesse manifestação (fl. 690), a Defensoria Pública da União foi intimada para prosseguir na defesa do recorrente (fl. 691) e apresentou as razões de apelação (fls. 693/717).

Anoto que o apelante outorgou procuração para 16 (dezesseis) advogados (fls. 515/516), sendo que apenas 2 (dois) deles substabeleceram seus poderes, sem reservas de iguais, à Dra. Abigail Ribeiro Prado (fl. 658).

Todos eles foram regularmente intimados para a apresentação das razões de recurso, constando do despacho de fl. 689 a advertência de que seria aplicada a penalidade do art. 265 do Código de Processo Civil em caso de inércia. Contudo, os patronos não se manifestaram no prazo legal, fato que configura o abandono do processo, ensejando a aplicação da multa prevista na legislação processual.

Nesse sentido, é o parecer da Procuradoria Regional da República:

Observa-se, portanto, que houve, por parte dos advogados abandono da causa, conforme previsto no artigo 265 do Código de Processo Penal. Os procuradores, devidamente constituídos, deixaram de apresentar as razões ao recurso de apelação interposto, mesmo após terem sido devidamente intimados para a realização do ato.

Ressalte-se que, com a atitude dos patronos, o apelante ficou indefeso na presente ação penal, além de tal fato ter tumultuado o trâmite de um processo em que o réu se encontra preso, o que torna a inércia dos advogados ainda mais grave. Por essas razões, aos advogados deve ser atribuída a multa prevista no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal. (fl. 734)

À míngua de elementos que permitam mensurar a capacidade financeira dos patronos acima referidos, fixo a multa no mínimo legal, ou seja, 10 (dez) salários mínimos, no valor vigente à época do abandono, corrigidos monetariamente, para cada um dos advogados constantes da autuação deste processo.

Materialidade. Está satisfatoriamente demonstrada a materialidade do delito pelos seguintes elementos de prova:

a) auto de apresentação e apreensão de documentos, sendo 3 (três) Cédulas de Identidade de Estrangeiros, 2 (dois) Passaportes, 1 (um) cartão de Cadastro de Pessoa Físicas, 3 (três) Carteiras Nacionais de Habilitação, 1 (uma) Cédula de Identidade, cartões de crédito e folhas de cheque (fls. 21/22);

b) laudo de exame documentoscópico (autenticidade documental), concluindo que as 3 (três) Carteiras Nacionais de Habilitação e as 4 (quatro) Cédulas de Identidades de Estrangeiros apreendidas são materialmente falsas (fls. 239/251);

c) documentos apreendidos (fls. 252/264);

d) ofício nº 5725/2009 do Instituto de Identificação Pedro Mello, do Departamento de Polícia Técnica, da Secretaria de Segurança Pública - Governo do Estado da Bahia, de 14.10.09, informando que não consta cadastro em nome de Paulo Sérgio Nascimento e que não foi localizada ficha de identificação com foto (fls. 201 e 266).

Autoria. Na Polícia, o réu permaneceu em silêncio (fl. 7).

Em Juízo, o acusado declarou que seu verdadeiro nome é Paulo Sérgio Nascimento; nasceu em Salvador (BA), no dia 13.06.71; sua genitora trabalhava em uma residência de família libanesa, no Brasil; quando tinha 4 (quatro) anos, mudou-se com sua genitora e a família libanesa para o Líbano, onde foi registrado pelo chefe da família, Khaled Ali, com nome de Mohamad Khaled Ali; foi registrado com nome da família Ali; para residir no Líbano, era necessário ter registro de cidadão libanês; viveu no Líbano por 22 (vinte e dois) anos, sendo que em 1999 viajou para o Paraguai e retornou ao Brasil no ano 2000; entrou no Brasil pela fronteira com Foz do Iguaçu (PR), utilizando seu passaporte libanês, que é verdadeiro; não tinha documentos brasileiros, somente seu registro de nascimento do Estado da Bahia; na ocasião em que foi residir em São Paulo (SP), solicitou os documentos brasileiros; trabalhava na capital paulista como vendedor ambulante; após, abriu uma empresa de informática, a qual faliu, retornando a exercer a atividade de comerciante; no ano de 2007, viajou ao Líbano a passeio, contudo, devido à guerra em Beirute, teve de permanecer neste País pelo período de 1 (um) ano; nesta viagem, utilizou seu passaporte brasileiro, em nome de Paulo Sérgio Nascimento; corroborou os fatos descritos na denúncia; no dia 20.05.09, quando foi abordado pelas autoridades policiais, apresentou 2 (duas) cédulas de Registro Nacional de Estrangeiro (RNE); confirmou que, na ocasião, disse aos Policiais Militares que portava documento falso para fazer compras no Paraguai; contudo, esclareceu que participou da falsificação dos documentos com o fim de utilizá-los em instituições bancárias no Brasil, para obter talões de cheques e cartões de crédito para “dar golpes no comércio”; conheceu um despachante denominado Sandro, na Praça da Sé, para quem fornecia suas fotografias; pagava a quantia de R\$500,00 (quinhentos reais) por documento falsificado; escolhia o prenome e Sandro, os demais nomes e nacionalidades; os cheques e cartões bancários que portava eram verdadeiros, emitidos pelas instituições bancárias, sendo que as contas eram abertas com os documentos falsificados; contraiu matrimônio com uma mulher chamada Fátima, brasileira, para obter registro de permanência definitiva no Brasil; permaneceu casado por 5 (cinco) meses e logo em seguida separou-se; que não sabe o sobrenome de sua ex-esposa; não tem contato com Fátima desde 2001; o Cadastro de Pessoa

Física verdadeiro é o que está em nome de Paulo Sérgio Nascimento; não conhece Carolina Figueiro Fernandez; o despachante Sandro entregou-lhe o documento em nome dela por engano; adquiriu rodas de veículo, emitindo para tanto cheque no valor de R\$800,00 (oitocentos reais) sem provisão de fundos (mídia, fl. 420).

Perante o Juiz, a testemunha de acusação, Celso Marques Ângelo, Policial Militar, corroborou suas declarações prestadas perante a Autoridade Policial e disse que no dia dos fatos, realizava patrulhamento de rotina, quando passou um veículo em velocidade acima do normal; ele e seus colegas perseguiram o veículo, que estacionou em frente a uma loja de vestuário; o motorista era o acusado, o qual apresentou 2 (dois) Registros Nacionais de Estrangeiros (RNE), ambos com a fotografia do réu; porém, com nomes e nacionalidades diferentes, quais sejam, libanesa e egípcia; o apelante informou que um dos documentos era falso e seria utilizado para realizar compras no Paraguai; após revistar o veículo, foram localizados outros documentos, tais como, Carteiras Nacionais de Habilitação com a foto do réu e em nome de pessoas diferentes, RNE, cheques e cartões de instituições bancárias; no momento em que todos se encontravam na Delegacia de Polícia, por coincidência, neste local também se encontrava uma pessoa que se dizia proprietária de um estabelecimento comercial de rodas esportivas para veículos e que havia sido vítima de um golpe do acusado; em princípio, o réu declarou ter nascido no Estado de Minas Gerais; posteriormente, apresentou registro de nascimento do Estado da Bahia e que se mudou, ainda em idade infantil, para o Líbano (mídia, fl. 420).

Ouvido na instrução criminal, a testemunha de acusação, Agnaldo Neves dos Santos, Soldado da Polícia Militar, confirmou seu depoimento prestado em sede inquisitiva, esclarecendo que realizava patrulhamento de rotina no local dos fatos, ocasião em que o acusado dirigia um veículo importado em velocidade acima do permitido; percebeu que era estrangeiro, pelo sotaque, apesar de o réu ter declarado que nasceu no Estado da Bahia; ao solicitar a identificação do apelante, este apresentou 2 (dois) Registros Nacionais de Estrangeiros, ambos com sua foto, mas com nomes diferentes, de países diferentes; encontrou na residência do acusado outros documentos, tais como, Registro Nacional de Estrangeiro, 3 (três) Carteiras Nacionais de Habilitação, Certidão de Nascimento e Passaporte; o apelante referiu que obteve os documentos falsificados na Praça da Sé; no momento em que todos se encontravam na Delegacia de Polícia para fins de registro da ocorrência, um cidadão passou em frente ao local e identificou as rodas do veículo dirigido pelo acusado, sendo que este adquiriu as peças mediante pagamento com um “cheque frio” (mídia, fl. 420).

O conjunto probatório evidencia a autoria delitiva, a qual não foi objeto de impugnação da defesa.

Falsificação grosseira. Não se pode qualificar de grosseira a falsificação que para ser apurada exige a utilização de procedimentos e instrumentos específicos:

EMENTA: PENAL: CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (...) FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. INOCORRÊNCIA.

(...)

3 - Não é grosseira a falsificação quando se fez necessário à sua apuração a utilização de aparelhos e técnicas adequadas.

(...).

(TRF da 3ª Região, 2ª Turma, ACr nº 98030186019-SP, Des. Fed. Aricê Amaral, unânime, j. 25.08.98, DJ 14.10.98, p. 257)

Do caso dos autos. A defesa aduz que a contrafação é grosseira, devendo o apelante ser absolvido por atipicidade da conduta.

Não lhe assiste razão.

O laudo de exame documentoscópico concluiu pela falsidade das Carteiras Nacionais de Habilitação nº 02776542821, em nome de Ernesto Lima de Moraes; nº 02676542820, em nome de Gabriel Antunes Duarte e nº 02576542823, em nome de Robert Adrian Roch, bem como das Cédulas de Identidade de Estrangeiros nº Y304816-U, em nome de Carolina Figueiro Fernandez; nº Y621457-C, em nome de Yasser Ahmed Eladawy; nº Y132878-I, em nome de Mohamed Hussain Mourad e nº Y265221-6, em nome de Mohamed Said Omar (fls. 248/249).

Consta, ainda, do laudo pericial que dos 9 (nove) cartões para transações eletrônicas bancárias apreendidos em poder do acusado, 7 (sete) foram atestados como autênticos, não sendo possível concluir pela autenticidade ou não de 2 (dois) destes cartões (fl. 249).

O fato de a perícia ter concluído pela autenticidade dos cartões bancários não afasta a tipicidade da conduta, tendo em vista que o apelante logrou êxito em abrir contas bancárias junto a instituições financeiras, por meio de apresentação de documentos falsos, os quais foram, portanto, aptos a enganar.

Não se trata de falsificação grosseira, sendo que referidos documentos foram aptos a enganar o homem médio e causar lesão ao bem jurídico tutelado pelo delito do art. 297 do Código Penal (fé pública).

Ademais, a inautenticidade dos documentos não foi constatada de plano, de modo que, havendo necessidade de procedimentos específicos para verificação da contrafação, não há que se falar em falsificação grosseira.

Falsificação de documento público. Dano. Inexigibilidade. O artigo 297 do Código Penal tutela a fé pública. Desse modo, a consumação do delito independe de dano, pois a contrafação de documento público, por si só, representa lesão ao bem jurídico resguardado pela norma penal, em razão de ofensa à credibilidade da população nos documentos expedidos pelo Estado, sendo, portanto, desnecessária a comprovação de dano concreto.

Configuração do crime impossível. Para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime, consoante escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

O crime impossível, também denominado de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguira chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impropriedade do objeto. (Mirabete, Julio Fabbrini, Código penal interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, p. 160)

Do caso dos autos. Em razões de apelação, a defesa sustenta atipicidade da conduta por ausência de potencialidade lesiva e ofensa concreta a bem jurídico. Alega que se trata de crime impossível, por absoluta inidoneidade do meio empregado, considerando que o apelante, ainda que pretendesse, não lograria êxito em praticar a conduta delitiva. Aduz, por fim, que o acusado não apresentou espontaneamente o documento falso, mas dele se utilizou quando solicitado pelas Autoridades Policiais.

Os argumentos da defesa não merecem prosperar.

Os documentos contrafeitos são potencialmente lesivos à fé pública. Assim, conforme argumentação supra, mostra-se desnecessária a demonstração de dano efetivo decorrente da falsificação para consumação do delito, não se cogitando de atipicidade da conduta.

Não há falar em crime impossível, tendo vista que o recorrente não utilizou meios absolutamente ineficazes para a prática do delito; pelo contrário, Paulo Sérgio Nascimento ou Mohamad Khaled Ali concorreu de forma direta para a falsificação dos documentos.

Por fim, a alegação da defesa de que o réu não apresentou espontaneamente o documento falso não infirma o reconhecimento do crime, pois ele foi denunciado e condenado pela falsificação de documento (art. 297 do Código Penal) e não pelo uso de documento de falso (art. 304 do Código Penal).

Comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, a condenação deve ser mantida.

Dosimetria. Com fundamento no art. 59 do Código Penal, o MM. Juízo *a quo* fixou a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, reconheceu a incidência da agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal, tendo em vista que o réu cometeu o delito para assegurar a vantagem e a impunidade de crimes de estelionato anteriormente praticados. Não aplicou a agravante da reincidência, nos termos do inciso I do art. 64 do Código Penal. Reconheceu a atenuante da confissão prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

Com fundamento no art. 67 do Código Penal, o Magistrado de primeiro grau entendeu como preponderante a circunstância agravante relativa aos motivos do crime e aumentou a pena em 1/12 (um doze avos), resultando em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, o MM. Juiz entendeu tratar-se de crime praticado em continuidade delitiva e, com fundamento no art. 71, *caput*, do Código Penal, aumentou a pena em 2/3 (dois terços), perfazendo 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Arbitrou o valor unitário do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Estabeleceu o regime inicial fechado.

Denegou o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como o direito de recorrer em liberdade.

Em razões de recuso, a defesa pleiteia a redução da pena-base; o afastamento da agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal; a aplicação da atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, no máximo legal; o afastamento do aumento da pena em 1/12 (um doze avos), sob pena de incorrer em *bis in idem*; o afastamento da causa de aumento de pena relativa à continuidade delitiva e a fixação do regime semiaberto para cumprimento de pena.

A apelação não merece provimento.

Entretanto, a pena deve ser retificada, de ofício, tendo em vista a existência de erro de cálculo da pena de multa.

A defesa requer a diminuição da pena-base.

Sem razão a parte.

O MM. Juízo *a quo* fixou a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, com fundamento no art. 59 do Código Penal, considerando principalmente as consequências do crime, a personalidade e a conduta social do agente e os antecedentes:

Atentando às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal, dadas as nefastas consequências do crime praticado, dado que tinha por escopo ludibriar comerciantes e instituições bancárias para o fim de obtenção de empréstimos, crédito e mercadorias com nomes fictícios de modo a obstaculizar o ressarcimento dos ludibriados pelo quanto despendido. Tudo, em última análise, redundando em prejuízo à credibilidade dos

negócios comerciais e de crédito, aumento dos custos desses negócios e também das cautelas burocráticas a eles pertinentes. Some-se a isso, para fins de recrudesimento da pena-base, a personalidade desajustada do acusado e sua conduta social desabonadora, máxime por se tratar de cidadão de nacionalidade duvidosa, disposto a utilizar dois nomes no cotidiano para tapear terceiros e autoridades, ora se apresentando como libanês (e, como tal, requerendo permanência definitiva no Brasil), ora como brasileiro nato. Não se pode, ao cabo, descartar a existência de fortes indicativos de que o increpado é pessoa habituada ao delito e que há muito abdicou da vida honesta, o que afirmo não só à luz do *modus operandi* dos crimes aqui apurados, mas também à luz dos recorrentes episódios delinquentes patrocinados pelo réu e sumariados em sua ficha criminal - em especial o de fl. 494 -, sem embargo da relevante informação transmitida pela autoridade consular libanesa dando conta de que há registro de cometimento de crime naquele país anotado em nome do acusado (fl. 493). Tudo somado, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa (fl. 559v.).

A fixação da pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa é justificável em razão da conduta social e da personalidade do réu, considerando sua manifesta habilidade para ludibriar autoridades públicas, instituições bancárias e comerciantes, bem como a fundada dúvida acerca da verdadeira identidade do acusado que, ora se apresentava como Paulo Sérgio Nascimento, brasileiro, ora como Mohamad Khaled Ali, libanês.

O comportamento do acusado, que concorreu para a falsificação dos documentos apreendidos em seu poder e ludibriou instituições bancárias para obter outros documentos que, a despeito de autênticos, foram emitidos por meio de utilização anterior de documentos contrafeitos (cartões bancários e talões de cheques emitidos por instituições financeiras), evidencia a necessidade de maior reprovação de sua conduta, mostrando-se adequada a pena-base fixada na sentença.

O aumento da pena-base também encontra fundamento nos antecedentes do apelante, que foi condenado pela prática de furto qualificado, com sentença transitada em julgado para a acusação em 06.11.95 e para a defesa em 21.11.95 (fl. 494), verificando-se ainda registro criminal em nome de Mohamad Khaled Ali, no Líbano, pela prática de “roubo/furto” (fls. 493/562).

No caso, a sentença condenatória com trânsito em julgado pode servir como mau antecedente na hipótese de restar destituída de eficácia para ensejar a reincidência em virtude de ter decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal. Precedentes (STF, 2ª Turma, *Habeas Corpus* nº 98803, Relatora Ministra Ellen Gracie, unânime, j. 18.08.09 e STJ, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 133858, Ministro Relator Félix Fischer, unânime, j. 19.08.09).

O Ministério Público Federal manifestou-se, em contrarrazões de apelação, acerca da fixação da pena-base acima do mínimo legal:

Com efeito, conforme se extrai dos autos o apelante possui *conduta social inadequada e personalidade voltada à prática de crimes patrimoniais*, o que se evidenciou no próprio interrogatório do apelante, oportunidade em que ele admitiu que, com o fim de praticar estelionatos, falsificou diversos documentos, ingressou com pedido de permanência definitiva no Brasil em nome de terceiros, a despeito de ter nacionalidade brasileira e, inclusive, casou-se com uma mulher que sequer se lembra o nome com vistas de obter visto permanente no Brasil. Ressalte-se, ainda, que, mesmo após finda a instrução processual e prolatada a sentença condenatória, restam dúvidas quanto a real identificação e qualificação do apelante, não havendo certeza sequer quanto a sua naturalidade, diante da quantidade de qualificações que usualmente utilizava na prática delitiva.

Igualmente, *os motivos e consequências dos crimes de falso se revestiram de maior gravidade*, uma vez que se prestavam a aplicação de golpes e fraudes contra instituições bancárias e comerciantes diversos, na reiterada prática de estelionato e outros crimes patrimoniais,

“tudo, em última análise, redundando em prejuízo à credibilidade dos negócios comerciais e de crédito, aumento dos custos desses negócios e também das cautelas burocráticas a eles pertinentes.” (sentença de f. 559, verso).

Finalmente, de rigor também o incremento da pena-base em razão dos *maus antecedentes* da parte apelante, consubstanciados pela certidão criminal de f. 494, que demonstra que possui condenação transitada em julgado pelo crime de furto qualificado e, ainda, pela informação de f. 493, de que possui registro criminal no Líbano (destaques originais, fls. 727v./728).

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC nº 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC nº 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC nº 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC nº 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC nº 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC nº 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10).

Observo que o acusado, apesar de ter permanecido em silêncio na Polícia, confessou, em Juízo, a prática do delito, circunstância que fundamentou a condenação e, portanto, recomenda a incidência da atenuante genérica do art. 65, III, *d*, do Código Penal.

No tocante às circunstâncias agravantes, escorreita a sentença que deixou de reconhecer a reincidência no tocante ao delito constante da certidão de fl. 494, nos termos do inciso I do art. 64 do Código Penal.

Restou comprovado que o réu cometeu o delito para facilitar ou assegurar a execução de crimes de estelionato, de modo que incide a agravante prevista no art. 61, II, *b*, do Código Penal, não merecendo acolhida a tese defensiva no sentido de que deve ser afastado ao aumento da pena, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Anoto que os motivos do crime não foram considerados na primeira fase da dosimetria para justificar a fixação da pena-base.

Reconhecidas, portanto, a atenuante da confissão espontânea e a agravante de cometer o delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

No tocante à compensação de circunstâncias que atenuam e agravam a pena, ressalto que revi entendimento anterior quanto à preponderância da reincidência sobre a confissão, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo proferiu decisão no sentido de que “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.” (STJ, REsp nº 1.341.370, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10.04.13, para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil).

O presente caso trata de situação distinta daquela pacificada no recurso repetitivo, de modo que a circunstância agravante prevista no art. 61, II, *b*, do Código Penal, que é relativa aos motivos determinantes do crime, prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal, restando prejudicado o pedido da defesa no tocante à aplicação da atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, no máximo legal.

Portanto, mantenho o aumento da pena em 1/12 (um doze avos), tal como determinado na sentença, perfazendo a pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses e 21 (vinte e um) dias-multa. Retifico, de ofício, erro material no tocante ao cálculo da pena de multa.

A defesa pleiteia o afastamento da causa de aumento de pena relativa à continuidade delitiva.

A insurgência não merece provimento.

O crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, ocorre “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

No caso, o recorrente concorreu para a falsificação de diversos documentos, entregando fotografias suas a um despachante na Praça da Sé e escolhendo os prenomes que constariam dos documentos contrafeitos, mediante pagamento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos) reais.

Aplicável, portanto, o art. 71 do Código Penal ao presente caso, com aumento da pena em 2/3 (dois terços), como bem consignado na sentença recorrida, não merecendo provimento a apelação defensiva.

Mantenho a pena definitiva em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Em razões de recurso, a defesa requer a fixação do regime semiaberto para cumprimento de pena, alegando ser o acusado não reincidente e tendo sido condenado à pena superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Também não merece guarida o pleito.

O regime inicial de cumprimento de pena resulta, além do *quantum* aplicado, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Assim, “não obstante a pena fixada a pena fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime semiaberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso” (STF, HC nº 117676, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.13).

O réu tem maus antecedentes e as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade lhes são desfavoráveis, de modo que deve cumprir a pena em regime inicial mais gravoso, ainda que a condenação não exceda 8 (oito) anos. Escorreita, portanto, a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Mantida, no mais, a sentença.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso da defesa e, de ofício, retifico erro de cálculo da multa, perfazendo a pena definitiva de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Intimem-se os advogados do réu indicados à fl. 515 e 516, bem como a patrona substa-belecida à fl. 658, exceto os 2 (dois) patronos que substabeleceram ao mandato sem reservas de poderes (fl. 658), acerca da pena de multa aplicada.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0001083-10.2010.4.03.6102

(2010.61.02.001083-2)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: RONALDO DONIZETE BENTO DAMÁSIO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: ACr 52199

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

PENAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL - CERTIDÃO DE QUITAÇÃO ELEITORAL PARA FINS DE OBTENÇÃO DE PASSAPORTE - FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA - CRIME IMPOSSÍVEL - INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO - APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA.

1 - Materialidade. A materialidade delitiva resta comprovada pelo laudo de exame documentoscópico (fls. 144/148), que atestou a falsidade do documento público (certidão de quitação eleitoral às fls. 149) utilizada pelo acusado a fim de obter passaporte perante a Delegacia da Polícia Federal em Ribeirão Preto/SP.

2 - Autoria e dolo. Em que pese o acusado ter sido preso em flagrante, conforme auto de referida prisão às fls. 02/05 e sua confissão de utilização do referido documento às fls. 170/173, destaca-se que, para a caracterização do delito previsto no artigo 304 do Código Penal pressupõe que o documento falso utilizado tenha aptidão para ludibriar terceiros, bem ainda, que o elemento contrafeito refira-se a fato juridicamente relevante. No caso dos presentes autos, observa-se que o funcionário terceirizado da Polícia Federal, Valdeci Sampaio dos Santos (fls. 03) percebeu a falsificação da certidão de quitação eleitoral, tendo acionado a chefe do setor de passaportes, a agente federal da Polícia Federal - Ana Patrícia Ribeiro Approbato - fls. 02.

3 - Assim, considerando que a falsidade era evidente e detectável de plano conclui-se que o “falsum” não tinha qualquer potencialidade lesiva, tornando impossível a consumação do delito. Desta feita, para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime, consoante escólio de Julio Fabbrini Mirabete: “O crime impossível, também denominado de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguirá chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impropriedade do objeto.” (Mirabete, Julio Fabbrini, *Código penal interpretado*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 160).

4 - Com efeito, trata-se de crime impossível por ineficácia absoluta do meio utilizado - artigo 17 do Código Penal, já que a contrafação foi tão grosseira que incapaz de ludibriar sequer pessoa comum, quanto mais, não passou despercebida quando de sua apresentação pelo atendente do balcão do Departamento da Polícia Federal (o funcionário terceirizado da Polícia Federal, Valdeci Sampaio dos Santos - fls. 03),

onde o documento foi apreendido.

5 - Apelação ministerial desprovida, mantendo integralmente a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação ministerial, mantendo integralmente a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2014.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Trata-se de recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP que julgou improcedente a pretensão punitiva, absolvendo o réu RONALDO DONIZETE BENTO DAMÁSIO, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, c.c. o artigo 17 do Código Penal, da acusação da prática delitiva dos artigos 304 e 297, *caput*, ambos do Código Penal.

Consta da denúncia, em síntese, que o acusado teria apresentado a certidão falsa de fls. 49 perante a Delegacia de Polícia Federal em Ribeirão Preto/SP, no dia 02/02/2010, por volta das 17 horas e 30 minutos, com o objetivo de obter passaporte em seu nome, atestando-se que o mesmo não possui pendências com a Justiça Eleitoral. Aludida certidão possuiria perfeita imitação da assinatura e do carimbo do suposto subscritor. Referida fraude foi percebida pelo funcionário terceirizado da Polícia Federal, que acionou a agente chefe do setor de passaportes, tendo o acusado sido preso em flagrante que teria admitido a falsidade da referida certidão.

A denúncia foi recebida em 12/07/2010 (fls. 83).

A sentença absolutória foi proferida em 27/08/2012 (fls. 194/201).

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação e em suas razões às fls. 205/208, aduz em síntese, que a falsidade do documento não é grosseira, sendo capaz de ludibriar terceiros de boa-fé.

Com as contrarrazões da defesa (fls. 210/214vº), os autos subiram a esta E. Corte Regional, onde a douta Procuradoria Regional da República, em seu parecer, manifestou-se pelo provimento da apelação.

À revisão na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): A r. sentença de 1º grau não merece reparos, senão vejamos:

Materialidade. A materialidade delitiva resta comprovada pelo laudo de exame documentoscópico (fls. 144/148), que atestou a falsidade do documento público (certidão de quitação eleitoral às fls. 149) utilizada pelo acusado a fim de obter passaporte perante a Delegacia da Polícia Federal em Ribeirão Preto/SP.

Autoria e dolo. Em que pese o acusado ter sido preso em flagrante, conforme auto de referida prisão às fls. 02/05 e sua confissão de utilização do referido documento às fls. 170/173, destaca-se que, para a caracterização do delito previsto no artigo 304 do Código Penal pressupõe que o documento falso utilizado tenha aptidão para ludibriar terceiros, bem ainda, que o elemento contrafeito refira-se a fato juridicamente relevante.

No caso dos presentes autos, observa-se que o funcionário terceirizado da Polícia Federal, Valdeci Sampaio dos Santos (fls. 03) percebeu a falsificação da certidão de quitação eleitoral, tendo acionado a chefe do setor de passaportes, a agente federal da Polícia Federal - Ana Patrícia Ribeiro Approbato - fls. 02.

Assim, considerando que a falsidade era evidente e detectável de plano conclui-se que o “falsum” não tinha qualquer potencialidade lesiva, tornando impossível a consumação do delito.

Desta feita, para configurar o crime impossível é necessário que o agente utilize meios absolutamente ineficazes ou se volte contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime, consoante escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

O crime impossível, também denominado de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguirá chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impropriedade do objeto. (Mirabete, Julio Fabbrini, *Código penal interpretado*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 160)

Com efeito, trata-se de crime impossível por ineficácia absoluta do meio utilizado - artigo 17 do Código Penal, já que a contrafação foi tão grosseira que incapaz de ludibriar sequer pessoa comum, quanto mais, não passou despercebida quando de sua apresentação pelo atendente do balcão do Departamento da Polícia Federal (o funcionário terceirizado da Polícia Federal, Valdeci Sampaio dos Santos - fls. 03), onde o documento foi apreendido.

Nesse sentido:

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). PASSAPORTE. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. CRIME IMPOSSÍVEL. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA.

1. As adulterações realizadas no passaporte do acusado são tão grosseiras que dispensam perícia técnica à sua constatação, e, por isso, em hipótese alguma passariam despercebidas quando do seu uso perante terceiros, principalmente, por funcionários de companhias aéreas e pela imigração brasileira ou de qualquer outro país, não tendo referido documento, pois, aptidão alguma de causar lesão à fé pública nacional ou estrangeira.

2. *Em se tratando de crime impossível, já que a contrafação é grosseira, perceptível primo ictu oculi, é o caso de ser mantida a absolvição do réu, ante a atipicidade de sua conduta.*

3. Apelação ministerial desprovida. (todos os negritos são nossos)

(TRF3- Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 50568/SP - Processo nº - 0000010-35.1999.4.03.6119 - Órgão Julgador: Quinta Turma - Relator: Des. Fed. Luiz Stefanini, julgado em 14/10/2013). (grifos nossos)

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial, mantendo integralmente a r. sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal **PAULO FONTES** - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL**0002216-53.2011.4.03.6005****(2011.60.05.002216-4)**

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: WAGNER ALVES DE OLIVEIRA (réu preso)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNÃO POMPEO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: ACr 51059

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2014

EMENTA

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. INSUBORDINAÇÃO À ORDEM POLICIAL PARA PARAR O VEÍCULO (FUGA). AUTODEFESA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. INADEQUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. NEUTRALIZAÇÃO DA PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA. DELIBERAÇÃO DE OFÍCIO SOBRE O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A apelação interposta visa a responsabilização do réu pelo delito previsto no artigo 330 do Código Penal (desobediência), tendo em vista a insubordinação à ordem policial ao empreender fuga e colocar em risco a segurança do tráfego em rodovia no momento do flagrante pelo crime de tráfico transnacional de drogas, ou, subsidiariamente, a consideração de tal conduta como circunstância judicial desfavorável para elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria. Busca, ainda, a correção da dosimetria para evitar a neutralização da preponderância do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 pela aplicação da atenuante da confissão espontânea.

2. A insubordinação à ordem da autoridade policial, bem assim a respectiva fuga, foi motivada para encobrir a prática do delito de tráfico transnacional de drogas, e, por conseguinte, meio de autodefesa para contornar ameaça à liberdade. Em tais situações a jurisprudência desta e. Corte Regional tem entendido que o ato de fuga não se subsume ao tipo previsto no artigo 330 do Código Penal. Precedentes.

3. A sentença prolatada acertou ao não considerar a alegada desobediência (fuga) como circunstância judicial desfavorável, porquanto, como já dito no tópico anterior, a reação de autodefesa é instintiva ao ser humano, não podendo ser utilizada para avaliar a personalidade do réu. Cumpre ponderar, no entanto, acerca da existência de eventual excesso que extrapole o senso de preservação do *status libertatis* e denote conduta social indesejável ou personalidade desviada. No caso em apreço, porém, consoante os depoimentos colhidos no auto de prisão em flagrante, o réu simplesmente ignorou a ordem para parar sinalizada pela autoridade policial, prosseguindo viagem. Posteriormente, quando abordado em perseguição, ele admitiu prontamente estar transportando droga oriunda do Paraguai (fls. 02/04). Assim, a circunstância em si da fuga não pode ser levada em consideração para majorar a pena-base no caso concreto.

4. A r. sentença fixou a pena-base acima do mínimo legal em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa em razão do comando disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, considerada a qualidade e a quantidade de droga apreendida, 40,8kg (quarenta quilos e oitocentas gramas) de maconha. Porém, na segunda fase da dosimetria acabou por diminuir a pena em 1(um) ano e 100 (cem) dias-multa, isto é, no patamar de 1/6 (um sexto), o que acabou, na prática, por neutralizar a preponderância pretendida pelo legislador na dicção do referido artigo 42 da Lei de Drogas.

5. A meu ver, a confissão é causa de abrandamento da pena mesmo nas hipóteses em que a espontaneidade da manifestação deriva da prisão em flagrante, situação que na grande maioria das vezes acaba por forçar o reconhecimento da prática delituosa por parte do acusado, como ocorreu no caso dos autos. Porém, adiro ao entendimento jurisprudencial que não aceita que sua quantificação, no caso do tráfico de drogas, seja feita de modo a neutralizar por completo a preponderância ditada pelo legislador no mencionado artigo 42. Precedente da c. 2ª Turma desta e. Corte Regional.

6. Portanto, impõe-se a correção na dosimetria da pena. *Na primeira fase*, a pena-base fica fixada nos termos constantes da sentença, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. *Na segunda fase*, aplicando-se a atenuante da confissão espontânea a pena deve ser reduzida em 6 (meses) e 50 (cinquenta) dias-multa, ou seja, no patamar de 1/12 (um dozeavos), alcançando a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. *Na terceira fase*, a sentença reconheceu a causa de aumento da pena por conta da transnacionalidade (inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/06) no percentual de 1/6 (um sexto), alcançando 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa. A sentença também aplicou a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/6 (um sexto), com o que torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa.

7. Necessário adequar, de ofício, o regime de cumprimento da pena, em razão do quantum fixado, observadas as declarações de inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, e do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, na parte em que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso em exame, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incabível, nos termos dispostos no inciso I do artigo 44 do Código Penal. Por outro lado, afastada a fundamentação apresentada na sentença para a fixação do regime inicial mais gravoso, entendo que a quantidade da droga no caso concreto (40,8kg de maconha vinda do Paraguai) demonstra a maior periculosidade do acusado a autorizar a manutenção do regime inicial fechado, nos termos previstos pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, o que delibero de ofício.

8. Apelação ministerial parcialmente provida.

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 maioria, decidiu dar parcial provimento ao recurso do ministério público federal para aplicar a atenuante da confissão espontânea no patamar de 1/12 (um doze avos) e fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa,

ficando mantido o regime inicial fechado, nos termos do voto do Senhor Juiz Federal Convocado Relator, acompanhado pelo voto do Senhor Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, vencido o Senhor Desembargador Federal Peixoto Junior que negava provimento ao recurso.

São Paulo, 08 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO (Relator): Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de *Wagner Alves de Oliveira*, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, c/c 40 da Lei nº 11.343/2006, e art. 330 do Código Penal.

Consta da denúncia que em 16.06.2011 o réu foi preso em flagrante no km 67 da rodovia BR-463, no município de Ponta Porã-MS, em razão do transporte de 40.800g (quarenta mil e oitocentas gramas) de maconha proveniente do Paraguai, a qual teria por destino a cidade de São Paulo/SP. Durante a abordagem o réu ofereceu resistência à ordem emitida pela autoridade policial.

A denúncia foi recebida em 02.08.2011 (fl. 57).

Em sentença publicada em 30.03.2012 (fl. 186), a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar o réu, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, a cumprir a pena de 4 (quatro) anos, 10 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor unitário fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época da conduta, atualizado monetariamente. Foi decretada a perda do veículo utilizado na prática do crime em favor da União. O réu foi absolvido da acusação do crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal (fls. 177/185).

A acusação interpôs apelação (fls. 188), pugnando, em suas razões, pela responsabilização penal do réu pelo crime de desobediência, ou subsidiariamente, a consideração da resistência à ordem da autoridade policial, no momento do flagrante, como circunstância judicial desfavorável, de modo a reduzir o grau de diminuição da pena na primeira fase da dosimetria (fls. 200/210).

Com contrarrazões (fls. 212/217), os autos subiram a esta c. Corte Regional.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 219/227).

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO (Relator):

Analiso a apelação ministerial.

A apelação interposta visa a responsabilização do réu pelo delito previsto no artigo 330 do Código Penal (desobediência), tendo em vista a insubordinação à ordem policial ao empreender fuga e colocar em risco a segurança do tráfego em rodovia no momento do flagrante pelo crime

de tráfico transnacional de drogas, ou, subsidiariamente, a consideração de tal conduta como circunstância judicial desfavorável para elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria. Busca, ainda, a correção da dosimetria para evitar a neutralização da preponderância do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 pela aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Inicialmente, analiso a possibilidade de concurso material entre o crime previsto no artigo 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 com o delito tipificado no artigo 330 do Código Penal.

A sentença impugnada afastou o crime de desobediência nos seguintes termos (fls. 181):

11. O delito de desobediência versado na denúncia, consistente na conduta do denunciado de ignorar ordem policial de parada do veículo, e, após, pôr-se em fuga para evitar sua prisão, não tipifica o crime do Art.330, CP, haja vista não estar configurado o dolo do tipo penal em exame - intenção de desrespeitar a autoridade, A atitude daqueles que fogem nestas circunstâncias visa apenas preservar *o status libertatis*.

11.1. Com efeito, há um instinto do ser humano e não uma vontade livre e consciente de desobedecer à ordem legal do funcionário público.

(...)

No caso em apreço, a insubordinação à ordem da autoridade policial, bem assim a respectiva fuga, foi motivada para encobrir a prática do delito de tráfico transnacional de drogas, e, por conseguinte, meio de autodefesa para contornar ameaça à liberdade.

Em tais situações a jurisprudência desta e. Corte Regional tem entendido que o ato de fuga não se subsume ao tipo previsto no artigo 330 do Código Penal, conforme ilustram os seguintes julgados:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO. DOSIMETRIA DA PENA. CORRÉ QUE NÃO APELOU. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE TENHA CONCORRIDO PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. ART. 654, § 2º, E 386, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. O ato de fuga não caracteriza crime de desobediência, como previsto no art. 330 do Código Penal. A fuga é ato espontâneo de todo aquele que se encontra em situação de ameaça contra a sua liberdade e está sob a égide do direito à autodefesa.

2. Materialidade delitiva comprovada através de fotografias e laudo pericial.

3. Autoria e dolo comprovados em relação a um dos réus, por testemunhos e por sua própria confissão. Ausência de provas, em relação à corrê, de que tenha concorrido para o crime de tráfico de drogas.

4. Dosimetria da pena. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da natureza (maconha) e considerável quantidade (37,6kg - trinta e sete quilos e seiscentos gramas) de droga apreendida. Circunstância atenuante de confissão aplicada em 1/6 (um sexto). Causa de diminuição disposta no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, restabelecida para ¼ (um quarto), uma vez que as provas coligidas demonstram que o réu se encarregou tão somente do transporte da droga, por baixa recompensa e sem comprovado vínculo com organização criminosa.

5. Apelação do Ministério Público Federal desprovida. Apelação do réu parcialmente provida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício à corrê, para absolvê-la do crime de tráfico de drogas imputado.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0002517-34.2010.4.03.6005, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 03/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/07/2012) O grifo não está no original.

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 330, 304 CC 297 E 296, §1º, III, DO CP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

- Caso em que os fatos imputados são de conduta do réu empreendendo fuga com veículo que conduzia inobstante ordem de parada dada por policiais militares; usando documento público falso consistente em uma carteira de identidade funcional de Policial Federal; e fazendo uso de símbolo identificador da Polícia Federal em contrato particular.

- *Ato da fuga como forma de evitar prisão que se consubstancia em exercício de autodefesa a fim de assegurar o estado de liberdade, não sendo representativo da vontade de desobedecer a autoridade, vale dizer, não se configura o delito de desobediência por ausência do elemento subjetivo.*

- Delito de uso de documento falso não configurado porquanto se trata de falsidade grosseira, não havendo potencialidade lesiva à fé pública.

- Hipótese dos autos em que não se patenteia uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública a caracterizar o delito do artigo 296, §1º, III do Código Penal.

- Decreto absolutório mantido.

- Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0011641-17.2010.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 10/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2013). O grifo não está no original.

Assim, a sentença prolatada não merece reparo neste ponto.

Passo a análise da insubordinação à ordem policial (fuga) como circunstância judicial passível de influir na dosimetria da pena.

Acerca da fixação da pena-base, particularmente no tocante às circunstâncias judiciais desfavoráveis, assim se pronunciou o e. Juízo de primeiro grau:

Sua culpabilidade pode ser considerada normal para o tipo penal em questão, entretanto a quantidade/qualidade da droga apreendida devem ser consideradas para a fixação da pena-base (STJ - HC 164927- Proc. 2010.00431162 - 5 Turma - d. 16.12.2010 - DJE de 14.02.2011 - Rei. Mm. Napoleão Nunes Maia Filho; STJ -HC 134841 -Proc. 2009.00785009 _6 Turma-d. 14.12.2010-DJE de 01.02.2011 - Rei. Mi Og Fernandes), na linha do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF - HC 86421/SP - 1ª Turma -j. 08.11.2005 - DJU de 16.12.2005, pág.84 - Rel. Mm. Marco Aurélio, v.u.) e em obediência ao disposto no art. 42 da Nova Lei de Tóxicos (11.343/06).

Ademais, o réu “adquiriu”, “importou” e “transportou” 40.800g (QUARENTA MIL E OITOCENTOS GRAMAS) de MACONHA, o suficiente para atingir muitos usuários, caso chegasse a seu destino final - daí exsurgindo o elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada. Trata-se de Réu primário. Não existem elementos a indicar sua conduta social e personalidade. O motivo do crime foi a busca pelo lucro fácil, as circunstâncias são as habituais. Sem graves conseqüências, ante a apreensão do entorpecente.

Diante disso, fixo a pena-base em 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO e 600 (SEISCENTOS) DIAS-MULTA, com o valor unitário de cada dia-multa que ora fixo em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, considerada a situação econômica do réu, devendo haver a atualização monetária quando da execução.

Entendo que a sentença prolatada acertou ao não considerar a alegada desobediência (fuga) como circunstância judicial desfavorável, porquanto, como já dito no tópico anterior, a reação de autodefesa é instintiva ao ser humano, não podendo ser utilizada para avaliar a personalidade do réu.

Cumpra ponderar, no entanto, acerca da existência de eventual excesso que extrapole o senso de preservação do *status libertatis* e denote conduta social indesejável ou personalidade desviada.

No caso em apreço, porém, consoante os depoimentos colhidos no auto de prisão em flagrante, o réu simplesmente ignorou a ordem para parar sinalizada pela autoridade policial, prosseguindo viagem. Posteriormente, quando abordado em perseguição, ele admitiu prontamente estar transportando droga oriunda do Paraguai (fls. 02/04).

Assim, a circunstância em si da fuga não pode ser levada em consideração para majorar a pena-base no caso concreto.

Neste sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 44, INCISO II DO CÓDIGO PENAL.

1. *A tentativa de fuga para evitar a prisão em flagrante consiste em reação natural e instintiva do ser humano, não caracterizando circunstância judicial desfavorável para fins de majoração da pena.* Do mesmo modo, a ida para determinada cidade com o objetivo de praticar o crime não enseja o aumento da sanção penal.

(...)

(ACR 0003750-49.2009.4.01.3809 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.169 de 31/03/2011) O grifo não está no original.

Portanto, impõe-se preservar incólume a r. sentença condenatória também neste tópico.

Passo a analisar a alegação de neutralização da circunstância judicial preponderante (natureza e quantidade da droga) pela atenuante da confissão espontânea.

Neste ponto, entendo com razão o órgão ministerial.

A r. sentença fixou a pena-base acima do mínimo legal em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa em razão do comando disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, considerada a qualidade e a quantidade de droga apreendida, 40,8kg (quarenta quilos e oitocentas gramas) de maconha.

Porém, na segunda fase da dosimetria acabou por diminuir a pena em 1(um) ano e 100 (cem) dias-multa, isto é, no patamar de 1/6 (um sexto), o que acabou, na prática, por neutralizar a preponderância pretendida pelo legislador na dicção do referido artigo 42 da Lei de Drogas.

A meu ver, a confissão é causa de abrandamento da pena mesmo nas hipóteses em que a espontaneidade da manifestação deriva da prisão em flagrante, situação que na grande maioria das vezes, no caso do tráfico, acaba por forçar o reconhecimento da prática delituosa por parte do acusado, como ocorreu no caso dos autos. Porém, adiro ao entendimento jurisprudencial que não aceita que sua quantificação, no caso do tráfico de drogas, seja feita de modo a neutralizar por completo a preponderância ditada pelo legislador no mencionado artigo 42.

Neste sentido:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA DA DROGA. PENA-BASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDIMENSIONAMENTO DA ATE-

NUAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE E TRANSESTADUALIDADE. CRIME PRATICADO EM TRANSPORTE PÚBLICO.

1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico de drogas, é de rigor a manutenção da solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição. 2. Considerando-se seu elevado preço e seu alto poder entorpecente e nocivo, tratando-se de cocaína a droga traficada, deve a pena-base ser exasperada, ex vi do artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006. 3. A confissão espontânea é causa de abrandamento da pena, mas sua quantificação não pode ser feita de modo a neutralizar por completo a preponderância ditada pelo legislador no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006. 4. Se a droga provinha do exterior e destinava-se a uma única e determinada localidade do interior brasileiro, incide a causa de aumento pela transnacionalidade, mas não a majorante da transestadualidade. Precedente da Turma. 5. Tratando-se de tráfico perpetrado com uso de transporte público, incide a causa de aumento prevista na parte final do inciso III do artigo 40 da Lei n.º 11.343/2006, não se exigindo que o agente ofereça a droga aos passageiros ou de qualquer modo promova a distribuição no coletivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 6. Recurso ministerial provido. 7. Recurso defensivo provido em parte.

(TRF3, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 0001826-88.2008.4.03.6005, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, data do julgamento: 25/10/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2010) O grifo não está no original.

Portanto, impõe-se a correção na dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base fica fixada nos termos constantes da sentença, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, aplicando-se a atenuante da confissão espontânea a pena deve ser reduzida em 6 (meses) e 50 (cinquenta) dias-multa, ou seja, no patamar de 1/12 (um dozeavos), alcançando a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na terceira fase, a sentença reconheceu a causa de aumento da pena por conta da transnacionalidade (inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/06) no percentual de 1/6 (um sexto), alcançando 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa.

A sentença também aplicou a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/6 (um sexto), *com o que torno a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa.*

À míngua de impugnação específica fica mantido o valor do dia-multa fixado na sentença em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo à época dos fatos.

Do regime inicial de cumprimento da pena.

Superada a questão apresentada no recurso voluntário, necessário adequar, de ofício, o regime de cumprimento da pena, em razão do quantum fixado, observadas as declarações de inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, e do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, na parte em que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso em exame, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incabível, nos termos dispostos no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Por outro lado, afastada a fundamentação apresentada na sentença para a fixação do regime inicial mais gravoso, entendo que a quantidade da droga no caso concreto (40,8kg de maconha vinda do Paraguai) demonstra a maior periculosidade do acusado a autorizar a manutenção do regime inicial fechado, nos termos previstos pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, o que delibero de ofício.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação ministerial para aplicar a atenuante da confissão espontânea no patamar de 1/12 (um dozeavos) e fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 534 (quinhentos e trinta e quatro) dias-multa, ficando mantido o regime inicial fechado.

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**0003229-44.2011.4.03.6181****(2011.61.81.003229-5)**

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorridos: MARCO AURÉLIO DIAS LAGE, ALEXANDRE SEBBA MARINHO MEIRA E EVANDRO VIEIRA DE BARROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: RSE 6841

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2014

EMENTA

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCUSSÃO. ART. 316 DO CP. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. TIPICIDADE EM TESE DAS CONDUTAS NARRADAS NA DENÚNCIA. NEXO ENTRE A CONDIÇÃO ESPECIAL DE AGENTE PÚBLICO E A EXIGÊNCIA DESCRITA NA EXORDIAL. VANTAGEM INDEVIDA. PROVIMENTO.

1. A exordial preenche todos os requisitos elencados no art. 41 do CPP, descrevendo pormenorizadamente as condutas que integram a imputação formulada pelo *parquet*, sustentando-se a justa causa em firmes elementos informativos colhidos na fase de inquérito policial.

2. O objeto da tutela jurídica no delito em comento é a Administração Pública, no sentido de preservar a probidade e a eficiência dos seus agentes e, apenas em segundo plano, os interesses patrimoniais das vítimas particulares.

3. Desse modo, admite-se a caracterização do tipo penal mesmo na hipótese em que o agente faz a exigência antes de assumir a função pública ou quando não a está exercendo, desde que esteja dela se prevalecendo para incutir no particular o chamado *metus publicae postestatis*, ou seja, o fundado temor de que o autor incorra em abuso de autoridade como forma de represália à não sujeição da vítima à sua vontade.

4. Sob essa perspectiva, embora o tipo penal imponha o nexo entre invocação da qualidade especial de agente público e o caráter intimidatório impingido à vítima, prescinde da ameaça da prática de ato de ofício determinado.

5. Na hipótese dos autos, a denúncia não deixa qualquer dúvida de que as condutas atribuídas aos denunciados teriam vulnerado o bem jurídico tutelado no art. 316 do Estatuto repressivo, porquanto teriam feito uso desviado da potestade administrativa imanente aos seus cargos de agentes da Polícia Federal para constranger as vítimas a devolver ao irmão de um deles a quantia paga em virtude da celebração de contrato de compra e venda.

6. Ao menos *a priori*, a vantagem almejada pelos denunciados em favor de outrem não encontra amparo no ordenamento jurídico, porquanto representa a renúncia forçada pelas vítimas aos direitos econômicos que lhes foram assegurados por contrato que, sem prejuízo de futura invalidação pelo Poder Judiciário, é vigente e tem força obrigatória entre os celebrantes.

7. Em última análise, a depender das provas a serem produzidas no curso da instrução penal e da interpretação jurídica pertinente ao julgamento do mérito da ação penal,

os fatos descritos na denúncia podem configurar os delitos de extorsão (art. 158 do CP) ou de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP), o que reforça a certeza de que se faz presente a justa causa para a persecução penal, bem como que a peça acusatória descreve o cometimento de um fato criminoso que demonstra a viabilidade e a pertinência da pretensão punitiva estatal.

8. Recurso em sentido estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento* ao recurso ministerial, determinando o recebimento da denúncia e o regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de março de 2014.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): **DESCRIÇÃO FÁTICA:** Consta da denúncia que, em 28/09/2010, MARCO AURÉLIO DIAS LAGE e ALEXANDRE SEBBA MARINHO MEIRA, agentes da Polícia Federal, exigiram de Sócrates Labourdette Junior, diretamente, em razão de suas funções, vantagem indevida, consubstanciada na devolução da quantia paga por Cyro Dias Lage Neto e Mickey Rooney Dias Lage, respectivamente irmão e tio de MARCO AURÉLIO, pela compra de posto de gasolina de propriedade da vítima denominado AUTO POSTO NÁPOLES, negociação que girou em torno de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

No mesmo dia, MARCO, ALEXANDRE e EVANDRO VIEIRA DE BARROS, também policial federal, se dirigiram a outro estabelecimento comercial e exigiram de Nichan Amauri Muratian, ex-administrador do AUTO POSTO NÁPOLES, através de sua companheira Tânia Pereira de Medeiros, a devolução da quantia acima mencionada.

Conforme se constata da denúncia, houve anteriormente aos fatos narrados a compra do posto de gasolina por Cyro Dias Lage Neto e Mickey Rooney Dias Lage. Sucede que, em razão de dificuldades enfrentadas pelos compradores para a regularização da situação do referido estabelecimento, decidiram desfazer o negócio, propondo, para tanto, ação no juízo cível.

Cyro teria relatado ao irmão MARCO AURÉLIO as dificuldades enfrentadas perante o Poder Judiciário, já que não conseguiu medida de urgência na ação ajuizada, e este, valendo-se de sua condição de agente da Polícia Federal e com o auxílio de seus colegas de trabalho, teria tentado obter à força a devolução desses valores mediante ameaças às vítimas mencionadas.

Imputação: art. 316 (por duas vezes, com relação a MARCO AURÉLIO e ALEXANDRE) c.c. art. 29, ambos do CP.

DECISÃO RECORRIDA (fls. 548/553): O MM. Juiz da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo rejeitou a denúncia, com fundamento no art. 395, I, do CPP, porque não estaria demonstrado o nexo de causalidade entre a exigência feita pelos denunciados e o exercício de suas funções.

RECORRENTE (JUSTIÇA PÚBLICA - fls. 556/571: requer a reforma da sentença que rejeitou o recebimento da denúncia, sob a alegação de que o tipo penal imputado prescinde da identificação de um ato de ofício específico por parte dos denunciados, porquanto certo que se valeram de sua condição de agentes públicos para fazer a exigência de vantagem ilegal, ainda que relacionada a negócio jurídico anterior.

Contrarrazões apresentadas às fls. 588/596.

Decisão mantida por seus próprios fundamentos à fl. 597, determinando-se a subida dos autos ao Tribunal.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Dra. Eugênia Augusta Gonzaga - fls. 600/602): opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão que rejeitou a denúncia oferecida em face de MARCO AURÉLIO DIAS LAGE, ALEXANDRE SEBBA MARINHO MEIRA e EVANDRO VIEIRA DE BARROS pela suposta prática do crime de concussão.

De início, verifico que a exordial de fls. 303/308 preenche todos os requisitos elencados no art. 41 do CPP, descrevendo pormenorizadamente as condutas que integram a imputação formulada pelo *parquet*, sustentando-se a justa causa em firmes elementos informativos colhidos na fase de inquérito policial, especialmente as declarações prestadas pelas vítimas à autoridade policial e no procedimento administrativo disciplinar (fls. 04/05, 08/10, 23, 26, 95/96, 99/100, 237, 264/270) e as imagens captadas pela câmera de segurança do estabelecimento comercial ELI AUTO POSTO LTDA (fls. 128/134).

É oportuna para a presente análise a reprodução do trecho da narrativa acusatória que especifica os atos perpetrados pelos denunciados com o objetivo de desfazer o negócio jurídico de compra e venda do AUTO POSTO NÁPOLES, adquirido das vítimas pelo irmão de MARCO AURÉLIO:

(...) Para tanto, no dia dos fatos, MARCO AURÉLIO, após convencer ALEXANDRE SEBBA, EVANDRO VIEIRA e Sylvio Ferrara Vazzoler, se dirigiram ao estabelecimento comercial “K2 Automóveis”, com uma viatura descaracterizada da Polícia Federal, Gol/Vermelho. Chegando ao local, *desceram do veículo com os distintivos da Polícia Federal pendurados no pescoço e portando armas de fogo na cintura.*

MARCO AURÉLIO se dirigiu a Sócrates Labourdette Junior, *identificando-se como agente da Polícia Federal* e irmão de Cyro Dias Lage Neto. Aduziu, logo em seguida, que o negócio por Sócrates firmado deveria ser desfeito, utilizando-se das seguintes expressões em tom de ameaça: “vou resolver o problema dele de uma maneira ou de outra”; “família para mim é sagrado”. Em seguida, MARCO AURÉLIO *afirmou que iria esmiuçar toda a vida de Sócrates, mediante quebras de sigilo bancário e fiscal e que não iria lhe dar sossego.*

ALEXANDRE SEBBA, a fim de intimidar Sócrates, passou a tirar fotos das placas dos veículos que estavam à venda e das instalações do estabelecimento. EVANDRO e Sylvio permaneceram distantes, observando os fatos. Sócrates afirmou em seus depoimentos ter se sentido intimidado por MARCO AURÉLIO e ALEXANDRE, tanto em razão de suas condutas, como

em razão do cargo que ocupam (fls. 04/05, 26, 99/100, 266 e fls. 265/270, do Apenso II). Ato contínuo, o grupo dirigiu-se ao posto de gasolina “ELI AUTO POSTO LTDA”. *Desceram do veículo com os distintivos da Polícia Federal pendurados no pescoço e portando armas de fogo na cintura.* Sylvio permaneceu distante apenas observando os fatos.

MARCO AURÉLIO, ALEXANDRE e EVANDRO dirigiram-se a Tânia Pereira de Medeiros, questionando-a sobre o paradeiro de Nichan.

MARCO AURÉLIO, apresentando-se como agente da Polícia Federal, identificou-se com a carteira funcional e mostrou a documentação pertinente à negociação e a ficha criminal de Nichan à Tânia, insistindo no desfazimento do negócio e dizendo que Nichan tinha uma dívida a acertar. Em tom exaltado, afirmou: “de um jeito ou de outro vou localizar Nichan e sei onde localizar as filhas dele”.

ALEXANDRE SEBBA, no intuito de intimidar a vítima, solicitou a identidade de Tânia e, em seguida, tirou fotografias do documento, dos frentistas, dos veículos que lá estavam e formulou perguntas sobre o uniforme dos funcionários. Tânia, receosa, adotou uma postura de descrédito perante os agentes, momento em que ALEXANDRE *mostrou a ela arma de fogo com o brasão da Polícia Federal, afirmando que não estava lá de brincadeira.*

EVANDRO exigiu de Tânia a apresentação da documentação referente ao estabelecimento. Tânia recusou apresentá-la, por acreditar não terem os agentes atribuição para exigí-la, momento em que EVANDRO ameaçou chamar a ANP para fechar o seu estabelecimento. A vítima afirmou ter se sentido ameaçada pela conduta dos três acusados (depoimentos de fls. 08/10, 29, 95/96, 264 e fls. 272/277, do Apenso II, volume II). - grifamos.

A despeito do conteúdo dos trechos negritados, decidiu o juízo *a quo* pela rejeição da denúncia por julgá-la inepta, uma vez que não estaria demonstrado o nexo de causalidade entre a exigência praticada e a função pública exercida pelos denunciados, e que a vantagem exigida por eles não seria indevida.

Com a devida vênia, pondero que a acusação formulada pelo órgão ministerial é apta e suficiente para desencadear a ação penal pelo cometimento, em tese, do crime do art. 316 do CP.

Em primeiro lugar, cumpre recordar que o objeto da tutela jurídica no delito em comento é a Administração Pública, no sentido de preservar a probidade e a eficiência dos seus agentes e, apenas em segundo plano, os interesses patrimoniais das vítimas particulares. Desse modo, admite-se a caracterização do tipo penal mesmo na hipótese em que o agente faz a exigência antes de assumir a função pública ou quando não a está exercendo, desde que esteja dela se prevalecendo para incutir no particular o chamado *metus publicae postestatis*, ou seja, o fundado temor de que o autor incorra em abuso de autoridade como forma de represália à não sujeição da vítima à sua vontade.

Sob essa perspectiva, embora o tipo penal imponha o nexo entre invocação da qualidade especial de agente público e o caráter intimidatório impingido à vítima, prescinde da ameaça da prática de ato de ofício determinado, conforme preleciona o mestre Nelson Hungria: “não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira” (*in* Comentários ao Código Penal, volume IX, 2ª ed., p. 86, Forense: Rio de Janeiro, 1959).

Pois bem. Na hipótese dos autos, os trechos da denúncia destacados não deixam qualquer dúvida de que as condutas atribuídas aos denunciados teriam vulnerado o bem jurídico tutelado no art. 316 do Estatuto repressivo, porquanto teriam feito uso desviado da potestade administrativa imanente aos seus cargos de agentes da Polícia Federal para constranger as vítimas a devolver ao irmão de MARCO AURÉLIO a quantia de R\$ 400.000,00, paga pela aquisição de um posto de gasolina que estava com o seu funcionamento inviabilizado por di-

versas pendências administrativas, provavelmente desconhecidas do adquirente.

O próprio juízo de primeiro grau reconhece em sua decisão que “houve a utilização de recursos e função policial com a finalidade de resolver assuntos particulares”, concluindo logo em seguida - a meu sentir, de modo equivocado - que o caso consiste na “utilização da condição de policial para intimidar particulares com a finalidade de cobrar o pagamento de uma dívida de familiar de um dos policiais, *conduta que não se subsume ao artigo 316 do Código Penal*” (fl. 552 - g.n.).

Expôs o juízo *a quo* em sua fundamentação que: “o intuito do denunciado - desfazimento do negócio celebrado por seu irmão - não guarda qualquer relação com sua função, o que afasta a tipicidade no que diz respeito ao delito de concussão” (fl. 551). Ora, conforme mencionado anteriormente, a concussão exige o nexo causal entre a condição de agente público e a imposição autoritária da vontade por meio da exigência, e não entre as funções dos *intranei* e a vantagem indevida por eles almejada, a qual pode evidentemente se relacionar a um assunto de ordem particular ou familiar.

No caso em tela, a exordial é precisa ao descrever a invocação pelos acusados dos poderes inerentes aos seus cargos de variadas formas, implícitas e explícitas, visuais e verbais, com o intuito nítido de constranger as vítimas a ceder à pretensão indevida, fazendo-as antever os múltiplos recursos de que dispunham, na qualidade de polícias federais, para prejudicá-los.

Não fosse assim, por que motivo os denunciados adentrariam aos estabelecimentos comerciais das vítimas ostentando seus distintivos da corporação, em situação estranha à sua atividade funcional? Por que os colegas de MARCO AURÉLIO o acompanhariam na tentativa de persuadi-las ao desfazimento do negócio do irmão deste, um assunto meramente particular, se não com o propósito de intimidá-las com sua condição de agentes da Polícia Federal?

Nem se diga que a pressão exercida excedia ou era estranha aos limites das suas atribuições. O uso ostensivo de distintivo e arma de fogo da corporação, a apresentação da ficha criminal de Nichan Amauri Moratian e a exigência de documentos do ELI AUTO POSTO LTDA seguida da ameaça de chamar a ANP para fechá-lo são ações próprias da condição de policiais e, portanto, aptas a incutir o temor da atuação funcional desviada nas vítimas.

Por fim, o juízo *a quo* reputou afastada a tipicidade das condutas porque a existência de um negócio jurídico anterior retiraria o caráter ilícito da vantagem pretendida.

Também nesse ponto não subsiste a fundamentação da decisão recorrida.

Extraí-se da lição do eminente professor Cezar Roberto Bitencourt que: “Vantagem indevida é aquela que é ilícita, ilegal, injusta, contra lege, enfim, que não é amparada pelo ordenamento jurídico.” (*in* Tratado de Direito Penal - Parte Especial 5; 4ª ed., p. 97 - São Paulo: Saraiva, 2010).

Consta da denúncia ora examinada que os denunciados pretendiam obter vantagem em favor de outrem, qual seja, a devolução da quantia paga pelo irmão de MARCO AURÉLIO pelos alienantes do AUTO POSTO NÁPOLES.

Embora a questão deva ser melhor examinada em juízo de mérito, após cognição exauriente, verifica-se que, *a priori*, o desiderato dos denunciados não encontra amparo no ordenamento jurídico, porquanto representa a renúncia forçada pelas vítimas aos direitos econômicos que lhes foram assegurados por contrato que, sem prejuízo de futura invalidação pelo Poder Judiciário, é vigente e tem força obrigatória entre os celebrantes.

Como bem apontado pelo *parquet* em suas razões recursais: “A questão acerca da lega-

lidade ou não do contrato de compra e venda deve ser dirimida, como de fato será, em outro foro jurídico. Naquele âmbito, o negócio pode ou não ser legalmente desfeito. Assim é que o desfazimento de um negócio jurídico e a conseqüente devolução de um numerário, tudo em face de exigência de servidor público, não pode, nesses termos, ser considerada condizente com o Direito pátrio” (fl. 570).

Vale salientar que, em última análise, a depender das provas a serem produzidas no curso da instrução penal e da interpretação jurídica pertinente ao julgamento do mérito da ação penal, os fatos descritos na denúncia podem configurar os delitos de extorsão (art. 158 do CP) ou de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP), o que reforça a certeza de que se faz presente a justa causa para a persecução penal, bem como que a peça acusatória descreve o cometimento de um fato criminoso que demonstra a viabilidade e a pertinência da pretensão punitiva estatal.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso ministerial, determinando o recebimento da denúncia e o regular prosseguimento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0007437-32.2011.4.03.6000

(2011.60.00.007437-5)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E OUTROS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: ACr 52644

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS NESTA CORTE. NÃO ACOLHIDO. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTADA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGA ARMA E MUNIÇÃO DE USO RESTRITO E IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO FALSIFICADO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS. PENA-BASE DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. REDUZIDA. ATENUANTE DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO A RONEY. RECONHECIDA DE OFÍCIO. “BATEDOR” NÃO CARACTERIZA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 273, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PENA DE PERDIMENTO DOS VEÍCULOS. CORRETAMENTE DECRETADA. APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DE ALEXANDRE PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSOS DE RAFAEL E RONEY DESPROVIDOS. DE OFÍCIO REDUZIDAS AS PENAS E APLICADO O CONCURSO FORMAL PRÓPRIO.

I - Há preclusão no tocante às provas não requeridas na fase processual adequada. As provas devem ser requeridas e produzidas durante a instrução processual, momento destinado à produção do conjunto probatório, que, inclusive, transcorreu de forma regular, procedendo-se à oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

II - O pedido defensivo de produção de provas, já na fase recursal, não foi acompanhado da devida demonstração de que as oitivas não puderam ser realizadas no momento oportuno, limitando-se a afirmar que tais depoimentos seriam capazes de afastar a imputação que recai sobre Alexandre.

III - Não prospera a alegação da defesa de nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Verifica-se que a sentença recorrida encontra-se devidamente fundamentada, pois explicitou, detalhadamente, os elementos probatórios que embasaram a condenação dos apelantes, declinando, inclusive, o conteúdo do depoimento das testemunhas que, juntamente com as demais provas dos autos, levaram o magistrado sentenciante a tal convencimento. Da mesma forma, efetuou a dosimetria da pena, expondo suas razões de decidir em cada uma das etapas da fixação da pena, não havendo que se falar em ausência de motivação da sentença.

IV - A materialidade do delito de tráfico de drogas restou devidamente comprovada pelos laudos periciais de fls. 34/37 e 38/41, que confirmaram ser cocaína (4.057 g) a substância apreendida. Por sua vez, os laudos periciais de fls. 399/413 provaram a

materialidade da importação de arma e munição, afirmando que as armas são aptas e de uso restrito, bem como as munições estão íntegras e aptas, sendo que são de uso permitido os calibres .22 e .32 e de uso restrito os calibres 9mm e .40. Já a materialidade do delito de importação de medicamento falsificado restou demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 54) e pelo Laudo Pericial (fls. 161/167), que confirmou a falsificação dos medicamentos apreendidos.

V - A autoria e o dolo também restaram demonstrados e bem fundamentados na sentença recorrida, que embasou a condenação em provas produzidas na fase policial, ratificadas pelas provas produzidas em sede judicial, consistentes nos interrogatórios inconsistentes e contraditórios dos apelantes e depoimento das testemunhas, produzidos na fase judicial.

VI - Não há que se falar em coação moral irresistível. O apelante Roney alega sofrer ameaças diárias de pessoas, as quais não tem a menor ideia de quem seja, e nem o porquê das ameaças que lhe são feitas. Tudo muito abstrato. Além da esposa e colega de trabalho, que relataram que o mesmo já havia comentado sobre as supostas ameaças sofridas, não existem quaisquer outras provas, nos autos, que comprovem a veracidade da alegação. Não foi feito nenhum boletim de ocorrência, não existe qualquer outro documento comprobatório.

VII - O apelante poderia ter se valido de outros meios lícitos para sanar as supostas ameaças, que, conforme relatou, teriam sido feitas a longo prazo, já que enveredar no mundo do crime não é solução acertada, honrosa, digna para resolver o problema.

VIII - Quanto ao delito de tráfico de drogas, se cuida de réus primários, que não ostentam maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. O fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade no dolo. Os apelantes não se utilizaram do cargo para a prática do delito, motivo pelo qual não podem ter a pena majorada por essa razão. A quantidade de cocaína apreendida (4.057g), deve majorar a pena em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Pena-base reduzida.

IX - Se a confissão espontânea do apelante (Roney) alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea “d”, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu sob coação moral irresistível (excludente de culpabilidade. Precedentes.

X - Os apelantes Alexandre e Rafael atuaram como “batedores” do corrêu Roney, cujas condutas não podem caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas (droga, armas e munições).

XI - A despeito dos argumentos expendidos, tem-se que a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal já foi objeto de julgamento pelo Órgão Especial desta Corte. Na ocasião, por maioria, foi rejeitada a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, considerando-se “inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.”

XII - Reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º do Código Penal, a dosimetria da pena fixada em primeiro grau merece reforma. Não há como ser mantida a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, considerando a ina-

plicabilidade da Lei de Drogas ao delito tipificado no art. 273, § 1º, do Código Penal. XIII - Quanto ao disposto no art. 59 do Código Penal, não há circunstâncias judiciais a serem negativamente valoradas: a culpabilidade, os motivos, circunstâncias e consequências do crime são inerentes à espécie, os acusados possuem bons antecedentes e não há nos autos elementos para valoração da conduta social e personalidade dos réus. A pena-base, portanto, deve ser fixada no mínimo legal previsto no tipo penal do art. 273, § 1º, do Código Penal, ou seja, em 10 (dez) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. XIV - Mediante uma única ação, os réus provocaram os três resultados típicos distintos, violando o art. 273, § 1º do Código Penal, o art. 33, *caput*, c.c inciso I, do art. 40, ambos da Lei nº 11.343/06 e os artigos 18 c.c art. 19, ambos a Lei nº 10.826/03, motivo pelo qual deve ser aplicado o concurso formal impróprio.

XV - A prova dos autos não demonstra que os acusados agiram com desígnios autônomos em relação a todos os produtos ilícitos encontrados dentro da mochila transportada por Roney, que admitiu, apenas, saber tratar-se de coisas ilícitas. Portanto, não há como concluir que os acusados tivessem a intenção de atingir três bens jurídicos distintos.

XVI - Por tais razões, nos termos do art. 70, *caput*, do Código Penal, deve ser aplicada a pena mais grave, qual seja, a do art. 273, § 1º, do Código Penal, de 10 (dez) anos de reclusão, acrescida de 1/5 (um quinto), porque a conduta atingiu três bens jurídicos diferentes, restando, definitivamente, fixada em 12 (doze) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, o valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente na data dos fatos. XVII Preliminares rejeitadas. Recurso de Alexandre parcialmente provido. Recurso de Rafael e Roney desprovidos. Recurso do Ministério Público Federal parcialmente provido. De ofício reduzidas as penas e aplicado o concurso formal próprio.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para aplicar o preceito secundário, previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal para este delito; rejeitar as preliminares e dar parcial provimento à apelação de Alexandre Almeida Nunes, apenas para reduzir a pena-base do delito de tráfico de drogas, e negar provimento às apelações de Rafael dos Santos Nunes e Roney dos Santos Nunes e, de ofício, reduzir a pena-base do delito de tráfico de drogas, para ambos os réus, bem como reconhecer a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP), no tocante ao apelante Roney dos Santos, bem como aplicar o concurso formal próprio, previsto no art. 70, *caput*, primeira parte, para aplicar a pena do delito mais grave, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão (prevista no art. 273, § 1º, do Código Penal), acrescida de 1/5 (um quinto), restando a pena definitiva dos três acusados fixada em 12 (doze) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no regime inicial fechado, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de abril de 2014.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de Apelações Criminais interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelos acusados RAFAEL DOS SANTOS NUNES, RONEY DOS SANTOS NUNES e ALEXANDRE ALMEIDA NUNES contra a r. sentença de fls. 1347/1354, que julgou parcialmente procedente o pedido da denúncia (recebida em 30.11.2011 fls. 456/457), para:

a) ABSOLVER o réu ALEXANDRE ALMEIDA NUNES da acusação da prática do crime previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal;

b) ABSOLVER os réus ALEXANDRE ALMEIDA NUNES, RAFAEL DOS SANTOS NUNES e RONEY DOS SANTOS NUNES da acusação prevista no art. 35, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal;

c) CONDENAR os réus ALEXANDRE ALMEIDA NUNES, RAFAEL DOS SANTOS NUNES e RONEY DOS SANTOS NUNES, pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, art. 273, § 1º, do Código Penal, e art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei nº, à pena de 17 (dezessete) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 672 (seiscentos e setenta e dois) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente na data dos fatos, atualizado monetariamente na execução, sendo 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa pelo cometimento do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06; 5 (cinco) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa pela prática do delito do art. 273, § 1º, do Código Penal; e 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa pela prática da conduta tipificada no art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei nº 10.826/06.

Confiscado, em favor da União (FUNAD), os veículos Strada e Palio apreendidos (fls. 120/121). Com base no art. 91, II, “a”, do Código Penal, confiscados os medicamentos falsificados.

Decretada a perda do cargo de sargento do Exército, em relação ao réu Roney e a perda do cargo de policial militar, em relação ao réu Alexandre, com fundamento no art. 92, I, “b”, do Código Penal.

Remetidas as armas de fogo e munições apreendidas ao Comando do Exército (salvo a arma de fogo que estava na posse do réu Alexandre, que deve ser devolvida à PM/MG).

Segundo narra a denúncia, *verbis*:

No dia 20 de julho de 2011, ou em data imediatamente anterior, os denunciados empreenderam viagem a partir do Paraguai, ou de região próxima à fronteira, transportando e trazendo consigo entorpecentes, armas de fogo, munições, acessórios para armas de fogo e remédios falsificados (tabela detalhada a f. 4), que adquiriram e possivelmente importaram do Paraguai, cientes de sua origem ilícita e internacionalidade.

Na mesma data de 20 de julho de 2011, Policiais Rodoviários Estaduais realizavam fiscalização de rotina no posto da Polícia Rodoviária Estadual - PRE localizado na rodovia BR-060, Km 409, município de Sidrolândia/MS, quando por volta de 19:45 um dos policiais sinalizou para o motorista do veículo Fiat Palio, placas GXY-1877, conduzido pelos denunciados ALEXANDRE e RAFAEL, que seguia em direção a Campo Grande, para que parasse o veículo. O veículo chegou a diminuir a velocidade, mas logo em seguida empreendeu fuga em direção a Campo Grande.

O policial Militar Kenedy saiu em busca de tal veículo enquanto o Policial Militar Euzébio

permaneceu no posto da PRE. Logo em seguida, foi realizada a abordagem do veículo Fiat Strada, placas GXY-1876 conduzido pelo denunciado RONEY.

O denunciado RONEY foi entrevistado e informou que iria a Campo Grande para um casamento, todavia verificou-se que não trazia qualquer vestimenta para utilização em casamento. Foi solicitado então a RONEY que estacionasse o veículo para uma vistoria. Neste momento, o Policial Militar Euzébio precisou atender a um telefonema, ocasião em que RONEY aproveitou para fugir.

O veículo Fiat Palio, placas GXY-1877, conduzido pelo denunciado RAFAEL, que estava em companhia do denunciado ALEXANDRE, foi abordado pela Polícia Militar já na entrada da cidade de Campo Grande/MS.

Não foi encontrado nada de irregular escondido no veículo Palio, mas ALEXANDRE levava consigo sem autorização uma pistola .40 (com 15 munições no carregador) marca Imbel, modelo MD5, nº EKA12150 de propriedade da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e no bolso de sua calça foram encontradas 50 munições do mesmo calibre adquiridas no Paraguai. Em período concomitante ocorria perseguição ao veículo Fiat Strada, localizado pouco tempo depois, parado com os faróis apagados, como forma de camuflagem pois já era noite, em uma estrada vicinal próximo à empresa Seara, localizada em Sidrolândia.

O denunciado RONEY foi encontrado dentro do veículo (depoimento testemunha Euzébio - fls. 158/159).

No veículo foram encontrados uma mira laser, 2 chaves “ali” usadas para manusear a mira a laser, um aparelho GPS e uma chave da marca argentina Bersa utilizada para desmontar pistola.

Com o clarear do dia, policiais civis realizaram buscas nas imediações do local onde o veículo Fiat Strada conduzido por RONEY foi encontrado, e próximo à estrada vicinal, em um matagal, foram encontradas uma sacola de cor preta com o brasão do Exército Brasileiro e uma sacola plástica branca (fotos a fls. 145/146), contendo os seguintes materiais (f. 39):

- 4 pistolas, marca BERSA, modelo thunder-9-pro calibre .9mm;
- 8 carregadores de pistola marca Bersa;
- 2450 (em 49 invólucros) munições calibre .22;
- 50 munições especiais calibre .9mm
- 50 munições especiais calibre .22;
- 80 cartelas contendo 2 comprimidos cada de remédio Cialis 20mg;
- 4 (em um total de 4.057 gramas da substância) tabletes de pasta base de cocaína.

Irresignada, apela a defesa de Alexandre Almeida Nunes, em cujas razões recursais (fls. 1377/1419) requer, em síntese:

- a) a absolvição por ausência de provas da materialidade e da autoria delitivas, além da ausência de liame subjetivo entre os corréus;
- b) a oitiva de novas testemunhas por esta Corte;
- c) a redução da pena aplicada.

Apela, ainda, a defesa de Roney dos Santos Nunes e Rafael dos Santos Nunes, em cujas razões recursais (fls. 1421/1496), sustenta, em síntese:

- a) nulidade da sentença condenatória, em razão de ausência de fundamentação e demonstração de seu convencimento;
- b) que deve ser reconhecida a excludente de culpabilidade, consistente na prática do delito sob coação moral irresistível (ameaça de morte da esposa e filho), com a consequente absolvição do apelante Roney, que, inclusive, não tinha conhecimento do material ilícito que transportava;

c) a não ocorrência da função de “batedor”, no tocante ao apelante Rafael, considerando ser a primeira vez que este viajava para Ponta Porã, além de ser “humanamente impossível alguém exercer a função de ‘batedor’, estando viajando um veículo próximo um do outro”;

d) a inexistência dos delitos do art. 18 c.c art. 19 da Lei nº 10.826/2003 (tráfico internacional de arma de fogo), pois o apelante Roney não tinha conhecimento do conteúdo e origem do material que transportava;

e) a inconstitucionalidade do art. 273, § 1º, do Código Penal, por ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade;

f) a manifesta fragilidade e ausência de provas de que ambos os apelantes praticaram os delitos narrados na denúncia, não tendo, o magistrado *a quo*, analisado devidamente as teses defensivas;

g) que deve ser revertida a pena de perdimento do veículo Fiat Strada, de propriedade do apelante Roney já há alguns anos e adquirido com proventos lícitos, constando, inclusive “em sua declaração de imposto de renda dos anos de 2010 e 2011, onde consta a aquisição desse veículos Fiat Strada, financiado, que acostamos a esta manifestação final”;

Por fim, apela o Ministério Público Federal, em cujas razões recursais (fls. 1528/1536) postula, em síntese:

a) a exasperação das penas impostas aos apelados Alexandre Almeida Nunes e Roney dos Santos Nunes, em relação aos delitos previstos no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e art. 18 c.c art. 19, ambos da Lei nº 10.826/03, levando-se em consideração o fato de serem, respectivamente, Policial Militar e Sargento do Exército;

b) seja aplicado o preceito secundário, previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal, fixando-se a pena acima do mínimo, bem como seja reconhecida a hediondez do referido delito.

Contrarrazões do Ministério Público Federal à apelação interposta pela defesa de Alexandre Almeida Nunes (fls. 1510/1515), nas quais requer o desprovimento do recurso.

Contrarrazões do Ministério Público Federal à apelação interposta pela defesa de Roney dos Santos Nunes (fls. 1516/1527), nas quais requer o desprovimento do recurso.

Contrarrazões da defesa de Roney dos Santos Nunes e Rafael dos Santos Nunes (fls. 1541/1545), nas quais requer o desprovimento do recurso interposto pela acusação.

Contrarrazões da defesa de Alexandre Almeida Nunes (fls. 1557/1590), nas quais repete o conteúdo das razões de apelação, anteriormente apresentadas.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em seu parecer, (fls. 1592/1610-v) opina pelo desprovimento dos recursos defensivos e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal.

Feito submetido à revisão, conforme previsão regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): De início, desmembro o processo no tocante ao delito previsto no art. 273, § 1º, do código penal, suspendendo o julgamento deste, até o julgamento do processo nº 2009.61.24.000793-5, que se encontra no órgão especial desta corte, aguardando julgamento da argüição de inconstitucionalidade do preceito secundário do referido delito.

I - Do pedido de oitiva de novas testemunhas feita pela defesa de Alexandre Almeida Nunes:

A defesa de Alexandre requer a oitiva de novas testemunhas, por esta Corte, alegando que seus depoimentos seriam essenciais para demonstrar que o apelante deve ser absolvido pelos crimes que lhe foram imputados na denúncia.

O pedido não merece ser acolhido.

Isso porque há preclusão no tocante às provas não requeridas na fase processual adequada. As provas devem ser requeridas e produzidas durante a instrução processual, momento destinado à produção do conjunto probatório, que, inclusive, transcorreu de forma regular, procedendo-se à oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

Ressalte-se, ainda, que o pedido defensivo de produção de provas, já na fase recursal, não foi acompanhado da devida demonstração de que as oitivas não puderam ser realizadas no momento oportuno, limitando-se a afirmar que tais depoimentos seriam capazes de afastar a imputação que recai sobre Alexandre.

Além disso, segundo a defesa, as testemunhas que pretende sejam ouvidas (Plínio Vicente da Silva, Whashington Macedo Queiroz, Sebastião Pinto de Almeida Net, e José Orlando da Silva), são as mesmas que já teriam prestado depoimento no Processo Administrativo nº 114090/2011, que tramita na Polícia Militar de Minas Gerais.

Ocorre que a defesa, em sede de alegações finais, juntou o depoimento de Euzébio Paia Valente (fls. 1170/1174), prestado nesse mesmo processo administrativo, deixando de juntar os alegados depoimentos das demais testemunhas acima citadas. Além do que, como já dito, deixou de arrolar tais testemunhas no momento processual adequado.

Por fim, como bem lembrado pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, de rigor consignar que o art. 616 do Código de Processo Penal deve ser utilizado caso haja dúvida sobre as provas produzidas e desde que essenciais para a solução do processo. Entretanto, no caso, os elementos probatórios colhidos durante a instrução processual são suficientes para a formação do convencimento judicial.

II - Da alegação de nulidade da sentença condenatória, em razão de ausência de fundamentação e demonstração de seu convencimento, pela defesa de Roney e Rafael:

Não prospera a alegação da defesa, pois se verifica, às fls. 1347/1354, que a sentença recorrida encontra-se devidamente fundamentada, pois explicitou, detalhadamente, os elementos probatórios que embasaram a condenação dos apelantes, declinando, inclusive, o conteúdo do depoimento das testemunhas que, juntamente com as demais provas dos autos, levaram o magistrado sentenciante a tal convencimento.

Da mesma forma, efetuou a dosimetria da pena, expondo suas razões de decidir em cada uma das etapas da fixação da pena, não havendo que se falar em ausência de motivação da sentença.

III - Do mérito

A materialidade do delito de tráfico de drogas restou devidamente comprovada pelos laudos periciais de fls. 34/37 e 38/41, que confirmaram ser cocaína (4.057 g) a substância apreendida.

Por sua vez, os laudos periciais de fls. 399/413 provaram a materialidade da importação de arma e munição, afirmando que as armas são aptas e de uso restrito, bem como as munições estão íntegras e aptas, sendo que são de uso permitido os calibres .22 e .32 e de uso restrito os calibres 9mm e .40.

A autoria e o dolo também restaram demonstrados e bem fundamentados na sentença recorrida, que embasou a condenação em provas produzidas na fase policial, ratificadas pelas provas produzidas em sede judicial. Senão vejamos.

Em seu interrogatório policial, (fls. 13/16), o apelante *Rafael* negou a autoria, relatando que saiu de Campina Verde/MG, com seu primo, o corréu Alexandre, para fazer compras no Paraguai, de perfumes e celulares, e encontraram com seu irmão, o corréu Roney, que reside em Ponta Porã. Disse que, durante o retorno, Roney lhe disse que havia comprado munições e que também iria até Campo Grande, mas não sabe o que ele faria lá, acredita que iria passear. Relatou que, durante a viagem, Roney seguiu sempre à frente de seu veículo, cerca de 100 a 200 metros, sendo que quando passaram a última rotatória antes de Campo Grande, pararam e Roney lhe disse para seguir “reto” até Campo Grande e a partir de então Roney passou a segui-lo na estrada. Disse não ter visto policial na base da PRE dando ordem de parada.

Já o apelante *Alexandre*, em seu interrogatório policial (fls. 18/21), também negou a autoria, afirmando que saiu de Campina Verde/MG com seu primo, o corréu Rafael, para fazer compras no Paraguai, de perfumes e outros produtos pessoais, e encontraram com o irmão de Rafael, o corréu Roney, que reside em Ponta Porã. Admitiu que comprou a caixa de munição, que transportava, no Paraguai. Disse, ainda, que no retorno não viu Roney à frente ou atrás deles. Relatou que, quando saíram de Ponta Porã, Roney ficou em casa e não disse que viria a Campo Grande, bem como que no retorno não pararam na estrada, exceto quando havia um caminhão parado e que, quando passaram pela base da PRE, o policial levantou a mão e achou que era cumprimento.

Por fim, o apelante *Roney*, ao ser interrogado na fase policial (fls. 23/26), negou a autoria dos delitos, disse que estava sendo perseguido e coagido por pessoas desconhecidas que telefonam no seu aparelho celular de um número privado, que o obrigavam a comprar armas e munições em Pedro Juan, no Paraguai, e deixar em algum ponto na própria cidade de Pedro Juan Cabalero. Que também o obrigavam a carregar munições, geralmente calibre .22 e a transportá-las dentro do Brasil, passando por postos fiscais e fazendo o serviço de “batedor”, isto é, viajava a frente de veículos que transportavam objetos ilícitos, bem como o obrigavam a avisar se estava ocorrendo fiscalização nas estradas; que tinha sempre que carregar algo ilícito no seu carro para o caso de, se fosse parado em fiscalizações, pudesse distrair os policiais. Que na data de ontem viajou a cerca de 300 a 400 metros atrás do veículo Fiat/Pálio até chegar à base da PRE, nesta cidade. Que ao chegar na base, não viu o policial fardado dar ordem de parada ao Fiat/Pálio que seguia logo à sua frente, nem ao interrogando. Que, em seguida, viu que o policial sinalizava e voltou. Que levava sua farda no banco de trás do carro, porque foi uma desculpa inventada para sua esposa para poder viajar, tendo dito a ela que iria a um casamento vestido com a farda. Que, na verdade, ia para Campo Grande passear. Que ficou quase 50 minutos na base da polícia rodoviária e o policial ficou no telefone todo o tempo. Que seu veículo Fiat/Strada não foi revistado em nenhum momento naquele local. Que resolveu fugir ao ouvir o policial falando no telefone sobre um Pálio de cor preta, e sabendo que se tratava de seu irmão e primo, com medo da situação, com receio de ser algo envolvendo as pessoas que o perseguem e coagem, o interrogando entrou no veículo e empreendeu fuga em direção à cidade de Sidrolândia. Que, na fuga, entrou em uma estrada de terra à direita. Que parou o veículo naquela estrada de terra, numa bifurcação onde há uma casa abandonada, desceu do carro, colocou uma caixa de munição calibre.22, que havia comprado no Paraguai, no vão de uma árvore. Em seguida, pegou a estrada de terra novamente e parou mais uma vez, por cerca de 20 minutos e foi encontrado pelos policiais.

Interrogado em juízo, (CD fls. 1002), o apelante *Alexandre* negou a autoria. Confirmou

que adquiriu a munição, encontrada em seu poder, no Paraguai, para praticar tiro, haja vista ser policial militar. Disse que acompanhou seu primo na viagem para buscar um parente em Campo Grande. Resolveram ir a Ponta Porã, na casa de Roney. Fizeram compras no Paraguai. Disse que o PRE não deu ordem de parada ao seu veículo, que também não viu perseguição da PRE ao seu veículo e não viu Roney atrás do veículo na estrada. A sindicância na PM o absolveu. Depois da prisão, Roney lhe disse que estava sendo ameaçado para transportar coisa ilícita, mas não sabia o que havia dentro da mochila.

Rafael, interrogado em juízo (CD fls. 1002), negou a autoria delitiva. Disse que fora buscar uma tia em Campo Grande. Não recebeu ordem de parada do PRE. É irmão do Roney. O veículo de Roney não estava na sua frente na estrada. Roney o levou até a saída de Ponta Porã para mostrar o caminho. Alexandre, que o acompanhou na viagem, lhe disse que estava com a pistola, pois é policial militar, bem como que havia comprado munição e spray no Paraguai. Roney não falou de ameaças, nem sobre o que estava transportando. Nada foi encontrado em seu veículo.

Roney, em seu interrogatório judicial (CD fls. 1063), negou a existência de dolo na autoria delitiva. Disse que fora expulso do Exército. Relatou que estava sofrendo ameaças contra sua família. Viajou a Goiânia e roubaram seu veículo. Na data dos fatos, os corréus foram a Ponta Porã para fazer compras. Não viu o réu Alexandre comprando a munição. Depois, os levou até a saída de Ponta Porã, para mostrar o caminho, quando, no retorno, foi abordado por uma caminhonete. Desceu um homem armado e lhe entregou a sacola, para ser entregue no primeiro posto depois de Campo Grande. Ameaçou sua família. Foi parado no Posto da PRE. Ouviu o PRE dizer ao telefone que os corréus foram abordados. Resolveu fugir. Parou em matagal, deixou a bolsa no matagal, avisou o primo advogado e aguardou a polícia. Não abriu a mochila, mas acreditava que era ilícito. Não confirma declaração de transporte de arma no interrogatório policial. É sua a mira laser, pois é acessória de sua pistola registrada no Exército.

As testemunhas Kenedy e Euzébio, policiais rodoviários estaduais, ouvidas em juízo (CD fl. 475), confirmaram as declarações, prestadas no auto de prisão em flagrante, no sentido de que receberam ordem de oficial superior para abordar os veículos Strada e Palio, que vinham do Paraguai, pois havia notícia de investigação do serviço reservado do Exército, e indícios de que estariam com algo ilícito. Segundo o oficial superior, o Strada estaria na frente do Palio. Contudo, passou, na base, primeiro o Palio. Dada ordem de parada, o veículo Strada parou e o veículo Pálio diminuiu a velocidade e depois se evadiu. Os veículos estavam mais ou menos próximos. O PRE Kenedy perseguiu o Pálio. O veículo Strada era conduzido pelo réu Roney e, enquanto o PRE Euzébio falava ao telefone, também se evadiu. Acionaram PM/Sidrolândia. O PRE Kenedy encontrou e abordou o veículo Strada junto com o PM/Sidrolândia. Havia mira laser no veículo e o réu Roney disse que era dele. A PM/Campo Grande abordou o veículo Pálio e o trouxe à base. No veículo Pálio nada foi encontrado.

A testemunha Cleyton (fls. 755/758), ouvida em juízo, afirmou que participou de diligência com a Delegada e encontraram no matagal uma sacola do Exército contendo armas, munições, droga e comprimidos. O réu Roney disse que praticou o ato porque estava sendo ameaçado.

As testemunhas Lauremar e Milton (fls. 759v/764), ouvidas em Juízo, afirmaram que residem na fazenda, à noite entrou um veículo em alta velocidade, parou, desligou as luzes e ficou no canavial. No dia seguinte, juntamente com a Polícia, foram ao local e encontraram uma sacola do exército contendo droga, armas, munição e remédios.

As testemunhas Julio e Rogério (fls. 758v/759 e 764v/765), em juízo, afirmaram que Roney é militar exemplar, comentou que estava sendo ameaçado, perseguiam a família dele,

veículo foi furtado, falei pra comunicar aos superiores e ele foi à 2ª Seção. O réu Roney queria transferir.

A informante Caroline (CD fl. 475), em juízo, disse que é esposa de Roney, estava com ele quando o veículo Strada foi roubado. Havia ameaças antes do roubo. Roney avisou o quartel que recebia ameaças para transportar alguma coisa. A maioria dos vizinhos ficou sabendo. Roney havia pedido transferência. Rafael e Alexandre vieram a Campo Grande pegar uma tia.

A testemunha José Orlando (CD fl. 475), em Juízo, disse que o réu Alexandre tem bom comportamento na PM. Afirmou, ainda, que desde 2008 há lei autorizando PM a usar arma da corporação em todo o território nacional.

A testemunha Nilson (CD fl. 475) afirmou que conhece os réus Rafael e Alexandre e pode atestar bom comportamento.

Quanto à autoria de Roney:

Roney, em seu interrogatório judicial, não confirmou o quanto alegado em sede policial, no sentido de que teria sido obrigado a comprar armas e munições, bem como que tinha sempre que carregar algo ilícito no seu carro para o caso de, se parado em fiscalizações, pudesse distrair os policiais.

Confessou o transporte da mochila que continha droga, armas e munições. Entretanto, alterou a versão dos fatos narrados, dizendo que uma pessoa armada, que já havia lhe ameaçado outras vezes e estava numa caminhonete, lhe abordou assim que fazia volta no trevo pra voltar pra casa, lhe passou uma mochila e falou: “vá até Campo Grande, passe o trevo, vai haver um posto lá, você deixa na traseira”. Entretanto não faz qualquer prova nos autos nesse sentido, inclusive seu irmão e corréu, Rafael, disse não saber a respeito das supostas ameaças.

O apelante Roney alega sofrer ameaças diárias de pessoas, as quais não tem a menor ideia de quem sejam, e nem o porquê das ameaças que lhe são feitas. Tudo muito abstrato.

Além da esposa e colega de trabalho, que relataram que o mesmo já havia comentado sobre as supostas ameaças sofridas, não existem quaisquer outras provas, nos autos, que comprovem a veracidade da alegação. Não foi feito nenhum boletim de ocorrência, não existe qualquer outro documento comprobatório.

O apelante poderia ter se valido de outros meios lícitos para sanar as supostas ameaças, que, conforme relatou, teriam sido feitas a longo prazo, já que enveredar no mundo do crime não é solução acertada, honrosa, digna para resolver o problema.

Em juízo confirmou que levava sua farda no banco de trás do carro, porque foi uma desculpa inventada para sua esposa para poder viajar, tendo dito a ela que iria a um casamento vestido com a farda. De outra parte diz que foi apenas até o trevo mostrar para o seu irmão a saída pra Maracaju e, quando fazia o retorno, foi abordado pela suposta pessoa armada que lhe entregou a mochila com os objetos ilícitos.

Vê-se, portanto, que os fatos narrados pelo apelante Roney em seus interrogatórios são contraditórios, inverossíveis e não existem elementos probatórios nos autos que os comprovem.

Por fim, como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, a alegação de que não sabia o que havia dentro da mochila não aproveita, tendo em vista que admitiu que sabia que era ilícito, atuando, no mínimo, com dolo eventual. Também não convence a alegação de que não verificou o que havia dentro da mochila. Teve tempo suficiente e seria absolutamente natural. Portanto, restou provada a autoria do apelante Roney, em relação ao tráfico de drogas, de armas e munições.

Quanto à autoria dos réus Rafael e Alexandre:

O fato de os apelantes terem desobedecido a ordem de parada do policial, já indica a autoria delitiva, inclusive porque não tinham nada ilícito dentro do carro, ou seja, fugiram porque estavam apenas servindo de “batedores” para o corrêu Roney.

Além disso, Alexandre, em juízo, disse não ter visto na estrada o veículo do corrêu Roney. Contudo, segundo os depoimentos dos policiais rodoviários, os veículos estavam próximos na estrada. Rafael disse, na polícia, que seguiu o Strada, conduzido pelo corrêu Roney, até Campo Grande e, em juízo, afirmou que Roney foi apenas até a saída de Ponta Porã. Entretanto, de acordo com os depoimentos dos policiais rodoviários Euzébio e Kenedy, bem como pela própria prisão em flagrante de Roney em Sidrolândia, fica claro que o interrogatório policial de Rafael, nesta parte, corrobora o conjunto probatório.

As provas dos autos demonstram que o apelante Roney veio a Campo Grande no Strada, acompanhando os corrêus, Alexandre e Rafael, que estavam no Pálio. Em seu próprio interrogatório, em juízo, Roney afirmou que resolveu fugir da base da PRE, quando ouviu o policial falar ao telefone que o Pálio, com os corrêus, teria sido abordado. Por outro lado, na polícia, os apelantes Rafael e Alexandre disseram que viajaram para fazer compras no Paraguai e, em juízo, afirmaram que viajaram para buscar um parente em Campo Grande. Ressalte-se que todos os apelantes estavam acompanhados de advogados, durante o interrogatório realizado na fase policial.

Vê-se, portanto, que as alegações são inconsistentes, e as provas dos autos apontam para o fato de que Rafael e Alexandre estavam exercendo a função de “batedores” do corrêu Roney.

Como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, não é a distância entre os veículos, alegada pela defesa, que define o fato de os corrêus serem ou não “batedores”, mas o liame subjetivo que se extrai das inconsistentes alegações dos réus, corroboradas pelas provas testemunhais.

Assim, não há como afastar a condenação dos apelantes pela prática do delito de tráfico de armas, munições e entorpecentes.

2. Dosimetria das penas.

Apenas o apelante Alexandre Almeida Nunes requer a redução da pena aplicada.

2.1) Delito de tráfico internacional e entorpecentes.

Assim foi feita a dosimetria da pena pelo Juízo *a quo*:

XIV - Quanto ao crime de tráfico internacional de drogas, a culpabilidade dos réus não desborda dos limites do tipo. O fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, ao traduz maior intensidade do dolo. Não ostentam antecedentes criminais (fls. 347/348, 493/495, 516/524, 526/533, 535/537, 540/542 e 559/561). Não há elementos nos autos para valorar a conduta social e personalidade. Motivo é o lucro fácil, inerente à modalidade delitiva (cf. STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, informativo n. 665). Circunstâncias são normais para a espécie. Consequências não são graves, porque a droga foi apreendida. Comportamento da vítima (coletividade) não influi na prática do crime. Natureza da droga é cocaína, sendo que a nocividade está incorporada ao próprio tipo penal (cf. STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, informativo 665). A quantidade de droga é elevada (4.057g). Com base no art. 59 do CP, e art. 42, da Lei nº 11343/06, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida, fixo a pena-base acima do mínimo legal, isto é, 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. O réu Roney fez a denominada confissão qualificada (admite o fato agregado a descriminante ou dirimente), que não configura atenuante (Nesse sentido: STJ, HC n. 129278, j. 27.4.2009, rel. Min. Laurita Vaz). Pela transnacionalidade, elevo no mínimo legal, isto é, em um sexto, resultando 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Os réus preenchem os

requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, todavia, tendo em vista a grande quantidade de cocaína apreendida reduz no mínimo legal, ou seja, um sexto, *resultando 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão*. Adotando os mesmos parâmetros acima, fixo a pena de multa em 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo, vigente na data do fato, atualizado monetariamente na execução, tendo em vista a situação econômica declarada pelos réus (sargento, policial militar e comerciante, CD/s fls. 1002 e 1063).

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base de todos os apelantes foi majorada em 1/3 (um terço), apenas em razão da quantidade da droga apreendida (4.057g).

Ocorre, entretanto, que se trata de réus primários, que não ostentam maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. Como bem ressaltou o magistrado sentenciante, o fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade no dolo. Os apelantes não se utilizaram do cargo para a prática do delito, motivo pelo qual não podem ter a pena majorada por essa razão. A quantidade de cocaína apreendida (4.057g), deve majorar a pena em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passando a pena-base dos apelantes a ser fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três dias-multa).

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes. O magistrado sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão para o apelante Roney, pelo fato de ter sido a confissão qualificada, ou seja, confessou os fatos, mas alegou que o fez sob coação moral irresistível.

Entretanto, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 1350), *verbis*:

Tocante à autoria do réu Roney, tem-se que confessou em Juízo o transporte da mochila que continha droga, armas, munições e medicamentos falsificados. A alegação de que foi interceptado na estrada e um homem não identificado, portando arma de fogo, ameaçou sua família e o coagiu a transportar a mochila, não tem qualquer prova. (...)

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos, autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art.65, inciso III, alínea d, do Código Penal, deve ser aplicada” (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Além disso, o fato de alegar uma excludente de culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA. (...)

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea “d”, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ* parcialmente concedido. (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07). grifei.

Por tais razões, deve ser reconhecida a atenuante de confissão do apelante Roney, razão pela qual sua pena é reduzida de 1/6 (um sexto) restando fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Já as penas de Rafael e Alexandre, nessa segunda fase, permanecem fixadas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira fase de aplicação da pena, verifico que o magistrado de primeiro grau fez incidir, com acerto, a causa de aumento da internacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06), no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), pois presente uma única causa de aumento.

Nesse sentido, decisão desta Corte: “(...) O emprego do acréscimo de 2/3 (dois terços) decorrente da internacionalidade do tráfico é nitidamente excessivo, *eis que presente uma única causa de aumento, devendo o percentual de majoração ser reduzido ao mínimo legal*. Na esteira do entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há de se admitir a retroatividade benéfica do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, que abriga o percentual mínimo de 1/6 (um sexto), resultando a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e a pena pecuniária em 77 (setenta e sete) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.” (ACR 2005.61.19.0069763, rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJF3 27.05.10) grifei.

Assim, a pena deve permanecer majorada em 1/6 (um sexto), restando fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, para o apelante Roney e em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa para Rafael e Alexandre.

Pleiteia o apelante Alexandre a redução da pena, em razão de suposta participação de menor importância.

Alexandre e Rafael atuaram como “batedores” do corréu Roney, cujas condutas não podem caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas (droga, armas e munições).

Nesse sentido, já decidi a 1ª Turma desta Corte, em voto de minha relatoria:

PENAL. TRÁFICO E DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. *BATEDOR. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA. REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. ATIPICIDADE NO CRIME DE DESCAMINHO NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. RECURSO EM LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO.*
 1. Materialidade e autoria delitiva demonstradas pelo conjunto probatório dos autos.
 2. *Não caracterizada a participação de menor importância ante a participação efetiva nos atos tendentes a viabilizar o transporte da mercadoria irregular, trazida do Paraguai e clandestinamente introduzida em território nacional sem o recolhimento dos tributos devidos.*
 3. Arguição de coação moral irresistível rejeitada por vir desacompanhada de provas, baseando-se apenas nas declarações do réu, que alterou a versão dos fatos na fase judicial. (...) (ACR 00182204320084036112 - e-DJF3 18/11/2011).

Ainda na terceira fase de aplicação da pena, foi aplicada a causa de diminuição, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto).

Não houve recurso das partes nesse aspecto, bem como entendo deva mantida referida causa de diminuição no percentual mínimo de 1/6, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, em que os réus empreenderam fuga, esconderam a mochila no mato, tendo dificultado a ação dos policiais.

Assim, as penas restam definitivamente fixadas em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa para o réu Roney dos Santos Nunes, e em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa para os corréus Rafael dos Santos Nunes e Alexandre Almeida Nunes, pela prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes.

2.1 Do crime de importação de arma de fogo de uso restrito e munição.

Assim foi feita a dosimetria da pena, pelo juízo *a quo*:

XIV - Tocante ao crime de importação de arma de fogo de uso restrito e munição, a culpabilidade dos réus não desborda dos limites do tipo. O fato e o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade do dolo. Não ostentam antecedentes criminais (fls. 347/348), 493/495, 516/533, 535/537, 540/542 e 559/561). Não há elementos nos autos para valorar a conduta social e a personalidade. Motivo é o lucro fácil, inerente à modalidade delitiva (cf STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, Informativo n. 665). Circunstâncias são normais para a espécie. Consequências não são graves, porque as armas e munições foram apreendidas. Comportamento da vítima (coletividade) não influenciou na prática do crime. Com base no art. 59, do CP, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 4 anos de reclusão. O réu Roney fez a denominada confissão qualificada (admite o fato agregado a discriminante ou dirimente), que não configura atenuante (Nesse sentido: STJ, HC n. 129278, j. 27.4.2009, rel. Min. Laurita Vaz). Não há atenuante ou agravante. Não há causa de diminuição. Pelo fato de as pistolas serem de uso restrito, nos termos do art. 19, da Lei nº 10.826/03, elevo a pena em metade, resultando 6 (seis) anos de reclusão. Adotando os mesmos parâmetros acima, fixo a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo, vigente na data do fato atualizado monetariamente na execução, tendo em vista a situação econômica declarada pelos réus (sargento, policial militar e comerciante, CD's fls. 1002 e 1063).

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base dos apelantes foi fixada, com acerto, no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dia-multa. Isso porque se trata de réus primários, que não ostentam maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. Como bem ressaltou o magistrado sentenciante, o fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade no dolo. Os apelantes não se utilizaram do cargo para a prática do delito, motivo pelo qual não podem ter a pena majorada por essa razão.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes. O magistrado sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão para o apelante Roney, pelo fato de ter sido a confissão qualificada, ou seja, confessou os fatos, mas alegou que o fez sob coação moral irresistível.

Entretanto, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 1350), *verbis*:

Tocante à autoria do réu Roney, tem-se que confessou em Juízo o transporte da mochila que continha droga, armas, munições e medicamentos falsificados. A alegação de que foi interceptado na estrada e um homem não identificado, portando arma de fogo, ameaçou sua família e o coagiu a transportar a mochila, não tem qualquer prova. (...)

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos, autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art.65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, deve ser aplicada” (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Além disso, o fato de alegar uma excludente de culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA. (...)

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea “d”, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ* parcialmente concedido. (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07). grifei.

Assim, conquanto entenda que há em benefício do apelante Roney a atenuante de confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, alínea “d” do Código Penal, que não foi admitida na sentença apelada, tal reconhecimento não influirá na definição da pena que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase de aplicação da pena, o magistrado aumentou a pena de metade, pelo fato de as pistolas apreendidas serem de uso restrito, nos termos do art. 19, da Lei nº 10.826/03, passando a fixá-las, definitivamente, em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Pleiteia o apelante Alexandre a redução da pena, em razão de suposta participação de menor importância.

Alexandre e Rafael atuaram como “batedores” do corréu Roney, cujas condutas não podem caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas (droga, armas e munições).

Nesse sentido, já decidiu a 1ª Turma desta Corte, em voto de minha relatoria:

PENAL. TRÁFICO E DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. *BATEDOR. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA*. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA. REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. ATIPICIDADE NO CRIME DE DESCAMINHO NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 444 DO STJ.

RECURSO EM LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO.

1. Materialidade e autoria delitiva demonstradas pelo conjunto probatório dos autos.
2. *Não caracterizada a participação de menor importância ante a participação efetiva nos atos tendentes a viabilizar o transporte da mercadoria irregular, trazida do Paraguai e clandestinamente introduzida em território nacional sem o recolhimento dos tributos devidos.*
3. Arguição de coação moral irresistível rejeitada por vir desacompanhada de provas, baseando-se apenas nas declarações do réu, que alterou a versão dos fatos na fase judicial. (...) (ACR 00182204320084036112 - e-DJF3 18/11/2011).

Em razão do concurso formal imperfeito, as penas devem ser somas, restando fixadas nos seguintes termos:

a) *Roney dos Santos Nunes*: 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa (delito de tráfico de armas e munições de uso restrito) = 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 501 (quinhentos e um) dias-multa, o valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

b) *Rafael dos Santos Nunes e Alexandre Almeida Nunes*: 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa = 11 (onze) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão e 581 (quinhentos e oitenta e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Mantido o regime inicial fechado, nos termos em que fixado na sentença recorrida.

Não há como afastar a pena de perdimento dos veículos Strada e Pálio (apreendidos às fls. 120/121), em favor da União, pois utilizados para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, haja vista ser efeito extra-penal *genérico* da sentença penal condenatória, por força do artigo 91, inciso II, do Código Penal, ressalvando-se que, *in casu*, ao contrário do que ocorre na legislação comum, não é necessário que os objetos e instrumentos apreendidos sejam de uso, posse, fabricação ou porte ilícitos, nos termos do art. 243, parágrafo único da Constituição Federal e arts. 62 e 63 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido é o entendimento da Primeira Turma desta Egrégia Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS - CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA À INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO MANTIDA - MAJORANTE REFERENTE À ASSOCIAÇÃO SEM CORRESPONDÊNCIA NA LEI Nº 11.343/06 - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - DOSIMETRIA DA PENA DOS RÉUS QUE COMPORTA REPARO - RETROATIVIDADE DO ARTIGO 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06 - NÃO CONFIGURAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - LEI Nº 11.464/07 - PERDA DE VEÍCULO APREENDIDO CORRETAMENTE DECRETADA - NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO RELACIONADO À EXTRADIÇÃO - APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.
(...)

12. Em observância ao disposto no artigo 34 da Lei nº 6.368/76, artigos 46 e 48 da Lei nº 10.409/02 e artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, foi bem decretada a perda, em favor da União, do veículo marca Chevrolet, modelo D-10, placa HQM-7990, apreendido em poder de NABOR DUTRA, pois não sobejam dúvidas de que referido automóvel foi utilizado para o cometimento do delito, possuindo, dessa forma, relação direta com o tráfico

internacional de entorpecentes perpetrado. Além disso, a perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito extra-penal genérico da sentença penal condenatória, por força do artigo 91, inciso II, do Código Penal, ressalvando-se que, *in casu, ao contrário do que ocorre na legislação comum, não é necessário que os objetos e instrumentos apreendidos sejam de uso, posse, fabricação ou porte ilícitos.*

13. Não conhecimento do pleito relacionado ao impedimento da extradição, por ausência de competência da Turma para esse fim.

14. Apelações parcialmente providas. (ACR nº 2005.03.99.042167-0/MS - Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo -e-DFJ3 13/01/2010). Grifei.

Diante do exposto, desmembro o processo no tocante ao delito previsto no art. 273, § 1º, do código penal, suspendendo o julgamento deste, até o julgamento do processo nº 2009.61.24.000793-5, que se encontra no órgão especial desta corte, aguardando julgamento da argüição de inconstitucionalidade do preceito secundário do referido delito; NEGO PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal; rejeito as preliminares e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação de Alexandre Almeida Nunes, apenas para reduzir a pena-base do delito de tráfico de drogas, fixando a pena definitiva, desse delito, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa, e NEGO PROVIMENTO às apelações de Rafael dos Santos Nunes e Roney dos Santos Nunes e, *de ofício*, reduz a pena-base do delito de tráfico de drogas, para ambos os réus, bem como reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP) no tocante ao apelante Roney dos Santos, restando as penas definitivas fixadas da seguinte forma:

a) *Roney dos Santos Nunes*: 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multaa (delito de tráfico de armas e munições de uso restrito) = 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 501 (quinhentos e um) dias-multa, o valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

b) *Rafael dos Santos Nunes e Alexandre Almeida Nunes*: 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa = 11 (onze) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão e 581 (quinhentos e oitenta e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES: pedi vista para melhor apreciar as questões debatidas nos autos.

Compulsando os autos, entendo que o Eminentíssimo Senhor Desembargador Federal José Lunardelli, analisou de forma adequada as questões postas, *razão pela qual acompanho seu voto.*

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES

VOTO RETIFICADOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): No voto apresentado por este relator às fls. 1642/1650, pretendeu-se o desmembramento do presente processo no tocante ao delito previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal, bem como a suspensão de seu julgamento, até que fosse julgada a Arguição de Inconstitucionalidade do preceito secundário desse delito, pelo Órgão Especial desta E. Corte, nos autos do processo nº 2009.61.24.000793-5.

Referida Arguição de Inconstitucionalidade foi julgada pelo Órgão Especial desta Corte, cuja ementa a seguir se colaciona:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- *Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.*

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido. (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 14/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013)

Por tal razão, resta prejudicada a pretensão de desmembramento do feito com relação ao delito previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal, que ora se passa a julgar, em complemento ao voto já apresentado às fls. 1642/1650.

Assim dispõe o art. 273 e § 1º do Código Penal:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

Cuida-se de crime formal, já que prescinde da efetiva ocorrência do dano a alguém. O objeto material do crime é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Por sua vez, o objeto jurídico é a saúde pública.

Trata-se de crime do tipo misto alternativo na medida em que a prática de uma ou mais condutas, desde que inseridas no mesmo contexto, implica sempre num delito único.

Dos Fatos

Nos termos da denúncia:

No dia 20 de julho de 2011, ou em data imediatamente anterior, os denunciados empreenderam viagem a partir do Paraguai, ou de região próxima à fronteira, transportando e trazendo consigo entorpecentes, armas de fogo, munições, acessórios para armas de fogo e *remédios falsificados* (tabela detalhada a f. 4), que adquiriram e possivelmente importaram do Paraguai, cientes de sua origem ilícita e internacionalidade.

(...)

Com o clarear do dia, policiais civis realizaram buscas nas imediações do local onde o veículo Fiat Strada conduzido por RONEY foi encontrado, e próximo à estrada vicinal, em um matagal, foram encontradas uma sacola de cor preta com o brasão do Exército Brasileiro e uma sacola plástica branca (fotos a fls. 145/146), contendo os seguintes materiais (f. 39):

- 4 pistolas, marca BERSA, modelo thunder-9-pro calibre .9mm;
- 8 carregadores de pistola marca Bersa;
- 2450 (em 49 invólucros) munições calibre .22;
- 50 munições especiais calibre .9mm
- 50 munições especiais calibre .22;
- 80 *cartelas contendo 2 comprimidos cada de remédio Cialis 20mg*;
- 4 (em um total de 4.057 gramas da substância) tabletes de pasta base de cocaína. Grifei

Da Alegação de Inconstitucionalidade

A defesa de Roney dos Santos Nunes e Rafael dos Santos Nunes, em suas razões recursais, postulam o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 273, § 1º, do Código Penal, por ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

A despeito dos argumentos expendidos, tem-se que a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal já foi objeto de julgamento pelo Órgão Especial desta Corte, conforme ementa já colacionada acima. Na ocasião, por maioria, foi rejeitada a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, considerando-se “inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.”

Por tais razões, cumpre à esta Primeira Turma, órgão fracionário deste Tribunal, nos termos do artigo 97 da Constituição, adotar a referida orientação.

Da Materialidade

A materialidade do delito restou claramente demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 54) e pelo Laudo Pericial (fls. 161/167), que confirmou a falsificação dos medicamentos apreendidos.

Da Autoria e do dolo

Considerando que as armas, as munições, as substâncias entorpecentes (cocaína) e, por fim, os medicamentos (Cialis) falsificados, de que ora se trata, foram encontrados dentro da mesma sacola de cor preta com o brasão do Exército Brasileiro e uma sacola plástica branca, conforme já fundamentado no voto de fls. 1642/1650, tem-se que a autoria e o dolo também restaram demonstrados e bem fundamentados na sentença recorrida, que embasou a condenação em provas produzidas na fase policial, ratificadas pelas provas produzidas em sede judicial. Senão vejamos.

Em seu interrogatório policial, (fls. 13/16), o apelante *Rafael* negou a autoria, relatando que saiu de Campina Verde/MG, com seu primo, o corréu Alexandre, para fazer compras no Paraguai, de perfumes e celulares, e encontraram com seu irmão, o corréu Roney, que reside em Ponta Porã. Disse que, durante o retorno, Roney lhe disse que havia comprado munições e que também iria até Campo Grande, mas não sabe o que ele faria lá, acredita que iria passear. Relatou que, durante a viagem, Roney seguiu sempre à frente de seu veículo, cerca de 100 a 200 metros, sendo que quando passaram a última rotatória antes de Campo Grande, pararam e Roney lhe disse para seguir “reto” até Campo Grande e a partir de então Roney passou a segui-lo na estrada. Disse não ter visto policial na base da PRE dando ordem de parada.

Já o apelante *Alexandre*, em seu interrogatório policial (fls. 18/21), também negou a autoria, afirmando que saiu de Campina Verde/MG com seu primo, o corréu Rafael, para fazer compras no Paraguai, de perfumes e outros produtos pessoais, e encontraram com o irmão de Rafael, o corréu Roney, que reside em Ponta Porã. Admitiu que comprou a caixa de munição, que transportava, no Paraguai. Disse, ainda, que no retorno não viu Roney à frente ou atrás deles. Relatou que, quando saíram de Ponta Porã, Roney ficou em casa e não disse que viria a Campo Grande, bem como que no retorno não pararam na estrada, exceto quando havia um caminhão parado e que, quando passaram pela base da PRE, o policial levantou a mão e achou que era cumprimento.

Por fim, o apelante *Roney*, ao ser interrogado na fase policial (fls. 23/26), negou a autoria dos delitos, disse que estava sendo perseguido e coagido por pessoas desconhecidas que telefonam no seu aparelho celular de um número privado, que o obrigavam a comprar armas e munições em Pedro Juan, no Paraguai, e deixar em algum ponto na própria cidade de Pedro Juan Cabalero. Que também o obrigavam a carregar munições, geralmente calibre .22 e a transportá-las dentro do Brasil, passando por postos fiscais e fazendo o serviço de “batedor”, isto é, viajava a frente de veículos que transportavam objetos ilícitos, bem como o obrigavam a avisar se estava ocorrendo fiscalização nas estradas; que tinha sempre que carregar algo ilícito no seu carro para o caso de, se fosse parado em fiscalizações, pudesse distrair os policiais. Que na data de ontem viajou a cerca de 300 a 400 metros atrás do veículo Fiat/Pálio até chegar à base da PRE, nesta cidade. Que ao chegar na base, não viu o policial fardado dar ordem de parada ao Fiat/Pálio que seguia logo à sua frente, nem ao interrogando. Que, em seguida, viu que o policial sinalizava e voltou. Que levava sua farda no banco de trás do carro, porque foi uma desculpa inventada para sua esposa para poder viajar, tendo dito a ela que iria a um casa-

mento vestido com a farda. Que, na verdade, ia para Campo Grande passear. Que ficou quase 50 minutos na base da polícia rodoviária e o policial ficou no telefone todo o tempo. Que seu veículo Fiat/Strada não foi revistado em nenhum momento naquele local. Que resolveu fugir ao ouvir o policial falando no telefone sobre um Pálio de cor preta, e sabendo que se tratava de seu irmão e primo, com medo da situação, com receio de ser algo envolvendo as pessoas que o perseguem e coagem, o interrogando entrou no veículo e empreendeu fuga em direção à cidade de Sidrolândia. Que, na fuga, entrou em uma estrada de terra à direita. Que parou o veículo naquela estrada de terra, numa bifurcação onde há uma casa abandonada, desceu do carro, colocou uma caixa de munição calibre.22, que havia comprado no Paraguai, no vão de uma árvore. Em seguida, pegou a estrada de terra novamente e parou mais uma vez, por cerca de 20 minutos e foi encontrado pelos policiais.

Interrogado em juízo, (CD fls. 1002), o apelante *Alexandre* negou a autoria. Confirmou que adquiriu a munição, encontrada em seu poder, no Paraguai, para praticar tiro, haja vista ser policial militar. Disse que acompanhou seu primo na viagem para buscar um parente em Campo Grande. Resolveram ir a Ponta Porã, na casa de Roney. Fizeram compras no Paraguai. Disse que o PRE não deu ordem de parada ao seu veículo, que também não viu perseguição da PRE ao seu veículo e não viu Roney atrás do veículo na estrada. A sindicância na PM o absolveu. Depois da prisão, Roney lhe disse que estava sendo ameaçado para transportar coisa ilícita, mas não sabia o que havia dentro da mochila.

Rafael, interrogado em juízo (CD fls. 1002), negou a autoria delitiva. Disse que fora buscar uma tia em Campo Grande. Não recebeu ordem de parada do PRE. É irmão do Roney. O veículo de Roney não estava na sua frente na estrada. Roney o levou até a saída de Ponta Porã para mostrar o caminho. Alexandre, que o acompanhou na viagem, lhe disse que estava com a pistola, pois é policial militar, bem como que havia comprado munição e spray no Paraguai. Roney não falou de ameaças, nem sobre o que estava transportando. Nada foi encontrado em seu veículo.

Roney, em seu interrogatório judicial (CD fls. 1063), negou a existência de dolo na autoria delitiva. Disse que fora expulso do Exército. Relatou que estava sofrendo ameaças contra sua família. Viajou a Goiânia e roubaram seu veículo. Na data dos fatos, os corréus foram a Ponta Porã para fazer compras. Não viu o réu Alexandre comprando a munição. Depois, os levou até a saída de Ponta Porã, para mostrar o caminho, quando, no retorno, foi abordado por uma caminhonete. Desceu um homem armado e lhe entregou a sacola, para ser entregue no primeiro posto depois de Campo Grande. Ameaçou sua família. Foi parado no Posto da PRE. Ouviu o PRE dizer ao telefone que os corréus foram abordados. Resolveu fugir. Parou em matagal, deixou a bolsa no matagal, avisou o primo advogado e aguardou a polícia. Não abriu a mochila, mas acreditava que era ilícito. Não confirma declaração de transporte de arma no interrogatório policial. É sua a mira laser, pois é acessória de sua pistola registrada no Exército.

As testemunhas Kenedy e Euzébio, policiais rodoviários estaduais, ouvidas em juízo (CD fl. 475), confirmaram as declarações, prestadas no auto de prisão em flagrante, no sentido de que receberam ordem de oficial superior para abordar os veículos Strada e Pálio, que vinham do Paraguai, pois havia notícia de investigação do serviço reservado do Exército, e indícios de que estariam com algo ilícito. Segundo o oficial superior, o Strada estaria na frente do Pálio. Contudo, passou, na base, primeiro o Pálio. Dada ordem de parada, o veículo Strada parou e o veículo Pálio diminuiu a velocidade e depois se evadiu. Os veículos estavam mais ou menos próximos. O PRE Kenedy perseguiu o Pálio. O veículo Strada era conduzido pelo réu Roney e, enquanto o PRE Euzébio falava ao telefone, também se evadiu. Acionaram PM/Sidrolândia. O PRE Kenedy encontrou e abordou o veículo Strada junto com o PM/Sidrolândia. Havia mira

laser no veículo e o réu Roney disse que era dele. A PM/Campo Grande abordou o veículo Pálio e o trouxe à base. No veículo Pálio nada foi encontrado.

A testemunha Cleyton (fls. 755/758), ouvida em juízo, afirmou que participou de diligência com a Delegada e encontraram no matagal uma sacola do Exército contendo armas, munições, droga e comprimidos. O réu Roney disse que praticou o ato porque estava sendo ameaçado.

As testemunhas Lauremar e Milton (fls. 759v/764), ouvidas em Juízo, afirmaram que residem na fazenda, à noite entrou um veículo em alta velocidade, parou, desligou as luzes e ficou no canavial. No dia seguinte, juntamente com a Polícia, foram ao local e encontraram uma sacola do exército contendo droga, armas, munição e remédios.

As testemunhas Julio e Rogério (fls. 758v/759 e 764v/765), em juízo, afirmaram que Roney é militar exemplar, comentou que estava sendo ameaçado, perseguiam a família dele, veículo foi furtado, falei pra comunicar aos superiores e ele foi à 2ª Seção. O réu Roney queria transferir.

A informante Caroline (CD fl. 475), em juízo, disse que é esposa de Roney, estava com ele quando o veículo Strada foi roubado. Havia ameaças antes do roubo. Roney avisou o quartel que recebia ameaças para transportar alguma coisa. A maioria dos vizinhos ficou sabendo. Roney havia pedido transferência. Rafael e Alexandre vieram a Campo Grande pegar uma tia.

A testemunha José Orlando (CD fl. 475), em Juízo, disse que o réu Alexandre tem bom comportamento na PM. Afirmou, ainda, que desde 2008 há lei autorizando PM a usar arma da corporação em todo o território nacional.

A testemunha Nilson (CD fl. 475) afirmou que conhece os réus Rafael e Alexandre e pode atestar bom comportamento.

Quanto à autoria de Roney:

Roney, em seu interrogatório judicial, não confirmou o quanto alegado em sede policial, no sentido de que teria sido obrigado a comprar armas e munições, bem como que tinha sempre que carregar algo ilícito no seu carro para o caso de, se parado em fiscalizações, pudesse distrair os policiais.

Confessou o transporte da mochila que continha droga, armas e munições. Entretanto, alterou a versão dos fatos narrados, dizendo que uma pessoa armada, que já havia lhe ameaçado outras vezes e estava numa caminhonete, lhe abordou assim que fazia volta no trevo pra voltar pra casa, lhe passou uma mochila e falou: “vá até Campo Grande, passe o trevo, vai haver um posto lá, você deixa na traseira”. Entretanto não faz qualquer prova nos autos nesse sentido, inclusive seu irmão e corréu, Rafael, disse não saber a respeito das supostas ameaças.

O apelante Roney alega sofrer ameaças diárias de pessoas, as quais não tem a menor ideia de quem seja, e nem o porquê das ameaças que lhe são feitas. Tudo muito abstrato.

Além da esposa e colega de trabalho, que relataram que o mesmo já havia comentado sobre as supostas ameaças sofridas, não existem quaisquer outras provas, nos autos, que comprovem a veracidade da alegação. Não foi feito nenhum boletim de ocorrência, não existe qualquer outro documento comprobatório.

O apelante poderia ter se valido de outros meios lícitos para sanar as supostas ameaças, que, conforme relatou, teriam sido feitas a longo prazo, já que enveredar no mundo do crime não é solução acertada, honrosa, digna para resolver o problema.

Em juízo confirmou que levava sua farda no banco de trás do carro, porque foi uma desculpa inventada para sua esposa para poder viajar, tendo dito a ela que iria a um casamento vestido com a farda. De outra parte diz que foi apenas até o trevo mostrar para o seu irmão a

saída pra Maracaju e, quando fazia o retorno, foi abordado pela suposta pessoa armada que lhe entregou a mochila com os objetos ilícitos.

Vê-se, portanto, que os fatos narrados pelo apelante Roney em seus interrogatórios são contraditórios, inverossímeis e não existem elementos probatórios nos autos que os comprovem.

Por fim, como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, a alegação de que não sabia o que havia dentro da mochila não aproveita, tendo em vista que admitiu que sabia que era ilícito, atuando, no mínimo, com dolo eventual. Também não convence a alegação de que não verificou o que havia dentro da mochila. Teve tempo suficiente e seria absolutamente natural. Portanto, restou provada a autoria do apelante Roney, além do delito de tráfico de drogas, de armas e munições, também do delito de importação de medicamento falsificado.

Quanto à autoria dos réus Rafael e Alexandre:

O fato de os apelantes terem desobedecido a ordem de parada do policial, já indica a autoria delitiva, inclusive porque não tinham nada ilícito dentro do carro, ou seja, fugiram porque estavam apenas servindo de “batedores” para o corréu Roney.

Além disso, Alexandre, em juízo, disse não ter visto na estrada o veículo do corréu Roney. Contudo, segundo os depoimentos dos policiais rodoviários, os veículos estavam próximos na estrada. Rafael disse, na polícia, que seguiu o Strada, conduzido pelo corréu Roney, até Campo Grande e, em juízo, afirmou que Roney foi apenas até a saída de Ponta Porã. Entretanto, de acordo com os depoimentos dos policiais rodoviários Euzébio e Kenedy, bem como pela própria prisão em flagrante de Roney em Sidrolândia, fica claro que o interrogatório policial de Rafael, nesta parte, corrobora o conjunto probatório.

As provas dos autos demonstram que o apelante Roney veio a Campo Grande no Strada, acompanhando os corréus, Alexandre e Rafael, que estavam no Pálio. Em seu próprio interrogatório, em juízo, Roney afirmou que resolveu fugir da base da PRE, quando ouviu o policial falar ao telefone que o Pálio, com os corréus, teria sido abordado. Por outro lado, na polícia, os apelantes Rafael e Alexandre disseram que viajaram para fazer compras no Paraguai e, em juízo, afirmaram que viajaram para buscar um parente em Campo Grande. Ressalte-se que todos os apelantes estavam acompanhados de advogados, durante o interrogatório realizado na fase policial.

Vê-se, portanto, que as alegações são inconsistentes, e as provas dos autos apontam para o fato de que Rafael e Alexandre estavam exercendo a função de “batedores” do corréu Roney.

Como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, não é a distância entre os veículos, alegada pela defesa, que define o fato de os corréus serem ou não “batedores”, mas o liame subjetivo que se extrai das inconsistentes alegações dos réus, corroboradas pelas provas testemunhais.

Assim, não há como afastar a condenação dos apelantes além da prática dos crimes de tráfico de drogas, armas e munições, também pela prática do delito de importar medicamento falsificado, previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal.

Dosimetria

Assim restou dosada a pena dos acusados, no voto de fls. 1642/1650, no tocante aos delitos de tráfico internacional de drogas e de armas:

2. Dosimetria das penas.

Apenas o apelante Alexandre Almeida Nunes requer a redução da pena aplicada.

2.1) Delito de tráfico internacional e entorpecentes.

Assim foi feita a dosimetria da pena pelo Juízo *a quo*:

XIV - Quanto ao crime de tráfico internacional de drogas, a culpabilidade dos réus não desborda dos limites do tipo. O fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, ao traduz maior intensidade do dolo. Não ostentam antecedentes criminais (fls. 347/348, 493/495, 516/524, 526/533, 535/537, 540/542 e 559/561). Não há elementos nos autos para valorar a conduta social e personalidade. Motivo é o lucro fácil, inerente à modalidade delitiva (cf. STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, informativo n. 665). Circunstâncias são normais para a espécie. Consequências não são graves, porque a droga foi apreendida. Comportamento da vítima (coletividade) não influi na prática do crime. Natureza da droga é cocaína, sendo que a nocividade está incorporada ao próprio tipo penal (cf. STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, informativo 665). A quantidade de droga é elevada (4.057g). Com base no art. 59 do CP, e art. 42, da Lei nº 11343/06, tendo em vista a grande quantidade de droga apreendida, fixo a pena-base acima do mínimo legal, isto é, 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. O réu Roney fez a denominada confissão qualificada (admite o fato agregado a descriminante ou dirimente), que não configura atenuante (Nesse sentido: STJ, HC n. 129278, j. 27.4.2009, rel. Min. Laurita Vaz). Pela transnacionalidade, elevo no mínimo legal, isto é, em um sexto, resultando 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Os réus preenchem os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, todavia, tendo em vista a grande quantidade de cocaína apreendida reduz o mínimo legal, ou seja, um sexto, resultando 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão. Adotando os mesmos parâmetros acima, fixo a pena de multa em 647 (seiscentos e quarenta e sete) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo, vigente na data do fato, atualizado monetariamente na execução, tendo em vista a situação econômica declarada pelos réus (sargento, policial militar e comerciante, CD/s fls. 1002 e 1063).

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base de todos os apelantes foi majorada em 1/3 (um terço), apenas em razão da quantidade da droga apreendida (4.057g).

Ocorre, entretanto, que se trata de réus primários, que não ostentam maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. Como bem ressaltou o magistrado sentenciante, o fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade no dolo. Os apelantes não se utilizaram do cargo para a prática do delito, motivo pelo qual não podem ter a pena majorada por essa razão. A quantidade de cocaína apreendida (4.057g), deve majorar a pena em 1/6 (um sexto), nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passando a pena-base dos apelantes a ser fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três dias-multa). Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes. O magistrado sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão para o apelante Roney, pelo fato de ter sido a confissão qualificada, ou seja, confessou os fatos, mas alegou que o fez sob coação moral irresistível.

Entretanto, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 1350), *verbis*:

“Tocante à autoria do réu Roney, tem-se que confessou em Juízo o transporte da mochila que continha droga, armas, munições e medicamentos falsificados. A alegação de que foi interceptado na estrada e um homem não identificado, portando arma de fogo, ameaçou sua família e o coagiu a transportar a mochila, não tem qualquer prova. (...)”

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos, autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art.65, inciso III, alínea d, do Código Penal, deve ser aplicada” (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Além disso, o fato de alegar uma excludente de culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA. (...)”

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea ‘d’, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ parcialmente concedido*” (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07). grifei.

Por tais razões, deve ser reconhecida a atenuante de confissão do apelante Roney, razão pela qual sua pena é reduzida de 1/6 (um sexto) restando fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Já as penas de Rafael e Alexandre, nessa segunda fase, permanecem fixadas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira fase de aplicação da pena, verifico que o magistrado de primeiro grau fez incidir, com acerto, a causa de aumento da internacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06), no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), pois presente uma única causa de aumento.

Nesse sentido, decisão desta Corte: “(...) O emprego do acréscimo de 2/3 (dois terços) decorrente da internacionalidade do tráfico é nitidamente excessivo, *eis que presente uma única causa de aumento, devendo o percentual de majoração ser reduzido ao mínimo legal*. Na esteira do entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há de se admitir a retroatividade benéfica do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, que abriga o percentual mínimo de 1/6 (um sexto), resultando a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e a pena pecuniária em 77 (setenta e sete) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.” (ACR 2005.61.19.0069763, rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, DJF3 27.05.10) grifei.

Assim, a pena deve permanecer majorada em 1/6 (um sexto), restando fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, para o apelante Roney e em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa para Rafael e Alexandre.

Pleiteia o apelante Alexandre a redução da pena, em razão de suposta participação de menor importância.

Alexandre e Rafael atuaram como “batedores” do corréu Roney, cujas condutas não podem caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas (droga, armas e munições).

Nesse sentido, já decidiu a 1ª Turma desta Corte, em voto de minha relatoria:

“PENAL. TRÁFICO E DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. BATEDOR. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA. REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. ATIPICIDADE NO CRIME DE DESCAMINHO NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. RECURSO EM LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO.

1. Materialidade e autoria delitiva demonstradas pelo conjunto probatório dos autos.

2. Não caracterizada a participação de menor importância ante a participação efetiva nos atos tendentes a viabilizar o transporte da mercadoria irregular, trazida do Paraguai e clandestinamente introduzida em território nacional sem o recolhimento dos tributos devidos.

3. Arguição de coação moral irresistível rejeitada por vir desacompanhada de provas, base-

ando-se apenas nas declarações do réu, que alterou a versão dos fatos na fase judicial. (...)” (ACR 00182204320084036112 - e-DJF3 18/11/2011).

Ainda na terceira fase de aplicação da pena, foi aplicada a causa de diminuição, prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto).

Não houve recurso das partes nesse aspecto, bem como entendo deva mantida referida causa de diminuição no percentual mínimo de 1/6, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, em que os réus empreenderam fuga, esconderam a mochila no mato, tendo dificultado a ação dos policiais.

Assim, as penas restam definitivamente fixadas em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa para o réu Roney dos Santos Nunes, e em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa para os corréus Rafael dos Santos Nunes e Alexandre Almeida Nunes, pela prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes.

2.1 Do crime de importação de arma de fogo de uso restrito e munição.

Assim foi feita a dosimetria da pena, pelo juízo *a quo*:

XIV - Tocante ao crime de importação de arma de fogo de uso restrito e munição, a culpabilidade dos réus não desborda dos limites do tipo. O fato e o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade do dolo. Não ostentam antecedentes criminais (fls. 347/348), 493/495, 516/533, 535/537, 540/542 e 559/561). Não há elementos nos autos para valorar a conduta social e a personalidade. Motivo é o lucro fácil, inerente à modalidade delitiva (cf STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, Informativo n. 665). Circunstâncias são normais para a espécie. Conseqüências não são graves, porque as armas e munições foram apreendidas. Comportamento da vítima (coletividade) não influenciou na prática do crime. Com base no art. 59, do CP, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 4 anos de reclusão. O réu Roney fez a denominada confissão qualificada (admite o fato agregado a descriminante ou dirimente), que não configura atenuante (Nesse sentido: STJ, HC n. 129278, j. 27.4.2009, rel. Min. Laurita Vaz). Não há atenuante ou agravante. Não há causa de diminuição. Pelo fato de as pistolas serem de uso restrito, nos termos do art. 19, da Lei nº 10.826/03, elevo a pena em metade, resultando 6 (seis) anos de reclusão. Adotando os mesmos parâmetros acima, fixo a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo, vigente na data do fato atualizado monetariamente na execução, tendo em vista a situação econômica declarada pelos réus (sargento, policial militar e comerciante, CD's fls. 1002 e 1063).

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base dos apelantes foi fixada, com acerto, no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Isso porque se trata de réus primários, que não ostentam maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. Como bem ressaltou o magistrado sentenciante, o fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade do dolo. Os apelantes não se utilizaram do cargo para a prática do delito, motivo pelo qual não podem ter a pena majorada por essa razão.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes. O magistrado sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão para o apelante Roney, pelo fato de ter sido a confissão qualificada, ou seja, confessou os fatos, mas alegou que o fez sob coação moral irresistível.

Entretanto, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 1350), *verbis*:

“Tocante à autoria do réu Roney, tem-se que confessou em Juízo o transporte da mochila que continha droga, armas, munições e medicamentos falsificados. A alegação de que foi interceptado na estrada e um homem não identificado, portando arma de fogo, ameaçou sua família e o coagiu a transportar a mochila, não tem qualquer prova. (...)”

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos,

autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art.65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, deve ser aplicada” (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Além disso, o fato de alegar uma excludente de culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA. (...)”

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea ‘d’, do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ* parcialmente concedido” (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07). grifei.

Assim, conquanto entenda que há em benefício do apelante Roney a atenuante de confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, alínea “d” do Código Penal, que não foi admitida na sentença apelada, tal reconhecimento não influirá na definição da pena que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase de aplicação da pena, o magistrado aumentou a pena de metade, pelo fato de as pistolas apreendidas serem de uso restrito, nos termos do art. 19, da Lei nº 10.826/03, passando a fixá-las, definitivamente, em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Pleiteia o apelante Alexandre a redução da pena, em razão de suposta participação de menor importância.

Alexandre e Rafael atuaram como “batedores” do corréu Roney, cujas condutas não podem caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas (droga, armas e munições).

Nesse sentido, já decidiu a 1ª Turma desta Corte, em voto de minha relatoria:

“PENAL. TRÁFICO E DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. BATEDOR. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA. REDUÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. ATIPICIDADE NO CRIME DE DESCAMINHO NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 444 DO STJ. RECURSO EM LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO.

1. Materialidade e autoria delitiva demonstradas pelo conjunto probatório dos autos.

2. Não caracterizada a participação de menor importância ante a participação efetiva nos atos tendentes a viabilizar o transporte da mercadoria irregular, trazida do Paraguai e clandestinamente introduzida em território nacional sem o recolhimento dos tributos devidos.

3. Arguição de coação moral irresistível rejeitada por vir desacompanhada de provas, baseando-se apenas nas declarações do réu, que alterou a versão dos fatos na fase judicial. (...)” (ACR 00182204320084036112 - e-DJF3 18/11/2011).

Em razão do concurso formal imperfeito, as penas devem ser somas, restando fixadas nos seguintes termos:

a) Roney dos Santos Nunes: 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multaa (delito de tráfico de armas e munições de

uso restrito) = 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 501 (quinhentos e um) dias-multa, o valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.
b) Rafael dos Santos Nunes e Alexandre Almeida Nunes: 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um dia) de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa (delito de tráfico internacional de entorpecentes) + 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa = 11 (onze) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão e 581 (quinhentos e oitenta e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Mantido o regime inicial fechado, nos termos em que fixado na sentença recorrida.

Não há como afastar a pena de perdimento dos veículos Strada e Pálio (apreendidos às fls. 120/121), em favor da União, pois utilizados para a prática do crime de tráfico de entorpecentes, haja vista ser efeito extra-penal genérico da sentença penal condenatória, por força do artigo 91, inciso II, do Código Penal, ressalvando-se que, *in casu*, ao contrário do que ocorre na legislação comum, não é necessário que os objetos e instrumentos apreendidos sejam de uso, posse, fabricação ou porte ilícitos, nos termos do art. 243, parágrafo único da Constituição Federal e arts. 62 e 63 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido é o entendimento da Primeira Turma desta Egrégia Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIZIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS - CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA À INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO MANTIDA - MAJORANTE REFERENTE À ASSOCIAÇÃO SEM CORRESPONDÊNCIA NA LEI Nº 11.343/06 - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - DOSIMETRIA DA PENA DOS RÉUS QUE COMPORTA REPARO - RETROATIVIDADE DO ARTIGO 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06 - NÃO CONFIGURAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - LEI Nº 11.464/07 - PERDA DE VEÍCULO APREENDIDO CORRETAMENTE DECRETADA - NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO RELACIONADO À EXTRADIÇÃO - APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

(...)

12. Em observância ao disposto no artigo 34 da Lei nº 6.368/76, artigos 46 e 48 da Lei nº 10.409/02 e artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, foi bem decretada a perda, em favor da União, do veículo marca Chevrolet, modelo D-10, placa HQM-7990, apreendido em poder de NABOR DUTRA, pois não sobejam dúvidas de que referido automóvel foi utilizado para o cometimento do delito, possuindo, dessa forma, relação direta com o tráfico internacional de entorpecentes perpetrado. Além disso, a perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito extra-penal genérico da sentença penal condenatória, por força do artigo 91, inciso II, do Código Penal, ressalvando-se que, *in casu*, ao contrário do que ocorre na legislação comum, não é necessário que os objetos e instrumentos apreendidos sejam de uso, posse, fabricação ou porte ilícitos.

13. Não conhecimento do pleito relacionado ao impedimento da extradição, por ausência de competência da Turma para esse fim.

14. Apelações parcialmente providas.” (ACR nº 2005.03.99.042167-0/MS - Rel. Des. Fed. Johanson de Salvo -e-DFJ3 13/01/2010). Grifei.

Por sua vez, a pena do delito previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal restou assim fixada pelo Juízo *a quo* (fls. 1352 e verso):

Quanto ao crime de importação de medicamento falsificado, a culpabilidade dos réus não desborda dos limites do tipo. O fato de o acusado ser sargento, ou policial militar, por si só, não traduz maior intensidade do dolo. Não ostentam antecedentes criminais (fls. 347/348, 493/495, 516/524, 526/533, 535/537, 540/542 e 559/561). Não há elementos nos autos para valorar a conduta social e a personalidade. Motivo é o lucro fácil, inerente à modalidade de-

litiva (cf. STF, HC n. 107532, rel. Ricardo Lewandowski, Informativo n. 665). Circunstâncias são normais para a espécie. Consequências não são graves, porque os medicamentos foram apreendidos. Comportamento da vítima (coletividade) não influi na prática do crime. Todavia, o preceito secundário, referente à pena privativa de liberdade, do art. 273, § 1º, do CP, ofende o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido: “6. Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, §1º e § 1º B, do CP. *A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime e tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela.*”. (TRF-3, ACR n. 42569, j. 14.12.2010, rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães). Com base no art. 59, do CP, *fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos de reclusão*. O réu Roney fez a denominada confissão qualificada (admite o fato agregado a descriminante ou dirimente), que não configura atenuante (Nesse sentido STJ, HC n. 129.278, j. 27.4.2009, rel. Min. Laurita Vaz). Não havendo outras incidências no cálculo, torno definitiva a pena aplicada. Adotando os mesmos parâmetros acima, fixo a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente na data do fato, atualizado monetariamente na execução, tendo em vista a situação econômica declarada pelos réus (sargento, policial militar e comerciante, CD's fls. 1002 e 1063). Grifei.

Reconhecida a constitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º do Código Penal, a dosimetria da pena fixada em primeiro grau merece reforma.

Não há como ser mantida a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, considerando a inaplicabilidade da Lei de Drogas ao delito tipificado no art. 273, § 1º, do Código Penal.

Quanto ao disposto no art. 59 do Código Penal, não há circunstâncias judiciais a serem negativamente valoradas: a culpabilidade, os motivos, circunstâncias e consequências do crime são inerentes à espécie, os acusados possuem bons antecedentes e não há nos autos elementos para valoração da conduta social e personalidade dos réus.

A pena-base, portanto, deve ser fixada no mínimo legal previsto no tipo penal do art. 273, § 1º, do Código Penal, ou seja, em 10 (dez) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram consideradas circunstâncias agravantes ou atenuantes. O magistrado sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão para o apelante Roney, pelo fato de ter sido a confissão qualificada, ou seja, confessou os fatos, mas alegou que o fez sob coação moral irresistível.

Entretanto, extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 1350), *verbis*:

Tocante à autoria do réu Roney, tem-se que confessou em Juízo o transporte da mochila que continha droga, armas, munições e medicamentos falsificados. A alegação de que foi interceptado na estrada e um homem não identificado, portando arma de fogo, ameaçou sua família e o coagiu a transportar a mochila, não tem qualquer prova. (...)

A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos, autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

Nessa esteira, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, deve ser aplicada.” (HC 70437/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.09.07, p. 314).

Além disso, o fato de alegar uma excludente de culpabilidade não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Assim, conquanto entenda que há em benefício do apelante Roney a atenuante de confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, alínea “d” do Código Penal, que não foi admitida na sentença apelada, tal reconhecimento não influirá na definição da pena que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na Súmula 231 do STJ.

Não havendo causas de aumento ou diminuição, fica a pena definitiva fixada em 10 (dez) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Fora mantido o concurso formal impróprio aplicado pela sentença recorrida. Entretanto, melhor analisando os fatos, retifico o voto de fls. 1642/1650, nesse aspecto, para fazer incidir o concurso formal próprio.

Isso porque a prova dos autos não demonstra, com a certeza necessária, que os acusados agiram com desígnios autônomos em relação a todos os produtos ilícitos contidos dentro da mochila transportada por Roney, que admitiu, apenas, saber tratar-se de coisas ilícitas.

In casu, não há nada nos autos que permita concluir que os acusados tivessem a intenção de atingir três bens jurídicos distintos.

Portanto, mediante uma única ação, os réus provocaram os três resultados típicos distintos, violando o art. 273, § 1 do Código Penal, o art. 33, *caput*, c.c inciso I, do art. 40, ambos da Lei nº 11.343/06 e os artigos 18 c.c art. 19, ambos a Lei nº 10.826/03.

De fato, quando os policiais civis realizaram as buscas, foram encontradas uma sacola de cor preta com o brasão do Exército Brasileiro e uma sacola plástica branca (fotos a fls. 145/146), contendo os seguintes materiais (f. 39):

- 4 pistolas, marca BERSA, modelo thunder-9-pro calibre .9mm;
- 8 carregadores de pistola marca Bersa;
- 2450 (em 49 invólucros) munições calibre .22;
- 50 munições especiais calibre .9mm
- 50 munições especiais calibre .22;
- 80 cartelas contendo 2 comprimidos cada de remédio Cialis 20mg;
- 4 (em um total de 4.057 gramas da substância) tabletes de pasta base de cocaína.

Por conseguinte, descarto a hipótese de concurso formal impróprio, que pressupõe desígnios autônomos, ou seja, “a intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, comete os crimes com uma só ação ou omissão” (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal comentado, 11 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 486/487).

Assim, de rigor o reconhecimento do concurso formal próprio, pelo que deve ser afastado o critério da cumulatividade das penas e aplicada a exasperação.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte:

PENAL. PROCESSO PENAL. FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS. PRECEITO SECUNDÁRIO. ART. 273 DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. SIBUTRAMINA. TRÁFICO DE DROGA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão sobre a constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal foi submetida à apreciação do Órgão Especial desta Corte por meio da Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.61.24.000793-5, de Relatoria da Desembargadora Federal Ramza Tartuce, sendo que, por maioria, o preceito foi declarado constitucional.
2. Não obstante a severidade da sanção legal prevista aos delitos do art. 273, §1º-B, do Código Penal, isso não implica na inconstitucionalidade do dispositivo, dado que resulta dos critérios eleitos pelo legislador.
3. A tipificação do delito de falsificação de medicamento de origem estrangeira, sem registro na ANVISA, deve ser mantida, dado que a conduta se subsume ao tipo do art. 273, § 1º-B, do Código Penal em sua integralidade. Não é razoável o pleito de desclassificação para o delito de descaminho, à razão de que existe no diploma legal tipo específico para a conduta do réu.
4. Conforme a legislação vigente quando da prática delitiva, somada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se extrai que a posse, pelo réu, da substância emagrecedora sibutramina, constante da Portaria n. 344/98, classificada à época como psicotrópica anorexígena, é suficiente para caracterizar o delito como tráfico de droga (Lei n. 11.343/06, art. 33, *caput*).
5. Apelação desprovida. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007845-93.2011.4.03.6106/SP, Rel. Desembargador Federal André Nekatschalow, DJe 21/11/2013)

PENAL. DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO PROIBIDO. CÓDIGO PENAL, ARTS. 334 E 273, § 1º-B. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO.

1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo dos crimes tipificados nos artigos 334 e 273, § 1º-B, do Código Penal, é de rigor manter-se a solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.
2. Se, em uma só e mesma ocasião, o agente é preso em flagrante transportando, do Paraguai para o Brasil, mercadorias descaminhadas e medicamentos de importação proibida, incorrendo nas disposições dos artigos 334 e 273, § 1º-B, do Código Penal; e se não se pode afirmar que tenha agido com desígnios autônomos, deve-se aplicar, no cálculo da pena, a regra do concurso formal próprio.
3. Aplicadas no mínimo legal as penas, não há espaço para abrandá-las ainda mais, a conta de ter havido confissão espontânea.
4. Se inconstitucionalidade há no preceito secundário estabelecido pelo artigo 273 do Código Penal, o vício recai exclusivamente sobre a pena privativa de liberdade, não atingindo a de multa.
5. Apelação desprovida. (APELAÇÃO CRIMINAL 2008.60.02.001116-5/MS, Rel. Desembargador Federal Nilton dos Santos, DJe 23/07/2010)

Em razão do reconhecimento do concurso formal e da dosimetria das penas, aplico ao réu a pena do artigo 273 §1º-B, inciso I do Código Penal, aumentada de 1/6 (um sexto), totalizando 11 (onze) anos, 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Por tais razões, nos termos do art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, deve ser aplicada a pena mais grave, qual seja, a do art. 273, § 1º, do Código Penal, de 10 (dez) anos de reclusão, acrescida de 1/5 (um quinto), porque a conduta atingiu três bens jurídicos diferentes, restando, definitivamente, fixada em 12 (doze) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, o valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente na data dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para aplicar o preceito secundário, previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal para este delito

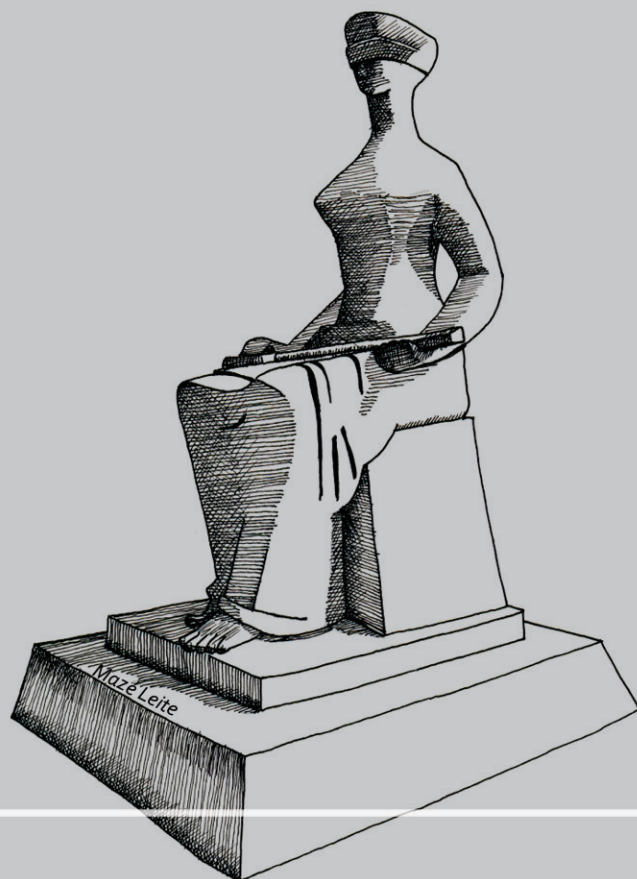
(e não a Lei de Drogas); rejeito as preliminares e dou parcial provimento à apelação de Alexandre Almeida Nunes, apenas para reduzir a pena-base do delito de tráfico de drogas, e nego provimento às apelações de Rafael dos Santos Nunes e Roney dos Santos Nunes e, de ofício, reduzo a pena-base do delito de tráfico de drogas, para ambos os réus, bem como reconheço a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, CP), no tocante ao apelante Roney dos Santos, bem como faço incidir o concurso formal próprio, previsto no art. 70, *caput*, primeira parte, para aplicar a pena do delito mais grave, ou seja, 10 (dez) anos de reclusão (prevista no art. 273, § 1º, do CP), acrescida de 1/5 (um quinto), restando a pena definitiva dos três acusados fixada em 12 (doze) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no regime inicial fechado, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Comunique-se o Juízo das Execuções Penais.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0007850-48.2007.4.03.6109
(2007.61.09.007850-7)

Apelante: FRANCISCO CARLOS SAMPAIO GUARDIA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AMS 315909
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/03/2014

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE CONCOMITANTE. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO EM RELAÇÃO A UMA ATIVIDADE. CERTIDÃO. CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - A limitação imposta ao direito do impetrante à contagem recíproca acarreta o perdimiento das contribuições efetivamente recolhidas pelo segurado, representa forma indireta de cobrança por parte do INSS, que, ao invés de acessar as vias próprias para tanto, se vale de coação, que se afigura ilegítima e desproporcional, por conferir tratamento mais gravoso ao segurado que recolheu valor inferior ao devido do que em relação àquele que deixa de recolher a totalidades de suas contribuições, exigíveis somente por meio de ação específica.

II - Consigno que os períodos de atividade concomitante não são contados em duplicidade para fins de apuração do tempo de serviço, não constituindo tempo fictício, podendo, somente, repercutir na monta do salário-de-benefício e da renda-mensal-inicial do benefício a ser concedido no Regime Próprio do segurado.

III - Note-se que, ao recolher quantia inferior, o segurado renuncia à elevação do valor pecuniário da prestação, não representando prejuízo imediato aos cofres da Previdência, devendo eventual aposentadoria ser concedida com base nos valores das contribuições efetivamente recolhidas ao Regime Geral de Previdência Social.

IV - Isso não significa dizer, contudo, que as contribuições faltantes não possam ser cobradas pelas vias próprias, desde que exigíveis, por ostentarem a natureza de contribuições obrigatórias.

V - Por representar restrição indevida imposta ao direito à contagem recíproca, previsto no art. 201, § 9º, da CR, e por constituir, outrossim, forma de cobrança indireta sem previsão legal, reformo a r. sentença, para determinar que seja expedida a competente certidão de tempo de serviço

VI - Apelação da parte impetrante provida. Segurança concedida.

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 da parte impetrante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de março de 2014.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar objetivando compelir a autoridade impetrada a expedir certidão de contagem recíproca, relativa ao cômputo do labor urbano no período de 20-03-1987 a 30-04-1989.

Devidamente processado, sem liminar, sobreveio a sentença, que denegou a segurança. Sem condenação em honorários advocatícios. Custas na forma da lei.

Inconformada, apela a parte impetrante, alegando que faz jus à expedição da certidão de contagem recíproca, pois efetivamente contribuiu para o Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de servidor municipal celetista, no período de 20-03-1987 a 30-04-1989, independentemente do recolhimento das contribuições relativas à atividade concomitante de empresário. Requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos para este Tribunal.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso de apelação interposto pela impetrante.

É o relatório.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado 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”.

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Os documentos colacionados aos presentes autos podem, por si só, ser considerados como prova pré-constituída apta a amparar a pretensão da parte impetrante.

In casu, verifica-se que o interregno de labor urbano celetista, no período de 20-03-1987 a 30-04-1989, no Serviço Municipal de Água e Esgoto, restou incontroverso, assim como o exercício de atividade autônoma, na condição de empresário, em relação à qual não houve o

recolhimento das contribuições obrigatórias sob a rubrica de contribuinte individual.

A questão posta na presente demanda, como bem explicitou a r. sentença, cinge-se em saber “se o não recolhimento devido em uma das duas atividades laborais exercidas simultaneamente pelo impetrante possui ou não o condão de excluir da referida certidão o respectivo tempo laborado pelo impetrante segurado”.

Na esteira do art. 6º, § 3º, do Decreto nº 83.080/79, vigente à época da prestação do serviço, bem como do disposto no art. 128, § 1º, do Decreto nº 3.048/99, que reproduz a regra anterior, o MD. Juízo *a quo*, entendeu no sentido de ser imprescindível o recolhimento da totalidade das contribuições devidas, relativas a ambas as profissões, para a expedição da respectiva certidão de tempo de serviço para aproveitamento, mediante a contagem recíproca, do tempo de serviço em questão no Regime Próprio.

Entendo, contudo, que tal limitação, imposta ao direito do impetrante à contagem recíproca, acarreta o perdimento das contribuições efetivamente recolhidas pelo segurado, representa forma indireta de cobrança por parte do INSS, que, ao invés de acessar as vias próprias para tanto, se vale de coação, que se afigura ilegítima e desproporcional, por conferir tratamento mais gravoso ao segurado que recolheu valor inferior ao devido do que em relação àquele que deixa de recolher a totalidades de suas contribuições, exigíveis somente por meio de ação específica.

Consigno que os períodos de atividade concomitante não são contados em duplicidade para fins de apuração do tempo de serviço, não constituindo tempo fictício, podendo, somente, repercutir na monta do salário-de-benefício e da renda-mensal-inicial do benefício a ser concedido no Regime Próprio do segurado.

Note-se que, ao recolher quantia inferior, o segurado renuncia à elevação do valor pecuniário da prestação, não representando prejuízo imediato aos cofres da Previdência, devendo eventual aposentadoria ser concedida com base nos valores das contribuições efetivamente recolhidas ao Regime Geral de Previdência Social.

Isso não significa dizer, contudo, que as contribuições faltantes não possam ser cobradas pelas vias próprias, desde que exigíveis, por ostentarem a natureza de contribuições obrigatórias.

Assim, por representar restrição indevida imposta ao direito à contagem recíproca, previsto no art. 201, § 9º, da CR, e por constituir, outrossim, forma de cobrança indireta sem previsão legal, reformo a r. sentença, para determinar que seja expedida a competente certidão de tempo de serviço que contemple o período de 20-03-1987 a 30-04-1989, que somado ao interregno de 01-05-1989 a 30-09-1996, totaliza 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de serviços prestados ao Serviço Municipal de Água e Esgoto, para fins de contagem recíproca para aposentadoria pelo regime próprio do servidor.

Por todo o exposto, *dou provimento à apelação da parte impetrante*, concedendo-lhe a segurança, para determinar que seja expedida a competente certidão de tempo de serviço que contemple o período de 20-03-1987 a 30-04-1989, que somado ao interregno de 01-05-1989 a 30-09-1996, totaliza 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de serviços prestados ao Serviço Municipal de Água e Esgoto, para fins de contagem recíproca para aposentadoria pelo regime próprio do servidor.

É o voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0008317-91.2007.4.03.6120

(2007.61.20.008317-6)

Agravante: SERGIO COVO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 164/165

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: SERGIO COVO

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 1579671

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante, porque não preenchidos os requisitos legais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

II - Trata-se de pedido de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Por seu turno, o auxílio-doença encontra sua previsão no art. 18, inciso I, letra "e" da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei, os quais arrola a seguir: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze dias), que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício.

III - Constam dos autos: comunicações do INSS, informando os indeferimentos dos pedidos de auxílio-doença, apresentados em 08/06/2007 e 04/10/2007, tendo em vista que não foi constatada a incapacidade para o seu trabalho ou para sua atividade habitual.

IV - Parecer do assistente técnico autárquico, concluindo que a parte autora não apresenta incapacidade para o labor.

V - Consulta ao sistema Dataprev informa os vínculos empregatícios, descontínuos, em nome do requerente, de 17/09/1975 a 15/03/1996, bem como os recolhimentos de 02/2007 a 04/2007.

VI - A parte autora, sapateiro e motorista de táxi, contando atualmente com 52 anos, submeteu-se à perícia médica judicial.

VII - O laudo atesta que o periciado apresenta quadro de HIV positivo compensado

com o tratamento clínico. Afirma que não apresenta manifestação clínica que gere incapacidade laborativa.

VIII - Novo laudo médico judicial (29/11/2012), elaborado após diligência determinada por este E. Tribunal, a fim de esclarecer a existência de enfermidades apontadas por atestados juntados pelo requerente de “exposição à tuberculose” e “hepatite viral crônica”, informa que o periciado apresenta bom estado geral e é portador de hipertensão arterial sistêmica controlada e SIDA. Afirma que o quadro imunológico está estabilizado e que não há que se falar em incapacidade para as atividades laborais habituais.

IX - Por ocasião da perícia médica judicial, a parte autora era portadora de enfermidades que não a impediam de exercer suas funções habituais.

X - A parte autora não logrou comprovar ser portadora de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, ou de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, de forma que o direito que persegue não merece ser reconhecido.

XI - A sentença deve ser reformada, nos termos do entendimento jurisprudencial pacificado.

XII - Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos.

XIII - Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do recurso do INSS.

XIV - Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

XV - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

XVI - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

XVII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de março de 2014.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): A parte autora interpõe agravo legal da decisão, proferida a fls. 164/165, que deu provimento ao apelo da Autarquia Federal, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Casso a tutela anteriormente deferida.

Sustenta, em síntese, que foram preenchidos os requisitos necessários para o deferimento do pleito. Requer seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não procede a insurgência da parte agravante.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

Cuida-se de pedido de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez, com tutela antecipada, bem como indenização por danos morais.

A r. sentença de fls. 90/93 (proferida em 24/06/2010) julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez. O termo inicial foi fixado na data da sentença. Concedeu a tutela antecipada, para a implantação do benefício. Deixou de submeter a decisão ao reexame necessário.

Inconformada, apela a Autarquia, sustentando, em síntese, que a parte autora não faz jus ao benefício. Pleiteia, subsidiariamente, a alteração dos critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Em 17/03/2011, o julgamento foi convertido em diligência, baixando-se os autos ao Juízo de origem, para complementação da instrução da demanda, com a realização de nova perícia judicial (fls. 113/114).

É o relatório.

Com fundamento no artigo 557 do CPC e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:

O pedido é de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra “a” da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Por seu turno, o auxílio-doença tem previsão no art. 18, inciso I, letra “e” da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze dias), que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício.

A inicial é instruída com os documentos de fls. 09/16, destacando-se: comunicações do INSS, informando os indeferimentos dos pedidos de auxílio-doença, apresentados em 08/06/2007 e 04/10/2007, tendo em vista que não foi constatada a incapacidade para o seu trabalho ou para sua atividade habitual.

A fls. 54/59, consta parecer do assistente técnico autárquico, concluindo que a parte autora não apresenta incapacidade para o labor.

Consulta ao sistema Dataprev, a fls. 69/73, informa os vínculos empregatícios, descontínuos, em nome do requerente, de 17/09/1975 a 15/03/1996, bem como os recolhimentos de 02/2007 a 04/2007.

A parte autora, sapateiro e motorista de táxi, contando atualmente com 52 anos, submeteu-se à perícia médica judicial.

O laudo atesta que o periciado apresenta quadro de HIV positivo compensado com o tratamento clínico. Afirma que não apresenta manifestação clínica que gere incapacidade laborativa. Novo laudo médico judicial (fls. 132/137 - 29/11/2012), elaborado após diligência determinada por este E. Tribunal, a fim de esclarecer a existência de enfermidades apontadas por atestados juntados pelo requerente de “exposição à tuberculose” e “hepatite viral crônica”, informa que o periciado apresenta bom estado geral e é portador de hipertensão arterial sistêmica controlada e SIDA. Afirma que o quadro imunológico está estabilizado e que não há que se falar em incapacidade para as atividades laborais habituais.

Compulsando os autos, verifica-se que, por ocasião da perícia médica judicial, a parte autora era portadora de enfermidades que não a impediam de exercer suas funções habituais.

Assim, no presente feito, a parte autora não logrou comprovar ser portadora de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, ou de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 do mesmo diploma legal, de forma que o direito que persegue não merece ser reconhecido.

Logo, a sentença deve ser reformada, nos termos do entendimento jurisprudencial pacificado. Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. PRECLUSÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA.

1. A prova pericial deve ser impugnada na forma prevista nos artigos 425, 435 e 437 do CPC. Preclusão consumativa.
2. A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que comprove a incapacidade e a carência de 12 (doze) contribuições mensais.
3. A prova pericial acostada aos autos revela que a apelante não sofre qualquer incapacidade para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
4. Não preenchidos os requisitos legais para obtenção do benefício de aposentadoria por invalidez (artigo 42 da Lei nº 8.213/91), correta a sentença que o indeferiu.
5. Recurso improvido.”

(TRF 3ª Região - Apelação Cível - 803047 - Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ Data: 11/02/2003 Página: 190 - Rel. Juíza MARISA SANTOS)

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES LABORATIVAS HABITUAIS. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. O auxílio-doença somente é devido ao segurado que comprove os requisitos do artigo 59 da Lei nº 8.213/91.
2. Tendo o laudo pericial concluído que o autor não está incapacitado para o exercício de suas funções laborativas habituais, não faz jus à concessão de auxílio-doença, nos termos dos artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91.
3. Ante a ausência de comprovação de incapacidade laboral, é desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão do auxílio-doença.

4. Apelação do autor improvida.”

(TRF 3ª Região - Apelação Cível - 285835 - Órgão Julgador: Décima Turma, DJ Data: 18/09/2004 Página: 589 - Rel. Juiz GALVÃO MIRANDA)

Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos.

Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do recurso do INSS.

Nos termos do art. 557, do CPC, dou provimento ao apelo da Autarquia Federal, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Casso a tutela anteriormente deferida. Isento(a) de custas e de honorária, por ser beneficiário(a) da assistência judiciária gratuita (fls.29) - artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. (Precedentes: RESP 27821-SP, RESP 17065-SP, RESP 35777-SP, RESP 75688-SP, RExt 313348-RS)

Cumpre ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Neste sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388)

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0001580-09.2009.4.03.6183

(2009.61.83.001580-6)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 121/124

Interessados: ROLAND KHALIL TANNOUS E CLAUDE KHALIL TANNOUS

Sucedido: KHALIL COSTANDI YOUSSEF TANNOUS (falecido)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: REO 1619464

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.

- O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (I) houver obscuridade ou contradição; ou (II) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

- No caso em exame, verificada omissão a ser suprida conforme apontado pelo embargante, o que impõe nova análise dos autos quanto à ocorrência da decadência do direito à revisão do benefício previdenciário concedido antes da vigência da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997.

- Após repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 626489/SE, o Pretório Excelso decidiu, em 16/10/2013, que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu.

- Provido o Recurso Extraordinário para estabelecer que o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício, dispensando maiores discussões acerca do tema.

- Verificada, no caso em análise, a ocorrência de decadência do direito à revisão, considerado o lapso temporal entre a data de sua concessão e o ajuizamento da ação.

- Embargos de Declaração acolhidos para sanar a omissão, com atribuição de efeitos infringentes para reconsiderar a decisão anteriormente julgada e, em novo julgamento, dar provimento ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido inicial.

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, acolher os embargos de declaração para sanar a omissão no acórdão e, emprestando-lhe efeitos infringentes, dar provimento ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de março de 2014.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de acórdão que, por unanimidade negou provimento ao seu agravo legal em ação que julgou procedente o pedido para condenar o INSS a revisar a renda mensal inicial de seu benefício previdenciário (121/124).

Sustenta o embargante, em síntese, a reforma da. decisão com atribuição de efeitos infringentes, haja vista que o demandante ajuizou a ação em 05/02/2009, razão pela qual operou-se a decadência do direito à revisão. Informa o falecimento do demandante e requer a habilitação dos sucessores.

Foi procedida a habilitação dos herdeiros do demandante, sendo regularizada a representação processual (fl. 156).

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento” (EARESP nº 299.187-MS, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.6.2002, D.J.U. de 16.9.2002, Seção 1, p. 145).

O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (I) houver obscuridade ou contradição; ou (II) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 685/6), obscuridade é “a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença”; contradição é “a colisão de dois pensamentos que se repelem”; e omissão é “a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc.”

No caso em análise, observo que o acórdão embargado, por unanimidade, manteve a decisão monocrática que deu parcial provimento ao reexame necessário somente para explicitar critérios de juros de mora.

Requer o embargante, a análise da questão pertinente à decadência do direito à revisão, uma vez que o benefício em questão foi concedido em 04/12/1981 e a presente ação foi ajuizada em 05/02/2009.

Assiste razão ao embargante, razão pelo qual acolho os presentes embargos, emprestando-lhes efeitos infringentes, para reconsiderar a decisão que em 12/09/2011 julgou o agravo da Autarquia.

Anoto que a decadência é questão de ordem pública, a ser reconhecida e pronunciada de ofício, a qualquer tempo, importando em extinção do processo com exame do mérito (CPC, art. 269, IV), nesse sentido devendo ser o julgamento neste feito.

A respeito da decadência do direito em revisar os benefícios previdenciários, assim dispôs o art. 103 da Lei 8.213/91, alterado pela MP 1.523-9/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/97:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Assim, a contagem do prazo decadencial para os benefícios concedidos depois de 28.06.1997 inicia no primeiro dia do mês seguinte ao recebimento da primeira prestação e, tendo em vista a impossibilidade de eficácia retroativa desse dispositivo legal, por regular instituto de direito material, o termo inicial da decadência dos benefícios anteriormente concedidos deve ser a data da entrada em vigor da norma que o estipulou, conforme recente julgado do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA . PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1303988/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 21/03/2012).

Contudo, recentemente, em sede de repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 626489/SE, o Pretório Excelso decidiu, em 16/10/2013, que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu.

Por unanimidade, o Plenário deu provimento ao Recurso Extraordinário supracitado, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para reformar acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que en-

tendeu inaplicável o prazo decadencial para benefícios anteriores à vigência da MP. A decisão estabeleceu também que, no caso, o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício, dispensando maiores discussões acerca do tema.

In casu, considerando, então, a data de deferimento do benefício em 04/12/1981 e a data do ajuizamento desta ação (05/02/2009), e ainda, que não há nos autos comprovação de que foi feito requerimento administrativo da revisão ora requerida, antes de ultrapassado o prazo decadencial, transcorreu o prazo decadencial a que se refere à Medida Provisória 1.523-9/1997.

Posto isso, acolho os embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 121/124 para sanar a omissão apontada, e lhe atribuo efeitos infringentes para dar provimento ao reexame necessário julgando improcedente o pedido inicial, nos termos do art. 269, IV do CPC.

Por fim, fica a parte autora desonerada do pagamento de custas e honorários, eis que beneficiária da Justiça Gratuita.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000397-30.2011.4.03.6119

(2011.61.19.000397-1)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 110/111

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: NOBORU OKADA

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AMS 337462

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/03/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTRANGEIRO NÃO NATURALIZADO. POSSIBILIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

2. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal assegura direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

3. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

4. Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de março de 2014.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pela autarquia previdenciária contra a r. decisão monocrática de fls. 110/111vº, que negou provimento ao reexame necessário e não conheceu de parte da sua apelação e negou-lhe provimento na parte conhecida.

A agravante sustenta, em síntese, que o estrangeiro não naturalizado não tem direito ao benefício assistencial (art. 203, inciso V, da Constituição Federal). Requer o acolhimento do

presente agravo e sua apresentação em mesa para julgamento.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Em sede de agravo legal a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

A r. decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

Proposto mandado de segurança contra ato administrativo da autoridade impetrada, objetivando o afastamento do pré-requisito da condição de cidadão brasileiro e a concessão do benefício do benefício assistencial, sobreveio sentença de parcial concessão da ordem, apenas para determinar que o INSS desconsidere a condição de estrangeiro do impetrante quando da análise de seu requerimento administrativo relativo benefício (NB 88/544.067.586-4).

A Autarquia sustenta em suas razões recursais que a ampliação do rol de beneficiários da assistência social não se mostra possível, eis que a Lei 8.742/93 somente contempla cidadãos (natos ou naturalizados) domiciliados no Brasil. Sustenta, ainda, a não comprovação da condição de miserabilidade, nos termos do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Questiona a correção monetária e os juros de mora.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ilustre representante do Ministério Público Federal exarou parecer (fls. 104/108), opinando pelo não conhecimento da apelação do INSS na parte que questiona à concessão do benefício, os juros e correção monetária e, na parte conhecida, pelo desprovimento.

É o relatório.

DECIDO.

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, pois as questões discutidas neste feito encontram-se pacificadas pela jurisprudência, sendo possível antever sua conclusão, se submetidas à apreciação do Colegiado, com base em julgamentos proferidos em casos análogos.

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança exige, para a sua concessão, que o direito tutelado seja líquido e certo, vale dizer, apresente-se “manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Isto porque o rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo todos os elementos de prova acompanhar a petição inicial. Se depender de comprovação posterior, não será considerado líquido e certo para fins de mandado de segurança.

Objetiva o impetrante que a autoridade impetrada afaste a exigência da condição de brasileiro nato ou naturalizado e lhe conceda o benefício assistencial.

O provimento jurisdicional nestes autos limitou-se a determinar que o INSS desconsidere a condição de estrangeiro do impetrante quando da análise benefício (NB 88/544.067.586-4) na via administrativa. Assim, não conheço da apelação do INSS no tocante à comprovação do requisito da hipossuficiência econômica, bem assim o questionamento dos juros de mora e da correção monetária.

Passo a análise e julgamento da parte conhecida da apelação do INSS.

Inicialmente, não merece prosperar a alegação de impossibilidade de concessão do bene-

fício assistencial ao impetrante, por ser estrangeiro residente no Brasil, pois o art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei 8.742/93, prevê a concessão do benefício de assistencial, de um salário mínimo mensal, à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família, sem fazer qualquer distinção entre nacionais ou estrangeiros residentes no Brasil.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. Ademais, qualquer discriminação neste aspecto implicaria em ofensa ao princípio da igualdade (art. 3º, IV, da Constituição Federal) e da universalidade que rege a Previdência Social, preceituado no art. 4º, inciso IV, da Lei Orgânica da Assistência Social, *in verbis*:

“Art. 4º: A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais.”

Anoto, por oportuno, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do R.Ext. 587.970-RG/SP, em sessão Plenária do dia 26/06/2009, reconheceu a repercussão geral sobre a matéria acerca da possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da C.F.

Não obstante o reconhecimento da existência de repercussão geral o Egrégio S.T.J. firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

É entendimento desta E. 10ª Turma de que a concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos países, desde que presentes os requisitos legais autorizadores. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC). I - Ao manter a sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido do autor, a r. decisão agravada filiou-se ao entendimento já manifestado anteriormente por esta C. Turma, no sentido de que a concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos países, desde que presentes os requisitos legais autorizadores. (Precedentes do E. TRF da Terceira Região). II - O autor reside no país desde a década de 1950, podendo-se concluir que já poderia ter requerido sua naturalização voluntariamente, não sendo válido, no entanto, que esta seja exigida para que ele faça jus ao exercício de um direito fundamental. III - Agravo (art. 557, §1º, CPC) interposto pelo réu improvido.” (Processo AC 200860000111403 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1587104 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador DÉCIMA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 08/06/2011 PÁGINA: 1595 Data da Decisão 31/05/2011 Data da Publicação 08/06/2011).

Sendo assim, a condição de estrangeiro não impede o recebimento do benefício assistencial, desde que satisfeitos os requisitos para sua implementação.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGOU PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO, NÃO CONHEÇO DE PARTE DA APELAÇÃO DO INSS, E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDA.

Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades

legais.
Publique-se e intime-se.

Contra a r. decisão monocrática o INSS interpôs o presente agravo legal pugnando pela reconsideração da mesma. Tal recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do Relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

Na hipótese posta a exame, o INSS sustenta que o estrangeiro não naturalizado não está incluso como favorecido no rol dos beneficiários previstos no LOAS, portanto o impetrante não faz jus ao benefício.

Frise-se que o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal assegura direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, garantindo o tratamento isonômico, não se fazendo distinção se estes são naturalizados ou não, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No mais, veja-se também o art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010). Grifo nosso.

Assim sendo, mantenho a r. decisão recorrida, pois inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique sua reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

Por fim, a decisão agravada não afastou a aplicação ou declarou a inconstitucionalidade dos artigos referidos pelo INSS e, por conseguinte, não há que se falar em violação à cláusula da reserva de plenário.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0008933-54.2011.4.03.0000
(2011.03.00.008933-0)

Autor: JOSAFÁ DE OLIVEIRA SANTOS
 Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
 Classe do Processo: AR 7997
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA INICIAL. ACOLHIDA EM PARTE. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO E LEI. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. CARÊNCIA. SUFICIENTE.

1 - Inépcia da inicial em relação ao pleito de rescisão com base no inciso VII do art. 485 do *Codex* Processual, haja vista a ausência de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, o que é imprescindível.

2 - A jurisprudência vem se consolidando no sentido de se admitir, de maneira excepcional, o manejo da demanda rescisória em face de decisões terminativas. Pedido juridicamente possível.

3 - A violação a literal disposição de lei, a autorizar o manejo da ação rescisória é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado.

4 - Houve equívoco na apreciação do pressuposto processual negativo, uma vez que não havia identidade de pedidos e causa de pedir entre as lides mencionadas.

5 - O autor da demanda originária implementou o requisito idade, bem como demonstrou por meio da CTPS o cumprimento da carência de 168 meses, viabilizando a concessão da benesse.

6 - Preliminar de carência de ação por inépcia da inicial em relação ao pleito de rescisão amparado no inciso VII do art. 485 do CPC acolhida. Demais matérias preliminares abordadas rejeitadas. Pedido rescisório julgado procedente. Ação subjacente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar de carência de ação por inépcia da inicial quanto ao pedido embasado no inciso VII do art. 485 do CPC para julgá-lo extinto, sem resolução do mérito, rejeitar as demais matérias preliminares abordadas, julgar procedente o pleito rescisório amparado no inciso V do mesmo dispositivo legal e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido de aposentadoria por idade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de Ação Rescisória proposta por JOSAFÁ DE OLIVEIRA SANTOS, com fulcro no art. 485, V e VII, do Código de Processo Civil (violação de lei e documento novo), em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS, objetivando desconstituir a r. decisão monocrática prolatada nesta Corte, nos autos da Apelação Cível nº 2010.03.99.039819-8, interposta na Ação Ordinária nº 2369/09, que teve seu curso junto ao Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Atibaia/SP.

Aduz o requerente que a r. decisão rescindenda violou a legislação vigente ao extinguir o feito subjacente, sem resolução do mérito, sob o fundamento de ocorrência de coisa julgada. Afirmar que o processo nº 2369/09 tem causa de pedir e pedido distintos da demanda de nº 2294/07, proposta por ele em momento anterior.

Inicial acompanhada de cópia das peças dos autos originais (fls. 13/135).

Dispensado o depósito prévio e deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita à fl. 138.

Em contestação de fls. 145/150, alega a Autarquia Previdenciária, preliminarmente, inépcia da inicial por ausência de exposição da causa de pedir, em especial da indicação dos dispositivos legais violados e dos documentos tidos como novos, bem como carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir, haja vista a inexistência de decisão com análise meritória e o objetivo de rediscussão dos fatos. Com relação ao mérito, aduz que as duas demandas propostas pelo autor eram idênticas, já que almejavam o mesmo benefício, sendo correta, portanto, a conclusão pela extinção da lide subjacente por coisa julgada. Afirmar, ainda, que o requerente não apresentou qualquer documento novo apto a desconstituição do julgado. Por fim, subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data de citação desta lide.

Réplica às fls. 160/164.

Instadas a especificar as provas que pretendiam produzir, ambas as partes as dispensaram (fls. 168/169).

Em sede de alegações finais, o requerente sustentou novamente a tese de inexistência de coisa julgada entre as demandas propostas por ele em momento anterior (fls. 173/175), ao passo que o INSS reiterou os termos deduzidos em sua peça de defesa (fls. 177/182).

Em parecer da lavra do i. Procurador Regional da República José Leônidas Bellem de Lima, o Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do feito, sem resolução do mérito, com base no art. 267, III, do CPC (fls. 184/186).

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

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

Verifica-se a tempestividade da presente ação rescisória, porquanto o prazo decadencial de 02 (dois) anos previsto no art. 495 do CPC ainda não transcorreria quando do seu ajuizamento em 08 de abril de 2011, considerando-se o trânsito em julgado do r. *decisum* rescindendo

aperfeiçoado aos 05 de abril de 2011 para a autora e em 05 de maio do mesmo ano para o INSS, nos termos da certidão de fl. 190.

Começo por verificar que, em parte, guarda pertinência a matéria preliminar relacionada à inépcia da inicial suscitada em contestação, especialmente com relação ao pleito de rescisão com base no inciso VII do art. 485 do *Codex* Processual, haja vista a ausência de exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, o que é imprescindível.

A parte autora laborou em equívoco ao igualar a hipótese de rescisão por documento novo com a exibição de novas provas na demanda subjacente. De fato, não se tem na inicial desta ação qualquer argumento que possa induzir ao conhecimento do pedido de rescisão do julgado em decorrência do surgimento de uma nova documentação.

Infringiu-se, dessa forma, os incisos III e IV do art. 282 do Estatuto Processual Civil, no que se refere ao pedido de rescisão por documento novo, por não apresentar ao julgador qualquer fundamento de sustentação da pretensão jurídica almejada.

Assim, é de se julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de rescisão do amparado no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, nos termos do art. 267, IV, c/c o § 3º, do mesmo diploma legal.

Por outro lado, merece ser afastada a preliminar de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido suscitada pela defesa e encampado pelo MPF, no sentido do não cabimento da demanda rescisória por ausência de decisão de mérito transitada em julgado.

Prescreve o art. 485 do Código de Processo Civil que apenas “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida.” Logo, a existência de decisão com pronunciamento sobre o mérito (coisa julgada material) se constitui em um dos pressupostos fundamentais para o ajuizamento da *actio* rescisória.

Não obstante, consistindo-se na única exceção prevista no art. 268, *caput*, do Código de Processo Civil, a extinção do processo, sem resolução do mérito, em face de perempção, litispendência ou de coisa julgada (art. 267, V), acaba por impedir a propositura de nova demanda por seu autor. Dessa forma, justifica-se o ajuizamento da ação rescisória como medida adequada à reabertura do litígio que fora obstado, de plano, a teor do disposto no art. 268, *caput*, do CPC, *in verbis*:

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação (...).

Convém registrar que a própria jurisprudência dos nossos tribunais já vem se consolidando no sentido de admitir, de maneira excepcional, o manejo da demanda rescisória em face de decisões terminativas amparadas no art. 267, V, do CPC.

Acerca deste tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha lecionam que:

Sem embargo disso - em que se desnuda o cabimento da ação rescisória apenas contra decisão de mérito transitada em julgado - avulta respeitável entendimento doutrinário, no sentido de admitir a ação rescisória contra decisão que, embora não seja de mérito, tornou a questão preclusa, impedindo sua revisão.

Tal entendimento denota ser cabível a ação rescisória, mesmo quando a decisão final não for de mérito, se não houver outro meio para eliminar a ilegalidade.

(...)

De acordo com o art. 268 do CPC, as sentenças terminativas, que reconheçam a existência de

coisa julgada, perempção ou litispendência (art. 267, V), impedem a repropositura da ação. Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem status semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito. (*Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 8 ed.; Bahia: Juspodivm, 2010, p. 363-365).

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado emanado do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO RESCISÓRIA. VALOR DA CAUSA. DEVE CORRESPONDER AO VALOR DA CAUSA ORIGINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO E IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSTATAÇÃO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO.

1. Nas rescisórias, o valor da causa deve corresponder ao valor da ação originária, corrigido monetariamente até a data do seu ajuizamento. Jurisprudência desta Corte. (AR 1.885/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/4/2009)

2. As teses do Banco, ora recorrente, são improcedentes, pois houve prequestionamento, demonstração da divergência jurisprudencial e recurso especial, interposto pelos recorrentes pessoas naturais, com base nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, está embasado em precedentes do STJ e impugna, adequadamente, os fundamentos jurídicos do acórdão recorrido, inclusive aquele que constitui fundamento central.

3. É cabível Ação Rescisória em face de decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito pela ocorrência de coisa julgada, uma vez que, de acordo com o art. 268 do CPC, não é possível a repropositura da ação nesse caso. Precedentes do STJ.

4. Agravos regimentais não providos.

(4ª Turma, AgRg no Resp nº 1297329, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.10.2012, DJe 31.10.2012)

Por fim, destaco que esta 3ª Seção já teve oportunidade de se manifestar em caso semelhante, conforme aresto que segue:

AÇÃO RESCISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISOS VII E IX. PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO SOB OS FUNDAMENTOS DA PEREMPÇÃO, LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. CABIMENTO DA RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. AUSÊNCIA DE MOTIVOS PELOS QUAIS A PARTE IGNORAVA A EXISTÊNCIA OU NÃO PÔDE FAZER USO DO DOCUMENTO. INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. HOMONÍMIA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO DA DEMANDA.

Alegação de inépcia da inicial rejeitada, tendo em vista que, da narração dos fatos, decorrem os fundamentos necessários à análise do pleito de rescisão.

O *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil confere pressuposto fundamental para a desconstituição do julgado, qual seja, que tenha havido pronunciamento de mérito sobre a causa, havendo remansosa jurisprudência na esteira de que, em se cuidando de decisão terminativa, consoante as hipóteses de extinção do processo previstas no artigo 267 do diploma processual, sem capacidade de consubstanciar coisa julgada material, não se apresenta possível o manejo da ação rescisória para desconstituir o julgado. Nada obstante, em se tratando de extinção anômala do processo sob os fundamentos da perempção, litispendência e coisa julgada, o cabimento da rescisória se justifica pelo simples fato de o próprio Código de Processo Civil, a teor do disposto no artigo 268, *caput*, primeira parte – “Salvo o disposto no art. 267, n. V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação” –, vedar

a repropositura da demanda em casos tais.

No logos do Direito é usual a presença da noção de razoável, “(...) próximo do bom senso da razão prática e do sentido de medida daquilo que é aceitável num determinado meio social e num dado momento” (Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 74). Imprópria a renovação da demanda originária, a teor do disposto no artigo 268, caput, primeira parte, do Código de Processo Civil, não é aceitável nem justo que a extinção do processo nos moldes do artigo 267, inciso V, do diploma processual, apesar de se tratar de sentença terminativa, sem julgar o mérito da causa, neutralize a possibilidade de oposição, por intermédio da ação rescisória, ao vício porventura presente na decisão passada em julgado, a ensejar sua desconstituição.

Rejeição da matéria preliminar.

O documento novo que possibilita a desconstituição do julgado é, em realidade, “velho”: além de referir-se a fatos passados, sua produção também é pretérita. A impossibilidade de seu aproveitamento sob tal condição, no caso concreto, advém da circunstância de a exordial da rescisória não ter explicitado o que teria impedido o manuseio a tempo e modo; ausentes, pois, os motivos pelos quais a parte autora ignorava a existência ou “não pôde fazer uso” das informações que traz nesta ocasião.

Ao afirmar a existência de um fato inocorrido - a repetição de idêntica demanda - resta demonstrado o engano cometido no julgamento do feito em epígrafe. As cópias do processo trazidas pela autora em nome de sua homônima demonstram que jamais se esteve diante de óbice de coisa julgada.

Ocorrência de simples homonímia, fato inegavelmente ignorado pelo julgado que se pretende desconstituir, equívoco decisivo no resultado do feito subjacente, chegando-se à conclusão, em sede de iudicium rescindens, que a decisão hostilizada fundou-se em erro de fato, de modo a autorizar a quebra da coisa julgada com fundamento no artigo 485, inciso IX, do diploma processual civil.

Impossível prosseguir com o exame meritório, restando evidenciada a indispensabilidade tanto da integração do INSS à lide quanto da produção de provas de que dependem questões de fato alegadas no processo de origem, sendo obrigatório o redirecionamento do feito à primeira instância, sob pena de se atropelar a apreciação pelo juiz natural, competente para o primitivo contato com o conjunto fático-probatório, além de cercear o devido processo legal em sua plenitude, ao impedir eventual reapreciação da matéria em grau de recurso, em situação que a lei não previu. Necessidade de desarquivamento do feito subjacente, com a remessa dos autos ao juízo de origem para o regular processamento da demanda.

Ação rescisória que se julga procedente.

(AR nº 0034521-97.2010.4.03.0000, Rel. Juíza Fed. Conv. Márcia Hoffmann, j. 22.09.2011, e-DJF3 03.10.2011, p. 32).

No que se refere ao pedido de rescisão do julgado com supedâneo no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, a peça vestibular preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 282 do Código de Processo Civil e foi devidamente instruída com os documentos indispensáveis à propositura da presente ação.

A parte autora expôs de forma clara todos os fatos necessários ao deslinde da causa e, conseqüentemente, para a formulação da defesa, conforme se verifica do seguinte trecho:

Prima facie, a presente Ação Rescisória está alicerçada no art. 485, V e VII, do Código de Processo Civil, pois o DD. Juízo Monocrático julgou o feito em desconformidade com a Legislação vigente, porquanto a Nobre Turma Julgadora não que a ação Rescindenda se tratavam de novas causas de pedir, bem como não considerou as novas provas juntadas nos autos, que comprovam que o autor cumpriu a carência exigida pelo art. 142 da Lei 8.213/91 (fl. 08).

Não obstante o requerente tenha deixado de mencionar o dispositivo legal violado, das razões expostas pode-se extrair claramente a causa de pedir, aplicando-se no caso o brocardo latino *da mihi factum dabo tibi jus*.

A preliminar de carência de ação fundamentada na ausência de interesse de agir, por sua vez, se confunde com o mérito e com passo a analisar.

A petição inicial de fls. 02/10 aponta para a hipótese de rescindibilidade prevista no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)
V - violar literal disposição de lei.

A violação a literal disposição de lei, a autorizar o manejo da ação nos termos do dispositivo transcrito, é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego inadequado. Pressupõe-se, portanto, que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda.

A respeito do tema, especifica o mestre Humberto Theodoro Júnior:

O conceito de violação de “literal disposição de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. (...) Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador.
Fazendo um paralelismo entre o recurso extraordinário por negação de vigência à lei federal e a ação rescisória por violação de literal disposição de lei, Sérgio Sahione Fadel conclui pela identidade das duas situações. Afirma que “a violação do direito expresso” corresponde ao “desprezo pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público”.
(*Curso de Direito Processual Civil, I, Ed. Forense, 37ª ed., p. 549/550*).

No caso dos autos evidencia-se a procedência do pedido do autor, conforme passo a expor.

O requerente ajuizou a ação ordinária de aposentadoria por idade nº 4494/07 perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Atibaia/SP, alegando ter desempenhado o labor rural por longo período e contar com a idade mínima necessária à concessão do benefício, no caso 60 anos (fls. 68/72).

Confira-se trecho que extraio da peça vestibular apresentada:

O autor nascido na cidade de Ibiratáia/BA, aos 15 de novembro de 1944, filho de Maria dos Santos, como de costume iniciou o seu ofício seguindo o modo de vida de sua genitora começando cedo a lida na roça, atividade pelo qual proveu o seu sustento, bem como de seus demais familiares, como trabalhador volante, também conhecido por bóia-fria, até a chegada da velhice, com exceção de pequenos períodos de entre safra da lavoura, também como braçal e volante.
O requerente trabalhou em diversas propriedades, como empregado, tempos sem registro e outros tempos com registro em sua Carteira de Trabalho, documentos anexos, e por fim como diarista, sem registro e sem vínculo empregatício, para uns e para outros sem padrão fixo, na plantação de milho, feijão, verduras e legumes, nesta cidade e comarca de Atibaia/SP. *Considera-se trabalhador rural* nos termos da lei previdenciária, tanto o empregado rural (Lei 8.213, art. 11, I, “a”), como o pequeno autônomo (incluídos aqui o eventual, lei cit., art.

11, IV, “a”, e o avulso art. 11, VI) e o segurado especial (art. 11, VIII – “são proprietários, ou não autônomos e prestadores de serviços rurais e na pesca que trabalham individualmente ou em regime de economia familiar, sem ajuda de empregadores ou terceiros”), referidos no artigo 6º, do Decreto nº 3.048/99 e arts 201, I e incisos 5º e art. 202, I, combinado da Constituição Federal.

(...)

Os documentos de qualificação civis do Autor, RG e CPF atestam que ele nasceu em 15/11/1944, contando, portanto, com 63 (sessenta e três) anos de idade (fl. 69).

Nesta Corte foi proferida a decisão monocrática que deu provimento à apelação do INSS para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente o pleito formulado, tendo o trânsito em julgado ocorrido em 19.12.2008 (fls. 74/75 e 95/97). O demandante propôs, então, nova ação previdenciária (processo nº 2369/09), o qual culminou na extinção do feito, sem a resolução do mérito, ao fundamento de ofensa à coisa julgada.

Reproduzo, para maior clareza, trecho da decisão que conduziu ao resultado acima referido:

É de ser mantida a sentença proferida pelo juízo a quo, que julgou extinto o processo, em face da ocorrência de coisa julgada material.

Conforme documentos acostados aos autos, a autora propôs demanda perante a comarca de Atibaia, em 28.12.2007, objetivando a concessão de aposentadoria por idade. A sentença, datada de 26.03.2008, julgou o pedido procedente, sendo reformada, em 19.11.2008, por decisão monocrática terminativa, transitado em julgado em 29.12.2008 (fls. 45/52).

Segundo os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 301 do Código de Processo Civil, uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Ocorre a litispendência quando se repete ação que está em curso. Há coisa julgada, por sua vez, quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso.

José Joaquim Calmon de Passos, em Comentários ao Código de Processo Civil, Volume III, 6ª edição, Editora Forense, afirma que a coisa julgada configura pressuposto processual de desenvolvimento negativo, o que implica dizer que a validade da relação processual depende de sua inexistência.

Sobrevindo a coisa julgada material, qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da sentença (ou acórdão) de mérito, a norma concreta contida na sentença recebe o selo da imutabilidade e da incontestabilidade.

A propósito, cite-se nota do artigo 467 do Código de Processo Civil e legislação processual, Theotonio Negrão, 28ª edição, Editora Saraiva, *verbis*:

A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu (Pontes de Miranda) (RT 123/569).

Para reconhecimento do instituto da coisa julgada, deve-se verificar a tríplice identidade dos sujeitos, pedido e causa de pedir.

Para os fins indicados, deve imperar a identidade jurídica, ou seja, que os sujeitos se apresentem na mesma qualidade. A identidade do objeto deve apresentar-se com relação aos pedidos mediato e imediato e, por sua vez, a identidade da causa de pedir deve resultar do mesmo fato jurídico nas demandas, incluindo-se o fato constitutivo do direito do autor e da obrigação do réu.

A autora não apresentou qualquer prova de que as causas de pedir sejam diversas, concluindo-se que ingressou com demanda idêntica à outra proposta anteriormente, cujo resultado não lhe fora satisfatório. As partes são as mesmas, assim como o pedido e a causa de pedir.

Faz-se mister, pois, diante da ocorrência de coisa julgada, ser mantida a sentença, que julgou

extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso V do Código de Processo Civil.

Posto isto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, nego provimento à apelação da autora (fls. 122/123).

Percebo, contudo, que a ação previdenciária nº 2369/09, apontada como idêntica à anterior e, conseqüentemente, como ensejadora do reconhecimento da aludida coisa julgada, trazia em seu bojo pedido e causa de pedir distintos, conforme documentação acostada às fls. 13/19.

É certo que, na inicial daquela lide, o requerente simplesmente a denominou de ação de aposentadoria por idade, da mesma forma que havia feito na primeira demanda, no entanto, a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido foi diversa.

Com efeito, na inicial do processo nº 2369/09 subjacente, o autor enfatizou que:

O requerente nasceu em 15/11/1944 e completou seus 65 anos em 15/11/2009, exercendo inicialmente a função de lavrador, bem como outras atividades, conforme se observa em sua CARTEIRA DE TRABALHO em anexo.

O autor como contribuinte, o período de recolhimentos aos cofres do INSS-INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL é de:

Assim, como se vê acima, somando os períodos mencionados apura-se um total de *14 anos, 01 mês e 02 dias*, ou seja, *169 meses de contribuições*, onde se observa em sua C.T.P.S. (Carteira de Trabalho e Previdência Social) em anexo, o que significa dizer que o autor implementou as condições legais de regência a época.

(...)

Para o ano de 2009 são necessários e exigidos 168 meses de contribuição segundo inteligência dos artigos 142 da Lei 8.213/91 e 257 do Dec. 3.048/99 que a completou e conforme citado acima, o autor possui 169 meses de contribuição, ou seja, excedeu em 01 mês a carência exigida por Lei, tendo por tanto direito garantido para pleitear Aposentadoria por Idade (fls. 14/15).

Muito embora o autor também tenha se referido ao trabalho rural ao pleitear a aposentadoria por idade na nova demanda, o fez apenas em relação aos períodos com registro em CTPS, os quais, somados aos lapsos de atividade urbana e o preenchimento da idade de 65 anos, permitiriam a concessão da aposentadoria por idade urbana.

Logo, resta evidente que houve equívoco na apreciação do pressuposto processual negativo, uma vez que não havia identidade de pedido e de causa de pedir, já que uma lide buscava a aposentação com base no labor rural com e sem registro e outra nos períodos de trabalho urbano e rural constantes da CTPS (com contribuição).

Desta feita, procedem os argumentos do demandante, uma vez que o r. *decisum* rescindendo de fato incorreu na aludida violação das disposições do art. 301, VI, bem como do art. 267, V e § 3º, ambos do CPC, sendo de rigor a desconstituição do julgado proferido.

Adentro ao juízo rescisório.

Destaco, inicialmente, que esta 3ª Seção, por ocasião do aresto paradigma colacionado no início deste voto, adotara o entendimento no sentido da inviabilidade de se prosseguir no reexame da causa, haja vista a ausência de condições, uma vez que a parte contrária sequer havia sido citada para integrar a lide subjacente.

Confira-se trecho que extraio da fundamentação constante do referido julgado:

Rescindida a decisão, a providência seguinte a ser tomada por este órgão julgador esgota-se na determinação de desarquivamento dos autos originários, oficiando-se ao Juízo de Direito

da Comarca de Mirandópolis/SP, informando-se acerca do teor desta decisão, recobrando-se, então, o processamento da causa, já que nem sequer angularizada a relação processual na origem.

Compusesse o INSS já o pólo passivo, malferimento algum importaria, às regras de direito processual, a cisão do julgamento para desenvolvimento da instrução, com ulterior continuação no próprio Tribunal do juízo rescisório, conforme até mesmo já teve a oportunidade de concluir esta Seção especializada, por ocasião de feito trazido à apreciação em condição assemelhada - Ação Rescisória 4207 (reg. nº 2004.03.00.042418-6), rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, julgada em 13 de agosto de 2009 -, *in verbis* (...).

Nesse ínterim, *in casu*, em que nem ao menos citada, a parte contrária, para responder aos termos da ação, longe de se encontrar a causa pronta para julgamento, impossível prosseguir com o exame meritório, evidenciada a indispensabilidade tanto da integração do INSS à lide quanto da produção de provas de que dependem questões de fato alegadas no processo de origem, obrigatório, pois, o redirecionamento do feito à primeira instância, sob pena, até mesmo, de se atropelar a apreciação pelo juiz natural, competente para o primitivo contato com o conjunto fático-probatório, além de cercear o devido processo legal em sua plenitude, ao impedir eventual reapreciação da matéria em grau de recurso, em situação que a lei não previu. Posto isso, rejeito a matéria preliminar e julgo procedente o pedido formulado na presente ação rescisória, para, com base no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, desconstituir o decisum proferido no Proc. nº 1000/09 e determinar o desarquivamento do feito subjacente, remetendo-se os autos ao juízo de origem para o regular prosseguimento da demanda, procedendo-se, lá, nos termos supra, à citação do INSS e colheita das provas necessárias ao deslinde da causa, a fim de que posteriormente outra sentença seja prolatada.

O caso em apreço, no entanto, comporta desfecho distinto, uma vez que a causa subjacente já se encontra madura e em condições de ser apreciada, com a citação do INSS e a contestação do pedido. Ademais, a matéria aqui abordada prescinde da produção de prova, sendo desnecessária eventual instrução probatória.

Ressalte-se que este tem sido o entendimento adotado por esta Corte em situações semelhantes, como nos casos de julgamento *extra petita*. Precedentes: AR 0028457-71.2010.4.03.0000, rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 de 25.02.2013; AR 1999.03.00.002314-5, rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJF3 de 24.3.2009; AR 2004.03.00.051332-8, rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJF3 de 4.8.2008; AR 92.03.015276-8, rel. Des. Fed. Marianina Galante, DJU de 20.10.2007.

Desta feita, passo a análise do pedido de aposentadoria.

O art. 48, *caput*, da Lei nº 8.213/91 prescreve que o benefício da aposentadoria por idade é devido ao segurado que completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou 60 (sessenta) anos, se mulher, e comprovar haver preenchido a carência mínima exigível.

Neste particular, cabe salientar que, para os segurados urbanos, inscritos anteriormente a 24 de julho de 1991, data do advento da Lei nº 8.213/91, deverá ser observado o período de carência estabelecido por meio da tabela progressiva, de caráter provisório, prevista no art. 142 da referida lei.

Não é diferente o entendimento da doutrina:

Cuida-se de regra transitória cujo fundamento da sua instituição residia na circunstância da majoração da carência para os benefícios em questão, que era de sessenta contribuições no anterior (CLPS/84, arts. 32, 33 e 35), e passou para cento e oitenta no atual texto permanente (art. 25, II). Quer dizer, o período de carência triplicou, passando de cinco para quinze anos.

(...).

A fim de não frustrar a expectativa dos segurados, para aqueles já filiados ao sistema foi estabelecida a regra de transição acima aludida, pela qual o período de carência está sendo aumentado gradativamente, de modo que em 2011 estará definitivamente implantada a nova regra.

(...).

Importante referir que a regra de transição somente se aplica aos segurados já inscritos em 24 de julho de 1991. Para aqueles que ingressam no sistema após a publicação da lei, aplica-se a regra permanente (art. 25, II), ou seja, carência de 180 contribuições mensais.

(Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 368/369).

Os meses de contribuição exigidos, a meu julgar, variam de acordo com o ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, não guardando relação com a data do respectivo requerimento.

Também neste sentido é o ensinamento contido na página 368 da obra supracitada:

A alteração do texto pela Lei nº 9.032/95 foi oportuna ao modificar o fator determinante para o enquadramento na tabela, que deixou de ser o ano da entrada do requerimento, como previsto na redação originária, para ser o ano do implemento das condições, em respeito à regra constitucional de preservação do direito adquirido.

No presente caso, o autor, nascido em 15 de novembro de 1944, conforme se verifica da Carteira de Identidade de fl. 22, completou a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, exigida pela Lei de Benefícios, em 15 de novembro de 2009. Assim, em observância ao disposto no artigo 142 da referida Lei, deveria demonstrar o efetivo labor por, no mínimo, 168 (cento e sessenta e oito) meses.

As anotações na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, as quais gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, comprovam que o demandante exerceu atividade urbana nos períodos de 01.01.1976 a 28.03.1976, 01.01.1979 a 09.04.1979 e rural nos lapsos de 01.07.1976 a 01.10.1978, 06.01.1990 a 31.03.1993 e 01.08.1994 a 03.09.2002, perfazendo o total de 14 anos, 01 mês e 07 dias de trabalho (fls. 24/38), ultrapassando, por conseguinte, a carência mínima estabelecida.

Assim sendo, uma vez preenchidos os requisitos legais, subsiste a garantia à percepção do benefício, em obediência ao direito adquirido previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e no art. 102, § 1º, da Lei 8.213/91, respectivamente transcritos:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

A demonstrar a preocupação do legislador, por via de sucessivos diplomas legais, de modo a preservar o instituto do direito adquirido, ressalto que, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, a perda da qualidade de segurado não é levada em conta para a concessão do benefício pleiteado. A mesma disposição já se achava contida no parágrafo único do art. 272 do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979. Confira-se:

Art. 272. Prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data em que começaram a ser devidas, as mensalidades ou benefícios de pagamento único.

Parágrafo único. Não prescreve o direito a aposentadoria ou pensão para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, mesmo após a perda da qualidade de segurado.

Ademais, não há necessidade do preenchimento simultâneo dos requisitos idade e carência, porquanto tal exigência não está prevista em lei e implica em usurpação das funções próprias do Poder Legislativo, além de fugir dos objetivos da legislação pertinente, que, pelo seu cunho eminentemente social, deve ser interpretada em conformidade com os seus objetivos.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados que transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL E OMISSÃO INEXISTENTE.

I - A lei não exige o preenchimento simultâneo dos requisitos necessários à aposentação por idade. Precedentes.

II - Tendo contribuído por mais de 9 (nove) anos antes do advento da Lei 8.213/91 que garantiu o direito à aposentadoria por idade a quem contribuiu com 60 (sessenta) contribuições, a perda de qualidade de segurado não importa em perecimento do direito à aposentação, ao completar o implemento da idade.

III - Embargos rejeitados.

(5ª Turma, EDRESP nº 323.903, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13.03.2002, DJU 08.04.2002, p. 266)

Ad argumentandum tantum, o dever legal de recolher as contribuições previdenciárias ao Instituto Autárquico e descontar da remuneração do empregado a seu serviço compete exclusivamente ao empregador, por ser este o responsável pelo seu repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe a sua fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação.

Desta forma, preenchidos os requisitos legais, faz jus a parte autora à percepção do benefício pleiteado.

A renda mensal inicial do benefício deve ser fixada nos moldes preconizados pelos arts. 29 e 50 da Lei nº 8.213/91.

O art. 49 da Lei de Benefícios estabelece os termos iniciais para a concessão do benefício pleiteado; entretanto, se o caso concreto não se enquadrar nas hipóteses legais, deve-se considerar como *dies a quo* a data da citação que, no presente caso, será a da demanda subjacente (04.12.2009 - fl. 46).

Com relação à correção monetária e aos juros de mora, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Honorários advocatícios a cargo do INSS, sucumbente, que fixo em 10% sobre a soma das parcelas vencidas entre a data da citação na ação subjacente e esta decisão.

A Autarquia Previdenciária é isenta do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96 e do art. 6º da Lei nº 11.608/03, do Estado de São Paulo. Tal isenção não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, acolho a preliminar de carência de ação quanto ao pedido embasado no inciso VII do art. 485 do CPC, que julgo extinto, sem resolução do mérito, rejeito as demais matérias preliminares abordadas em contestação e pelo Ministério Público Federal e julgo procedente o pedido rescisório amparado no inciso V do mesmo dispositivo legal. Em novo julgamento, julgo procedente o pedido de aposentadoria por idade.

Oficie-se ao MM. Juiz de primeira instância, comunicando-se o teor desta decisão.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0011500-36.2011.4.03.6183

(2011.61.83.011500-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 85/87

Interessado: JOSE PEREIRA CHAVES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AC 1826119

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N°S 20/1998 E 41/2003. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - Primordialmente, cabe salientar que não há de se falar em decadência para o pleito *sub judice*, tendo em vista a transparência do disposto no art. 103, da lei 8.213/91, *verbis*: “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.” Desta feita, não se tratando o pleito de recomposição das rendas mensais diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, de revisão de ato de concessão, resta afastada a decadência.

III - O C. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 564.354, em sede de Repercussão Geral deliberada nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil e as normas correlatas de seu Regimento Interno, decidiu pela aplicação imediata das regras estabelecidas no artigo 14 da Emenda Constitucional 20, de 15.12.98, e artigo 5º, da Emenda Constitucional 41, de 19.12.03, aos benefícios previdenciários que hajam sofrido limitação em seu teto por ocasião do cálculo da renda mensal inicial. Neste sentido (*Rel. Min. Carmen Lúcia, m.v., DJU 15.02.11, ement. 2464 - 03*).

IV - Estabelecidos os tetos, respectivamente, em 15.12.98 (EC 20/98) e 19.12.03 (EC 41/03), nos valores de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) e R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), deverão ser revistas as rendas mensais dos benefícios cujas datas de início ocorreram anteriormente à promulgação das referidas normas cons-

titucionais, e que sofreram limitação pelas regras legais de concessão e reajuste dos proventos.

V - O juízo *a quo* indeferiu a petição inicial (art. 295, III, do CPC), com fundamento no parecer da contadoria judicial da Justiça Federal de São Paulo/SP, concluindo que o benefício objeto da demanda não fora limitado ao teto ou, ainda, que a reposição do primeiro reajuste integralizou a diferença percentual entre a média e o valor máximo do salário de contribuição.

VI - Diante disto, não teria sofrido os prejuízos por suposta omissão na recomposição das rendas mensais diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03.

VII - Quanto ao valor probatório e a forma de considerá-lo no processo, o art. 131, do CPC, preceitua o seguinte: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

VIII - Observa-se, *in casu*, de acordo com o documento colacionado aos autos, que se encontra correta a irresignação da parte autora, já que o valor do salário-de-benefício, com a revisão nos termos do art. 144, da lei 8.213/91, fora alçado a *quantum* superior ao valor-teto previsto para a época.

IX - Desta forma, a revisão de benefícios tais como o da parte autora (glosados pelo valor-teto), acaba por fazer cumprir o princípio constitucional da preservação do valor real, insculpido no artigo 201, parágrafo 4º, da CF/88. Assim, por ser a parte autora possuidora de interesse econômico no deslinde da demanda, deve ser reformada a sentença *a quo*, fazendo jus a requerente, ao reajuste descrito na exordial devendo ser deferido, nos moldes do decisório do E. STF. Deverão as diferenças ser pagas, descontando-se o montante quitado em sede administrativa, observada a prescrição quinquenal parcelar.

X - No que se refere à verba honorária, mantém-se como fixada pela Juízo *a quo*, em 10% (dez por cento), sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do C. STJ, atualizadas monetariamente.

XI - Relativamente às custas processuais, é imperioso sublinhar que o art. 8º da Lei 8.620, de 05.01.93, preceitua o seguinte: “O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens. § 1º O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado nas condições de autor, réu, assistente ou oponente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios. (...)”.

XII - O E. STJ tem entendido que o INSS goza de isenção no recolhimento de custas processuais, perante a Justiça Federal, nos moldes do dispositivo legal supramencionado (*EDREsp 16945/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, v.u, j. 23.05.2000, DJU 12.06.2000, p. 143*). Contudo, a Colenda 5ª Turma do E. TRF da 3ª Região tem decidido que, não obstante a isenção da autarquia federal, consoante o art. 9º, I, da Lei 6032/74 e art. 8º, § 1º, da Lei 8620/93, se ocorreu o prévio recolhimento das custas processuais pela parte contrária, o reembolso é devido, a teor do art. 14, § 4º, da Lei 9289/96, salvo se esta estiver amparada pela gratuidade da Justiça (*AC 761593/SP,*

TRF - 3ª região, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, v.u, j. 12.03.2002, DJU 10.12.2002, p. 512).

XIII - Por conseguinte, sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita deixa-se de condenar o INSS ao reembolso das custas processuais, porque nenhuma verba a esse título foi paga pela parte autora e a autarquia federal é isenta e nada há a restituir.

XIV - Quanto às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei 1060/50, combinado com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

XV - Com respeito à correção monetária das parcelas devidas em atraso, encontra-se em plena vigência o Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, de 28.04.2005, que impõe obediência aos critérios previstos nos Manuais de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (aprovados por força das Resoluções 242, de 03.07.2001, 561, de 02.07.2007 e 134, de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal), disciplinadores dos procedimentos para elaboração e conferência de cálculos, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

XVI - Feitas tais considerações, a correção monetária far-se-á observados os termos do aludido Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incluídos os índices expurgados pacificados no STJ, conforme percentagens nos meses apontados no Capítulo V, item 1, afastada, porém, a SELIC, porquanto citada taxa acumula juros e índices de atualização monetária, estes já abrangidos pelo Provimento em testilha. A partir de 01.07.09, aplicar-se-á o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09.

XVII - No que tange aos juros de mora, o art. 1.061 do Código Civil anterior, de 1916, estabelecia que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionados era de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês. Os juros legais devidos “ex lege”, ou quando as partes os convencionavam sem taxa convencionada, também observavam a taxa adrede indicada (art. 1.062 do CC).

XVIII - Aos débitos da União e respectivas autarquias, e, assim, aos previdenciários, à minguia de determinação legal expressa e contrária, aplicava-se o estatuto civil (art. 1º da Lei 4.414, de 24.09.64), portanto, os juros moratórios eram de seis por cento ao ano. Entretanto, o art. 406 do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, alterou a sistemática sobre o assunto e passou a preceituar que, na hipótese de não haver convenção sobre os juros moratórios, ou se o forem sem taxa estabelecida, ou quando oriundos de comando legal, devem os mesmos ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

XIX - O art. 161 do Código Tributário Nacional reza que o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros moratórios, e o seu parágrafo primeiro explicita que, se a lei não estabelecer diversamente, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, 12% (doze por cento) ao ano. Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente. Tal percentual se aplica até 30.06.09.

XX - A partir de 01.07.09, a Lei 11.960, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei

9.494/97, estabeleceu, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a incidência, de uma única vez, de correção monetária e juros aplicados à caderneta de poupança. XXI - O último diploma legal referido, constante do Manual de Cálculos aprovado pela Resolução 134, de 21.12.2010, do Conselho da Justiça Federal, aplica-se à espécie, pelo que não há de se falar em *reformatio in pejus*, tendo sido acolhido pela E. 3ª Seção desta Corte (AR 2004.03.00.048824-3, DJUe 08. 04.2011) e pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (AI 842063, Plenário Virtual, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 17.06.2011, m.v., DJUe 02.09.11).

XXII - O recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, o agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

XXIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de março de 2014.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) interposto contra r. decisão monocrática proferida às fls. 85/87, na forma do art. 557, *caput*, do CPC.

Em suma, o recorrente alega que a r. decisão agravada não pode prevalecer em face de normas constitucionais e legais, bem como de precedentes jurisprudenciais que foram indicados. Ao final, postula a reforma do r. provimento hostilizado.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão monocrática proferida pela e. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, a quem sucedo, que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

Observe que o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria acolhida por esta Colenda Turma, encontrando-se

a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

Confira-se:

Trata-se de pedido de revisão de benefício previdenciário de aposentadoria especial (NB/085.972.127-2), com DIB em 09.05.90, para recomposição da renda mensal diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03. O juízo *a quo* indeferiu a inicial, nos termos do art. 295, III, do CPC e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, do mesmo diploma legal. Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Apelação da parte autora pugnando pela reforma da sentença.

Com resposta, subiram os autos a esta E. Corte.

DECIDO.

O art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei 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, por meio de decisão monocrática, negar seguimento ao recurso ou lhe dar provimento, considerando-se o posicionamento jurisprudencial dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Essa é a hipótese vertente nestes autos.

PRIMORDIALMENTE.

À guisa de esclarecimento, cabe salientar que não há que se falar em decadência para o pleito sub judice, tendo em vista a transparência do disposto no art. 103, da lei 8.213/91, *verbis*:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário *para a revisão do ato de concessão de benefício*, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

Desta feita, não se tratando o pleito de recomposição das rendas mensais diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, de revisão de ato de concessão, resta afastada a decadência.

MÉRITO.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 564.354, em sede de Repercussão Geral deliberada nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil e as normas correlatas de seu Regimento Interno, decidiu pela aplicação imediata das regras estabelecidas no artigo 14 da Emenda Constitucional 20, de 15.12.98, e artigo 5º, da Emenda Constitucional 41, de 19.12.03, aos benefícios previdenciários que hajam sofrido limitação em seu teto por ocasião do cálculo da renda mensal inicial, *in verbis*:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada.

2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3. Negado provimento ao recurso.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, m.v., DJU 15.02.11, ement. 2464 - 03)

Estabelecidos os tetos, respectivamente, em 15.12.98 (EC 20/98) e 19.12.03 (EC 41/03), nos valores de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) e R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), *deverão ser revistas as rendas mensais dos benefícios cujas datas de início ocorreram anteriormente à promulgação das referidas normas constitucionais, e que sofreram limitação pelas regras legais de concessão e reajuste dos proventos.*

O juízo *a quo* indeferiu a petição inicial (art. 295, III, do CPC), com fundamento no parecer da contadoria judicial da Justiça Federal de São Paulo/SP, concluindo que o benefício objeto da demanda não fora limitado ao teto ou, ainda, que a reposição do primeiro reajuste integralizou a diferença percentual entre a média e o valor máximo do salário de contribuição. Diante disto, não teria sofrido os prejuízos por suposta omissão na recomposição das rendas mensais diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03.

Quanto ao valor probatório e a forma de considerá-lo no processo, o art. 131, do CPC, preceitua o seguinte:

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”

In casu, observo, de acordo com o documento colacionado aos autos, às fls. 18, que se encontra correta à irresignação da parte autora, já que o valor do salário-de-benefício, com a revisão nos termos do art. 144, da lei 8.213/91, fora alçado a *quantum* superior ao valor-teto previsto para a época.

Desta forma, a revisão de benefícios tais como o da parte autora (glosados pelo valor-teto), acaba por fazer cumprir o princípio constitucional da preservação do valor real, insculpido no artigo 201, parágrafo 4º, da CF/88.

Assim, por ser a parte autora possuidora de interesse econômico no deslinde da demanda, deve ser reformada a sentença a qua, fazendo jus a requerente, ao reajuste descrito na exordial deve ser deferido, nos moldes do decisório do E. STF.

Deverão as diferenças ser pagas, descontando-se o montante quitado em sede administrativa, observada a prescrição quinquenal parcelar.

CONSECTÁRIOS.

Referentemente à verba honorária, mantenho como fixada pela Juízo *a quo*, em 10% (dez por cento), sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, atualizadas monetariamente.

Relativamente às custas processuais, é imperioso sublinhar que o art. 8º da Lei 8.620, de 05.01.93, preceitua o seguinte:

“O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou opoente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens. § 1º O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado nas condições de autor, réu, assistente ou opoente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios. (...)”.

O E. STJ tem entendido que o INSS goza de isenção no recolhimento de custas processuais, perante a Justiça Federal, nos moldes do dispositivo legal supramencionado (EDRESP 16945/

SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, v.u, j. 23.05.2000, DJU 12.06.2000, p. 143). Contudo, a Colenda 5ª Turma do E. TRF da 3ª Região tem decidido que, não obstante a isenção da autarquia federal, consoante o art. 9º, I, da Lei 6032/74 e art. 8º, § 1º, da Lei 8620/93, se ocorreu o prévio recolhimento das custas processuais pela parte contrária, o reembolso é devido, a teor do art. 14, § 4º, da Lei 9289/96, salvo se esta estiver amparada pela gratuidade da Justiça (AC 761593/SP, TRF - 3ª região, 5º Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, v.u, j. 12.03.2002, DJU 10.12.2002, p. 512).

De conseguinte, em sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita deixo de condenar o INSS ao reembolso das custas processuais, porque nenhuma verba a esse título foi paga pela parte autora e a autarquia federal é isenta e nada há a restituir.

Quanto às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei 1060/50, combinado com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Com respeito à correção monetária das parcelas devidas em atraso, encontra-se em plena vigência o Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, de 28.04.2005, que impôs obediência aos critérios previstos nos Manuais de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (aprovados por força das Resoluções 242, de 03.07.2001, 561, de 02.07.2007 e 134, de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal), disciplinadores dos procedimentos para elaboração e conferência de cálculos, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Feitas tais considerações, a correção monetária far-se-á observados os termos do aludido Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incluídos os índices expurgados pacificados no STJ, conforme percentagens nos meses apontados no Capítulo V, item 1, afastada, porém, a SELIC, porquanto citada taxa acumula juros e índices de atualização monetária, estes já abrangidos pelo Provimento em testilha. A partir de 01.07.09, aplicar-se-á o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09.

No que pertine aos juros de mora, o art. 1.061 do Código Civil anterior, de 1916, estabelecia que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionados era de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês. Os juros legais devidos “ex lege”, ou quando as partes os convencionavam sem taxa convencionada, também observavam a taxa adrede indicada (art. 1.062 do CC).

Aos débitos da União e respectivas autarquias, e, assim, aos previdenciários, à míngua de determinação legal expressa e contrária, aplicava-se o estatuto civil (art. 1º da Lei 4.414, de 24.09.64), portanto, os juros moratórios eram de seis por cento ao ano.

Entretanto, o art. 406 do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, alterou a sistemática sobre o assunto e passou a preceituar que, na hipótese de não haver convenção sobre os juros moratórios, ou se o forem sem taxa estabelecida, ou quando oriundos de comando legal, devem os mesmos ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. O art. 161 do Código Tributário Nacional reza que o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros moratórios, e o seu parágrafo primeiro explicita que, se a lei não estabelecer diversamente, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, 12% (doze por cento) ao ano.

Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente. Tal percentual se aplica até 30.06.09.

A partir de 01.07.09, a Lei 11.960, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, estabeleceu, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a incidência, de uma única vez, de

correção monetária e juros aplicados à caderneta de poupança.

O último diploma legal referido, constante do Manual de Cálculos aprovado pela Resolução 134, de 21.12.2010, do Conselho da Justiça Federal, aplica-se à espécie, pelo quê não se há falar em *reformatio in pejus*, tendo sido acolhido pela E. 3ª Seção desta Corte (AR 2004.03.00.048824-3, DJUe 08. 04.2011) e pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (AI 842063, Plenário Virtual, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 17.06.2011, m.v., DJUe 02.09.11).

DISPOSITIVO.

Posto isso, nos termos do art. 557, *caput* e/ou §1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, para determinar a revisão do benefício do requerente mediante recomposição das rendas mensais diante da majoração dos valores-teto por ocasião da edição das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, observada a prescrição quinquenal parcelar e descontados todos os valores pagos na esfera administrativa. Verbas sucumbenciais, correção monetária e juros de mora, na forma acima explicitada. (...)

Assevero que o recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, o agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000030-75.2012.4.03.6117
(2012.61.17.000030-0)

Apelante: ANTONIO CASTAGNA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
 Classe do Processo: AC 1835417
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2014

EMENTA

AGRAVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. FALTA QUALIDADE DE SEGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A r. decisão ora agravada deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do disposto no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. De acordo com o laudo médico pericial, o autor é portador de Transtorno Afetivo Unipolar Depressivo Crônico, estando incapacitado total e permanentemente para o trabalho. No entanto, afirma que o início da incapacidade é em 2006, data na qual, segundo seu CNIS, não mais detinha qualidade de segurado.
3. Destarte, em que pese a patologia apresentada pelo autor, sua incapacidade é de data posterior à perda da qualidade de segurado, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao presente agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida por este Relator que, nos termos do art. 557, do CPC, negou seguimento ao apelo da mesma.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de aposentadoria por invalidez. Apelou o autor.

Em suas razões de inconformismo o agravante alega que preenche os requisitos necessá-

rios para a concessão de aposentadoria por invalidez, afirmando que sua incapacidade tivera início, de acordo com as provas trazidas aos autos, em 29.10.1982.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator): Inicialmente, há que se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do CPC, vez que inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.

2. A “ratio essendi” do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerram matéria controversa.

3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3.ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2.ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1.ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1.ª Turma, DJ 24.04.2006).

4. “In casu”, o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada *initio litis*. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo “decisum” revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

6. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008)

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.

I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão

colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.

II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.

III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.

(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230)

Quanto à questão principal, reitere-se que, no caso dos autos, a qualidade de segurado do autor cessara após o período de carência subsequente ao benefício de auxílio-doença recebido de 1982 a 1988, uma vez que não realizara nenhuma contribuição até a propositura da presente demanda.

De acordo com o laudo médico pericial (fls. 111/115), o autor é portador de Transtorno Afetivo Unipolar Depressivo Crônico, estando incapacitado total e permanentemente para o trabalho. No entanto, na resposta ao quesito nº 04 do Juiz, afirma o Sr. Perito: “Início da doença: desde 1.982 e a incapacidade laboral desde 2.006.”

Observa-se que o autor fora beneficiário de auxílio-doença entre os anos de 1982 a 1988 pela mesma doença incapacitante objeto desta demanda, porém, o benefício foi cessado devido a alta médica e não há nos autos qualquer documento que comprove que desde então o autor encontrava-se incapacitado para o labor e que por tal motivo deixou de contribuir ao INSS.

Assim entre a sua última contribuição e o ajuizamento da ação em 2012 não houve qualquer recolhimento, tampouco a parte autora demonstrou a impossibilidade de contribuição em decorrência de doença incapacitante, razão pela qual é de se concluir pela perda da qualidade de segurado, pelo decurso do “período de graça” previsto no Art. 15, da Lei nº 8.213/91.

Destarte, em que pese a patologia apresentada pelo autor, sua incapacidade é de data posterior à perda da qualidade de segurado, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado.

Assim, a r. decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0030897-69.2012.4.03.0000
(2012.03.00.030897-3)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: JOÃO ADEMIR CANCIAN
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNADES
Classe do Processo: AR 8977
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/04/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. MOTORISTA DE CAMINHÃO AUTÔNOMO. FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PERTINENTES. ATIVIDADE ESPECIAL RECONHECIDA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PROVA FALSA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - A questão levantada pela parte ré, a título de preliminar, consistente na impossibilidade de utilização da ação rescisória, a fundamentar a ausência de interesse de agir, confunde-se com o mérito e, com ele, será analisada.

II - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula nº 343 do STF.

III - A r. decisão rescindenda, sopesando as provas constantes dos autos, concluiu que o ora réu exerceu atividade de motorista autônomo de caminhão no período de 01.10.1973 a 10.09.1997, reconhecendo tal atividade como especial, em face do enquadramento da profissão nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, tendo estabelecido, ainda, o afastamento do preceito inserto no art. 5º da Lei nº 11.960/09 para efeito do cálculo dos juros de mora.

IV - A interpretação adotada pela decisão rescindenda está absolutamente consentânea com o ordenamento jurídico nacional, pois não há óbice à conversão de atividade especial em comum ou mesmo à concessão de aposentadoria especial para o segurado que atue como autônomo, desde que reste comprovado o exercício de atividade que exponha o trabalhador de forma habitual e permanente, não eventual nem intermitente aos agentes nocivos, conforme se verifica do § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.032/95.

V - O enquadramento da atividade profissional no Quadro de Atividades Penosas, Insalubres e Perigosas implica reconhecer que a mera atuação do segurado em seu ofício já o expõe a agentes nocivos, sejam eles de natureza física, química ou biológica.

VI - O art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, dispõe sobre a forma de recolhimento a cargo da empresa para fins de concessão de aposentadoria especial de seus empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, não representando qualquer exclusão do aludido benefício ao contribuinte individual.

VII - No tocante à aplicação dos critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora fixados pela Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao disposto no art. 1º-F

da Lei nº 9.494/97, cabe ponderar que o E. STJ havia se pronunciado a respeito da questão ora debatida com o julgamento do Recurso Especial nº 1.205.946/SP (Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 19.10.2011, Dje de 02.02.2012), cujo acórdão esposou o entendimento no sentido de que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem.

VIII - A r. decisão rescindenda é anterior ao referido acórdão paradigma (a r. decisão rescindenda foi proferida em 23.03.2011), de modo que, na época de sua prolação, a matéria poderia ser reputada como controversa, a ensejar o óbice da Súmula nº 343 do E. STF.

IX - O E. STF declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF (Rel. Ministro Ayres Britto; acórdão não publicado), todavia tal orientação não afeta a r. decisão rescindenda, na medida em que restou mantido o afastamento da incidência do aludido preceito legal.

X - Inexiste nos autos subjacentes impugnação específica acerca de eventual falso material, dada a ausência de perícia técnica. Outrossim, há nos autos outras provas que corroboram o teor dos documentos reputados como falsos, que imputam ao ora réu a condição de motorista de caminhão.

XI - É possível inferir que mesmo que tais documentos não estivessem acostados autos, as demais provas constantes dos autos têm aptidão para firmar convicção acerca da atuação do ora réu como motorista de caminhão no período em debate.

Em face de o autor ser beneficiário da Justiça Gratuita, não há condenação em ônus de sucumbência.

XII - O fato de o ora réu e seu irmão terem constituído formalmente a empresa de transporte somente em 1990 não tem o condão de infirmar o teor dos documentos questionados, uma vez que é bastante plausível a hipótese de que a empresa tenha se cadastrado perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo posteriormente ao início efetivo de suas atividades, dada a grande informalidade que ainda impera em nosso país. Ademais, foram acostados aos autos cópias das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período consignado no formulário de fl. 128 dos autos originais (15.07.1975 a 12.08.1997).

XIII - O reconhecimento do exercício de atividade especial de motorista de caminhão não se cinge somente ao transporte de produtos perigosos.

XIV - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

XV - Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, por maioria, julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, revogando-se decisão que deferiu parcialmente a tutela requerida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de março de 2014.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Cuida-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, intentada com fulcro no art. 485, incisos V (violação literal de disposição de lei) e VI (prova falsa), do CPC, pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de João Ademir Cancian, visando desconstituir decisão monocrática proferida com base no art. 557 do CPC, que deu parcial provimento à apelação interposta pela autarquia previdenciária e à remessa oficial, para que a base de cálculo dos honorários advocatícios correspondesse ao valor das prestações vencidas até a data da sentença recorrida, mantendo, no mais, a sentença, que reconheceu o exercício de atividade rural, sem registro em carteira, no período de 02.01.1966 a 30.09.1973, bem como o exercício de atividade especial no período de 01.10.1973 a 10.09.1997, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a partir da data do requerimento administrativo. A decisão rescindenda transitou em julgado em 03.06.2011 (fl. 295), e o presente feito foi ajuizado em 23.10.2012.

Sustenta o autor, em síntese, que a decisão rescindenda afastou a incidência do art. 5º da Lei nº 11.960/09 no cálculo dos juros de mora, todavia aludido diploma legal já estava em vigor havia dois anos; que o correto seria aplicar a partir de julho de 2009 a correção monetária com base na variação mensal da TR e juros com taxa de 0,5% ao mês; que o E. STJ já decidiu de forma específica e definitiva a questão no julgamento do ERESP 1.207.197/RS em 18.05.2011; que a decisão rescindenda considerou como especial a atividade exercida pelo ora réu na condição de motorista autônomo, contribuinte individual, contudo o autônomo presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, o que elide a exposição, de forma habitual e permanente, a agentes nocivos; que o contribuinte individual não contribui para o financiamento do benefício de aposentadoria especial, não fazendo jus a este, nem à conversão de tempo especial para comum, sob pena de também incorrer em violação à expressa letra do inciso II do artigo 22 da Lei nº 8.212/91; que não poderia ter atestado atividade insalubre do autor desde 1975 até a data da lavratura do documento (12.08.1997), posto que nessa época sequer a empresa existia, tendo tido início de atividade em 22.02.1990; que o objeto social da empresa é o transporte rodoviário de carga, exceto os produtos perigosos, justamente o contrário daquilo que foi afirmado irregularmente pelo documento de fl. 128; que a r. decisão rescindenda se baseou em prova falsa, o que admite o ajuizamento da presente rescisória, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do CPC; que houve violação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.960/2009; ao código 2.4.4 do Decreto nº 53.831/64 e código 2.4.2 do Decreto nº 83.080/79; aos artigos 22, inciso II, 57, § 6º e 58 da Lei nº 8.212/91, além do artigo 195, §5º, da Constituição da República. Requer, por fim, seja rescindida a decisão proferida nos autos da AC nº 2002.03.99.037792-7 e, em novo julgamento, seja julgado extinto o processo com fundamento no art. 267, inciso V e § 3º, do CPC.

Com a inicial, juntou documentos acostados às fls. 16/410.

Pela decisão de fls. 420/422, foi deferida parcialmente a tutela requerida, para que fosse suspenso o pagamento do precatório da execução em trâmite perante a 1ª Vara Judicial de Tietê (autos nº 629.01.2001.000596-3) até o final do julgamento da presente ação.

Devidamente citado (fl. 513vº), ofertou o réu contestação (fls. 430/449, com documentos de fls. 450/510), argüindo, preliminarmente, pelo não cabimento da presente ação rescisória, sustentando que a interpretação do comando inserto na Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, era controvertida à época em que fora proferido o acórdão rescindendo (23.03.2011), tendo tal questão sido pacífica pelo STJ após o

julgamento do Recurso Especial nº 1.205.946/SP, julgado em 19.10.2011, Dje de 02.02.2012, ensejando a incidência da Súmula nº 343 do e. STF; que o enquadramento pode ser feito por atividade profissional, a qual sempre exerceu desde 01.10.1973; que o fato de o julgador ter mencionado a legislação e enquadramento da atividade especial por agentes nocivos, indicando os códigos e decretos corretos, enquadrando a atividade de motorista autônomo como especial, em hipótese alguma exclui o direito de ver computado aludido tempo como de atividade especial; que não há reconhecimento de que os documentos de fls. 127/128 sejam falsos, devendo ressaltar que diversos elementos acostados aos autos demonstram o exercício de atividade de motorista, consistentes em certidões de casamento, de nascimento de filhos e de notas fiscais; que mesmo que os documentos indicados pelo autor tivessem sido preenchidos de forma irregular, as demais provas existentes nos autos autorizam o reconhecimento da atividade de motorista. No mérito, alega que a mera irregularidade, de forma isolada, que porventura possa existir em algum dos documentos anexados, não deve ser suficiente a ponto de ensejar que o documento seja considerado falso; que os documentos ora juntados - 5 certidões de inteiro teor expedidas pelo Cartório de Registro Civil de Tietê, confirmando a veracidade do conteúdo dos respectivos documentos, nas quais constam a profissão de motorista e Ficha Cadastral obtida perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, da empresa Transportadora Cancian Ltda - ME, com data da constituição e início de atividade em 11.10.1973 - eliminam as dúvidas e questões suscitadas pelo INSS; que o fato do sócio/proprietário, que firmou sua assinatura no documentos de fls. 20, ter o mesmo sobrenome do réu não invalida o documento; que a r. decisão rescindenda não afrontou direta e de forma indubitosa o art. 5º da Lei nº 11.960/09, tendo em vista que a matéria em questão não estava pacificada na época, o que somente veio a ocorrer posteriormente; que a redação do § 3º da Lei nº 8.213/91 não vedava a conversão do tempo de serviço comum em especial pelo fato de o segurado não estar exposto a agentes nocivos à saúde, bastando apenas desempenhar as suas funções dentro das categorias profissionais contempladas pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64. Protesta, por fim, pela declaração da improcedência do pedido, com a consequente liberação do pagamento do precatório da execução dos autos nº 629.01.2001.000596-3.

Réplica às fls. 529/537.

Instada a parte ré para que se pronunciasse acerca da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 539), esta informou não ter interesse (fls. 540).

Na seqüência, foram as partes intimadas para que indicassem as provas que pretendiam produzir (fls. 545), tendo estas se manifestado pela desnecessidade de produção de provas (fls. 545vº e 546).

Razões finais do autor e do réu às fls. 547vº e 548/553, respectivamente.

Às fls. 556/559, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do juízo rescindendo, revogando-se os efeitos da antecipação dos efeitos da tutela.

É o relatório.

Ao Revisor.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

A questão levantada pela parte ré, a título de preliminar, consistente na impossibilidade

de utilização da ação rescisória, a fundamentar a ausência de interesse de agir, confunde-se com o mérito e, com ele, será analisada.

Não havendo dúvidas quanto à tempestividade do ajuizamento da presente ação rescisória, passo ao juízo *rescindens*.

DO JUÍZO RESCINDENS.

Dispõe o art. 485, V, do CPC:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar literal disposição de lei;

Verifica-se, pois, que para que ocorra a rescisão respaldada no inciso destacado deve ser demonstrada a violação à lei perpetrada pela sentença, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente.

De outra parte, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. Nesse diapasão, o E. STF editou a Súmula nº 343, *in verbis*:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

A decisão rescindenda, sopesando as provas constantes dos autos, concluiu que o ora réu exerceu atividade de motorista autônomo de caminhão no período de 01.10.1973 a 10.09.1997, reconhecendo tal atividade como especial, em face do enquadramento da profissão nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, tendo estabelecido, ainda, o afastamento do preceito inserto no art. 5º da Lei nº 11.960/09 para efeito do cálculo dos juros de mora.

Com efeito, a interpretação adotada pela decisão rescindenda está absolutamente consentânea com o ordenamento jurídico nacional, pois não há óbice à conversão de atividade especial em comum ou mesmo à concessão de aposentadoria especial para o segurado que atue como autônomo, desde que reste comprovado o exercício de atividade que exponha o trabalhador de forma habitual e permanente, não eventual nem intermitente aos agentes nocivos, conforme se verifica do § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.032/95.

Nesse mesmo diapasão, confira-se a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. PROVA. ART. 397, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO. ART. 57, § 3º, DA LEI Nº 8.213/91. CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

8. Somados todos os períodos de trabalho do segurado e considerado também como especial aquele referente ao tempo em que ele contribuiu como autônomo, pelo exercício da atividade de motorista, devidamente provada, faz-se necessário o reconhecimento do preenchimento dos 30 anos de tempo de serviço, devendo haver a regular concessão da aposentadoria pelo réu, desde o requerimento administrativo.

(...)

(TRF-2ª Região; AC 200202010171245; 5ª Turma; j. 06.05.2003; DJU 27.05.2003)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL. GUIAS DE RECOLHIMENTO COMO MOTORISTA AUTÔNOMO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. APLICAÇÃO DO ART. 57, § 1º, DA LEI Nº 8.213/91 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. CUSTAS. JUROS DE MORA.

(...)

2. A prova documental produzida, reforçada pela oitiva de testemunhas, demonstrou o efetivo labor do autor na profissão de motorista pelo prazo de 25 anos, com a efetivação dos respectivos recolhimentos das contribuições previdenciárias, razão pela qual faz ele jus à concessão do benefício de aposentadoria especial deferido pelo juízo “a quo”.

(...)

(TRF - 1ª Região; AC 200201990011360; 2ª Turma; Rel. Juiz Federal Cléber José Rocha; j. 30.05.2007; DJ 28.06.2007; pág. 16)

Importante esclarecer que o enquadramento da atividade profissional no Quadro de Atividades Penosas, Insalubres e Perigosas implica reconhecer que a mera atuação do segurado em seu ofício já o expõe a agentes nocivos, sejam eles de natureza física, química ou biológica.

De outra parte, insta consignar que o art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, dispõe sobre a forma de recolhimento a cargo da empresa para fins de concessão de aposentadoria especial de seus empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, não representando qualquer exclusão do aludido benefício ao contribuinte individual.

No tocante à aplicação dos critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora fixados pela Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, cabe ponderar que o E. STJ havia se pronunciado a respeito da questão ora debatida com o julgamento do Recurso Especial nº 1.205.946/SP (Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 19.10.2011, Dje de 02.02.2012), cujo acórdão esposou o entendimento no sentido de que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem.

Conforme se verifica, a decisão rescindenda é anterior ao referido acórdão paradigma (a decisão rescindenda foi proferida em 23.03.2011), de modo que, na época de sua prolação, a matéria poderia ser reputada como controversa, a ensejar o óbice da Súmula nº 343 do E. STF.

Nesse sentido, confira-se o precedente do próprio STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a alteração do texto do artigo 1º-F da Lei nº 9.404/97, conferida pela Lei 11.960/2009, não pode ser aplicada aos feitos em curso, já que se trata de norma de natureza instrumental e material.

II - Agravo interno desprovido.

(STJ; AGRESP 201001497034; Rel. Ministro Gilson Dipp; 5ª Turma; DJE 17.12.2010)

Cabe destacar que o E. STF declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF (Rel. Ministro Ayres Britto; acórdão não publicado), todavia tal orientação não afeta a r. decisão rescindenda, na medida em que restou mantido o afastamento da incidência do aludido preceito legal.

Dessa forma, penso que tal interpretação não afronta os dispositivos de lei indicados pelo autor, não se configurando, assim, a hipótese prevista no inciso V do art. 485 do CPC.

Por outro lado, não restou comprovada a alegação de prova falsa atribuída aos documentos de fls. 127/128 dos autos originais, consistentes em formulários emitidos pelo INSS e preenchidos pelo ora réu e por seu irmão, nos quais figura como motorista de caminhão, com o registro de que exerceu referida atividade profissional de forma habitual e permanente, nos períodos de outubro de 1973 a março de 1975 e de 15.07.1975 até 12.08.1997.

Com efeito, inexistente nos autos subjacentes impugnação específica acerca de eventual falso material, dada a ausência de perícia técnica. Outrossim, há nos autos outras provas que corroboram o teor dos documentos reputados como falsos, tais como a carteira nacional de habilitação do ora réu, expedida em 16.05.1997 (fl. 155), em que consta autorização para o transporte de produtos perigosos; certidão de casamento do ora réu, celebrado em 15.11.1978 (fls. 156), em que lhe foi atribuída a profissão de motorista; certidão de nascimento dos filhos do ora réu (03.12.1977 e 23.03.1981; fl. 157 e 160), em que este consta como motorista; certidão de casamento de José Antônio Carniel e Maria Regina Mella, celebrado em 31.05.1980, na qual o ora réu, testemunha, figura como motorista (fls. 158); certidão de casamento de Luiz Ademir Bertola e Maria Bernadete Barbosa, celebrado em 30.05.1981, na qual o ora réu, testemunha, ostenta a condição de motorista (fls. 158); nota fiscal representativa de aquisição de óleo para motor em nome do ora réu, datada de 12.06.1985 (fls. 162); e depoimentos testemunhais (fls. 246/249), que asseveram a atuação do ora réu como motorista de caminhão, notadamente no transporte de combustíveis, desde meados da década de 70.

Assim sendo, é possível inferir que mesmo que tais documentos não estivessem acostados aos autos, as demais provas constantes dos autos têm aptidão para firmar convicção acerca da atuação do ora réu como motorista de caminhão no período em debate. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

Para que a rescisória proceda, é necessário que, sem a prova falsa, não pudesse subsistir a sentença (RTJ 82/333; RSTJ 106/153, RT 502/161; RJM 192/188; AR 1.0000.00.335284-6/000) (Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor; Theotônio Negrão; José Roberto F. Gouvêa; Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca; 44ª edição; 2012; art. 485, nota 31, pág. 602)

Cabe ainda esclarecer que o fato de o ora réu e seu irmão terem constituído formalmente a empresa de transporte somente em 1990 (fl. 21) não tem o condão de infirmar o teor dos documentos questionados, uma vez que é bastante plausível a hipótese de que a empresa tenha se cadastrado perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo posteriormente ao início efetivo de suas atividades, dada a grande informalidade que ainda impera em nosso país. Ademais, foram acostados aos autos cópias das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias (fls. 46/152) pertinentes ao período consignado no formulário de fl. 128 dos autos originais (15.07.1975 a 12.08.1997). Por fim, o reconhecimento do exercício de atividade especial do motorista de caminhão não se cinge somente ao transporte de produtos perigosos.

Diante do exposto, *rejeito a matéria preliminar suscitada pelo réu e, no mérito, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória*, revogando-se a decisão que deferiu parcialmente a tutela requerida, de modo a autorizar o prosseguimento do pagamento do precatório da execução em trâmite perante a 1ª Vara Judicial de Tietê (autos nº 629.01.2001.000596-3). Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0039616-16.2012.4.03.9999

(2012.03.99.039616-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 47/50

Interessado: OVIDIO DAMANDO MIGUEL

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 1794018

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2014

EMENTA

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, CPC. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO AUXÍLIO-DOENÇA. TRABALHO REMUNERADO PARA SUBSISTÊNCIA NO PERÍODO DAS PARCELAS DEVIDAS E EM EXECUÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO.

I - Admite-se o pagamento do benefício e a manutenção da atividade habitual porque a demora na implantação do benefício previdenciário, na esfera administrativa ou judicial, obriga o(a) trabalhador(a), apesar dos problemas de saúde incapacitantes, a continuar a trabalhar para garantir a subsistência, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades.

II - No agravo do art. 557, § 1º, do CPC, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão agravada.

III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

IV - Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de abril de 2014.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática que, motivada pela demora na implantação do benefício de forma administrativa ou judicial e com base na dificuldade da

parte em garantir a subsistência, autorizou o pagamento dos valores atrasados do benefício de auxílio-doença, no período em que o exequente exerceu atividade remunerada e fixou o valor da execução em R\$ 6.131,51, sendo o valor atualizado até 11/2011.

Sustenta que a “Decisão no sentido da vergastada implica em inafastável fomento à fraude ao sistema previdenciário (...)” e que nenhum valor é devido a título de honorários advocatícios. Requer a reforma da decisão e a procedência do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSS contra decisão monocrática que, diante da ocorrência da coisa julgada, negou provimento à sua pretensão de aplicação da Lei nº 11.960/2009.

Registro que “Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte” (Agravamento Regimento em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112).

As razões recursais apresentadas não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

A decisão agravada assentou:

Trata-se de apelação da sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução e decretou que não há valores atrasados a serem recebidos pelo segurado.

O exequente foi condenado ao pagamento de R\$ 500,00 em honorários advocatícios.

Apela o exequente às fls. 38 e, sustenta, em síntese, que faz jus aos valores atrasados do benefício de aposentadoria por invalidez, mesmo tendo exercido atividade laborativa durante este período, posto que sem trabalhar estaria condenado à morte dada a míngua de recursos para sua sobrevivência. No que se refere aos honorários advocatícios discorda do desconto na base de cálculo dos valores pagos administrativamente. Requer o provimento do recurso. Contrarrazões às fls. 44.

Processado o recurso, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Aplicável, aqui, a regra inserta no art. 557 do CPC:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

O julgado estabeleceu o cumprimento da obrigação e fixou os parâmetros a serem observados, devendo o magistrado velar pela preservação da coisa julgada.

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA. DISPOSITIVO TRÂNSITO EM JULGADO. CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. RESPEITO À COISA JULGADA. OBEDIÊNCIA AOS LIMITES DEFINIDOS PELO JULGADOR DO PROCESSO

DE CONHECIMENTO.

(...)

2. A correção do rumo da execução, para fins de dar fiel cumprimento ao dispositivo da sentença trânsito em julgado pode ser engendrada de ofício pelo Juiz, em defesa da coisa julgada, atuar que só preclui com o escoamento do prazo para a propositura da ação rescisória.

3. A execução que se afasta da condenação é nula (nulla executio sine previa cognitio), por ofensa à coisa julgada, matéria articulável em qualquer tempo e via exceção de pré-executividade.

4. O processo de execução de título judicial não pode criar novo título, o que ocorreria, *in casu*, acaso se considerasse a possibilidade do cômputo de juros moratórios a partir de termo *a quo* diverso daquele estabelecido em decisão final transitada em julgado.

(...)"

(RESP nº 531804/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 25.11.2003, DJ 16.02.2004)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA À COISA JULGADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS. DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA EXEQUENDA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

I - ...

II - É cabível em sede de liquidação de sentença a retificação dos cálculos nos casos em que constatada a ocorrência de erro material ou desrespeito aos critérios de reajuste estabelecidos na decisão exequenda, sob pena de ofensa à coisa julgada. Neste último caso, havendo o seu descumprimento, não há que se falar em preclusão do direito de impugnar os cálculos feitos em desacordo com o estabelecido na fase de conhecimento. Recurso conhecido apenas pela alínea 'c' e, nessa parte, provido."

(STJ, 5ª Turma, REsp 510577, DJU 04/08/2003, p. 417, Rel. Min. FELIX FISCHER)

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. NÃO OFENSA À COISA JULGADA.

1. A coisa julgada abarca o dispositivo da sentença exequenda, não os cálculos eventualmente feitos pelo contador, que podem conter erros intoleráveis, ainda que não impugnados em tempo oportuno pela parte interessada.

2. Recurso conhecido e não provido."

(STJ, 5ª Turma, REsp 127426, DJU 01/03/1999, p. 356, Rel. Min. EDSON VIDIGAL)

Esta execução está fundamentada em título judicial, cujo julgamento condenou o INSS ao pagamento de auxílio doença a partir do data do laudo pericial (01/09/2010). A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) das parcelas vencidas até a sentença, conforme Súmula 111 do STJ.

A ação de conhecimento foi distribuída em 10/03/2010, o INSS citado em 14/04/2010, sentença proferida em 05/01/2011. Interpostos recursos voluntários pelas partes a ação foi julgada monocraticamente em 03/08/2011 e o trânsito em julgado ocorreu em 02/09/2012 e foi certificado em 14/09/2011 às fls. 115.

O benefício NB 31/544.596.028-1 foi implantado com DIB em 01/09/2010, DIP em 24/01/2011 e RMI de R\$ 986,24 (fls. 134).

O autor exequente apresentou seus cálculos no valor de R\$ 6.385,36, sendo R\$ 4792,31 o valor dos honorários advocatícios e, R\$ 314,68 o valor do salário do perito - valores atualizados para novembro /2011 e de acordo com o Provimento 134/201 do CJF.

Citada em 16/01/2012 (fls. 131), o INSS distribuiu esta ação de embargos á execução onde alega que nada é devido ao exeqüente, tendo este exercido atividade laborativa durante o período em que executa parcelas do benefício e assim consecutivamente também não há valor de verba honorária a ser paga. Fundamenta o excesso de execução alegado nos arts. 730, 743, I do CPC, art. 46 da Lei 8.213/91 e arts. 48 e 50 do Decreto 3.048/99.

Ao final o juízo sentenciou os embargos à execução, julgando procedentes os embargos entendendo que nada é devido ao exeqüente a título de parcelas atrasadas.

Entendo que a manutenção da atividade habitual ocorre porque a demora na implantação do benefício previdenciário, na esfera administrativa ou judicial, obriga o(a) trabalhador(a), apesar dos problemas de saúde incapacitantes, a continuar a trabalhar para garantir a subsistência, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades. Portanto, o benefício é devido também no período em que o autor exerceu atividade remunerada.

Assim, o exeqüente faz jus aos valores atrasados.

No que se refere aos honorários advocatícios, a matéria é regulada pela art. 20 do CPC e pela Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994 - estatuto da OAB, arts. 23, 24, e 25.

Diz o art. 23 Da Lei n° 8.906/94.

“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

Veja-se a jurisprudência do STF.

“CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n° 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional n° 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário n° 146.318-0/SP, Segunda Turma, relator ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário n° 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.”

(STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Processo: 470407 - DF Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, DJU 13/10/2006, p. 51, Relator Min. MARCO AURÉLIO, decisão unânime).

Com o advento da Emenda Constitucional n° 62/2009, o mecanismo do art. 100,§ 1º-A restou mantido no § 1º e ampliado no § 2º do mesmo artigo da Constituição Federal. Os honorários advocatícios são considerados verba alimentar e devem ser pagos ao causídico na forma estabelecida no título judicial, respeitando-se os critérios estipulados no art. 20 do Código de processo Civil.

Neste sentido o STJ:

“PROCESSO CIVIL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DEVEM COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

1. O pagamento efetuado pela Autarquia após a sua citação configura reconhecimento do pedido, que, por força do art. 26 do CPC, enseja a condenação nos ônus sucumbenciais
2. Assim, tendo ocorrido inicialmente pretensão resistida por parte do INSS, que ensejou a propositura da ação, impõe-se a incidência de honorários sucumbenciais, a fim de que a parte que deu causa à demanda, no caso, a Autarquia, arque com as despesas inerentes ao processo,

especialmente os gastos arcados pelo vencedor com o seu patrono.

3. Os valores pagos administrativamente devem ser compensados na fase de liquidação do julgado, entretanto, tal compensação não deve interferir na base de cálculo dos honorários sucumbenciais, que deverá ser composta pela totalidade dos valores devidos.

Recurso Especial provido.”

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Órgão Julgador: QUINTA TURMA, RESP - RECURSO ESPECIAL - 956263, Processo: 200701236133 / SP - Data da decisão: 14/08/2007, DJ DATA:03/09/2007 PÁGINA:219 - Relator - Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, decisão unânime)

Há pequenos erros nos cálculos quanto aos valores devidos ao advogado, ao perito, o cômputo dos juros e o valor devido nas competências inicial e final.

Entretanto, as contas apresentadas pelo exequente estão muito próximas à realidade do que representa a integração do título executivo, razão pela qual este juízo apresenta e fixa os valores a serem pagos ao exequente, ao perito e a o advogado.

Fixo o valor da execução em R\$ 6.131,51, sendo R\$ 5.515,16 as parcelas vencidas corrigidas monetariamente, R\$ 307,37 o valor dos juros de mora, R\$ 473,31 o valor dos honorários advocatícios e, R\$ 235,67 o valor dos honorários periciais.

Todos os valores estão corrigidos para o mês de novembro/2011.

Após a expedição do ofício requisitório, nos termos do art. 100 da CF e do pagamento do valor total, nos termos do art. 475-B, § 3º do CPC determino a remessa dos autos ao contador / perito em primeira instância para que sejam separados os valores devidos á parte, advogado e perito, expedindo-se os respectivos alvarás de levantamento.

Isto posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e fixo o valor da execução em R\$ 6.131,51 - atualizados no mês de novembro/2011.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Int.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no §1º - A do art. 557, do CPC, visto que segue jurisprudência dominante do STJ e dos demais Tribunais do País.

Com vistas a essa orientação, não há vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao agravo legal do INSS.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0002511-83.2013.4.03.6114

(2013.61.14.002511-6)

Agravante: SUELY MARIA NUNES DE ANDRADE

Agravado: R. DECISÃO DE FLS. 167/168

Apelante: SUELY MARIA NUNES DE ANDRADE

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AC 1911353

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO DOENÇA. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE.

I - A alegada incapacidade da parte autora não ficou comprovada pela perícia médica.

II - Não preenchidos, de forma indubitável, os requisitos necessários à obtenção de qualquer um dos benefícios previdenciários pretendidos (artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91), não há de ser concedido nenhum deles.

III - O art. 557, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de abril de 2014.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Convocado Douglas Camarinha Gonzales, nos termos do art. 557, do CPC que, nos autos da ação visando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou seguimento à apelação da parte autora.

Inconformada, agravou a parte autora pleiteando a reforma da decisão.

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Razão não assiste ao agravante.

Conforme decidiu o MM. Juiz Federal Convocado Douglas Camarinha Gonzales a fls. 167/168, *in verbis*:

Trata-se de apelação interposta em face da sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se, contudo, o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Apelou a parte autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que não foi apreciado seu pedido de realização de nova perícia. No mérito, alega que preenche os requisitos para a concessão do benefício pleiteado na inicial.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

Após breve relatório, passo a decidir.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Rejeito a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela parte autora, pois, no caso em tela os laudos periciais constantes dos autos trazem elementos suficientes ao deslinde da demanda, função precípua da prova pericial.

Cabe ressaltar ainda que as perícias foram realizadas por profissionais de confiança do Juízo, dotados de conhecimentos técnicos para realizar perícia médica e os argumentos apresentados pela parte autora não são suficientes para designar a realização de nova perícia, haja vista que não foram apresentados elementos aptos a desqualificar as perícias produzidas nos presentes autos.

Quanto ao mérito, a concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, “a”; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e conseqüentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.

Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

In casu, quanto à incapacidade laborativa, constam dos autos perícias médicas realizadas em 07/06/2013 e 10/06/2013 (fls. 114/122), quando contava a autora com 45 (quarenta e cinco) anos de idade, nas quais restou demonstrada a inexistência de incapacidade laborativa da periciada.

Desta forma, face à constatação da aptidão laborativa da parte autora pelas perícias judiciais, inviável a concessão das benesses vindicadas, sendo desnecessário perquirir acerca da qualidade de segurada da requerente.

Nesse diapasão, assim decidiu esta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REQUISITOS DO BENEFÍCIO APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NÃO PREENCHIDOS.

1. Restando devidamente comprovada a inexistência de incapacidade da parte Agravante para o trabalho deve ser negado provimento ao agravo legal. (...)” (AC 1235226, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 16/02/2009, v.u., DJF3 01/4/2009, p. 486)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA A ATIVIDADE DESENVOLVIDA. (...) - A inexistência de incapacidade para a função de costureira, inviabiliza a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. (...)” (APELREE 810478, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 16/02/2009, v.u., DJF3 24/3/2009, p. 1549)

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AGRAVO RETIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. (...) 3 - Não é devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença à parte Autora que, embora tenha comprovado a carência e a qualidade de segurado, não demonstrou a incapacidade para o trabalho. 4 - Laudo pericial que afirma a inexistência de incapacidade para o trabalho. (...)” (AC 1014831, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Santos Neves, j. 28/5/2007, v.u., DJU 28/6/2007, p. 643)

“PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - REQUISITOS - NÃO PREENCHIMENTO. I - A peça técnica apresentada pelo Sr Perito, profissional de confiança do Juiz e equidistante da parte, foi categórica no sentido da inexistência de incapacidade da autora, a qual não apresentou qualquer elemento que pudesse desconstituí-la, ou mesmo laudo de assistente técnico contrapondo-se às conclusões do Expert. (...)” (AC 1328869, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 17/02/2009, v.u., DJF3 04/3/2009, p. 1021)

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *rejeito a matéria preliminar* e, no mérito, *nego seguimento* à apelação da parte autora, nos termos da fundamentação.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Dessa forma, não há como possa ser concedido o benefício, tendo em vista que o “trans-torno misto ansioso e depressivo” e a “fibromialgia nas mãos” alegados pelo autor não ficaram caracterizados pelas perícias médicas, as quais concluíram pela ausência de incapacidade laborativa.

Observe que o art. 557, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento ao recurso interposto contra a decisão que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0037905-54.2004.4.03.9999

(2004.03.99.037905-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 100/102

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: SÉRGIO BATISTA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: AC 985558

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/03/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INTEMPESTIVO. PROCURADOR AUTARQUICO REGULARMENTE INTIMADO PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. LEITURA DA SENTENÇA EM AUDIÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA RECORRER. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. Consoante o disposto no § 1º, do art. 242 e art. 506, inc. I, ambos do CPC, proferida decisão ou sentença em audiência de instrução e julgamento, a partir de sua leitura inicia-se a contagem do prazo para a interposição de recurso.

2. O representante da parte deve ter sido regularmente intimado a comparecer ao ato, ainda que não o faça.

3. A regra geral prevista nos dispositivos citados, alcança também os procuradores federais, devendo ser assegurado, contudo, que a intimação para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento obedeça a forma prevista no art. 17, da Lei nº 10.910/2004, que resguarda a prerrogativa de intimação pessoal.

4. O procurador federal foi pessoalmente intimado acerca da realização da audiência de instrução e julgamento, embora tenha deixado de comparecer ao ato.

5. Considera-se intimado no momento em que houve a leitura da decisão em audiência, realizada em 10.06.2009.

6. Iniciando-se o prazo recursal na data da audiência, nos termos do artigo 242, § 1º, do CPC, e não havendo nos autos menção de qualquer causa interruptiva ou suspensiva, o prazo começa a fluir no primeiro dia útil seguinte a data da audiência, a teor do artigo 240 e parágrafo único do CPC.

7. Tem-se por intempestivo o recurso autárquico interposto somente em 16.07.2009.

8. É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

9. Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

10. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de março de 2014.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação, mantendo a r. sentença que concedeu à parte autora o benefício de aposentadoria rural por idade.

A autarquia alega, em síntese, que embora não tenha comparecido à audiência de instrução e julgamento, o prazo para recorrer deve ser contado a partir da data da ciência do procurador autárquico da sentença, vez que goza da prerrogativa da intimação pessoal.

Requer que seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, foi proferida decisão monocrática terminativa pelo então Relator do feito, o Exmo. Desembargador Federal Newton De Lucca, cujo teor transcrevo:

Trata-se de ação ajuizada por Sérgio Batista em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo mensal a partir da data do ajuizamento da ação, incluindo o abono anual.

Foram deferidos à parte autora (fls. 9) os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento do benefício requerido, no valor de um salário mínimo mensal a partir da citação. “As prestações vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde os respectivos vencimentos, incidindo sobre elas juros de mora, contados a partir da citação, fixados em 0,5% ao mês até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, após o que incidirá a taxa de 1%, tendo em vista a combinação do artigo 406 do CC com o artigo 161, §1º, do CTN” (fls. 84). A verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas (Súmula nº 111, do C. STJ). “Não há reembolso de custas ou despesas processuais, salvo aquelas comprovadas. O início do pagamento das prestações vincendas do benefício deverá ocorrer imediatamente após o trânsito em julgado da presente sentença, no prazo máximo de 30 (trinta) dias” (fls. 84).

Inconformado, apelou o Instituto, pleiteando a reforma integral do decisum. Caso não seja esse o entendimento, argumenta que os “em se tratando dos honorários advocatícios de ação contra a Fazenda Pública, não se aplicam os limites de 10 e 20% sobre o valor da condenação, devendo a fixação ser por apreciação equitativa do juiz, atendidas algumas condições legais (art. 20, §4º CPC)” (fls. 97).

Sem contra-razões, subiram os autos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o breve relatório.

Inicialmente, analiso a tempestividade da apelação.

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. I, 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: I - da leitura da sentença em audiência”.

Nesse sentido, comentando a hipótese, o E. Nelson Nery Junior explica:

“Quando proferido o ato em audiência, o prazo recursal se conta a partir da audiência para a qual tenham sido intimados regularmente os advogados, estejam ou não presentes a ela”. (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 8ª ed., 2004, SP, Revista dos Tribunais, nota 2 ao art. 506, inc. I, p. 955).

Na hipótese em exame, o I. Procurador Federal do INSS não compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada em 10/6/09, não obstante tenha tomado ciência da designação da mesma, conforme fls. 81 vº.

Dessa forma, iniciando-se o prazo recursal na data da audiência, nos termos do art. 242, § 1º, do CPC, e não havendo nos autos menção de qualquer causa interruptiva ou suspensiva, o prazo começou a fluir no primeiro dia útil seguinte a 10/6/09, a teor do art. 240 e parágrafo único do CPC.

Verifica-se que o recurso foi interposto somente em 16/7/09 (fls. 93 vº), donde exsurge a sua manifesta extemporaneidade.

Ressalto que a intimação pessoal posterior à publicação do decisum na audiência (fls. 94) não tem o condão de reabrir o prazo recursal, à míngua de previsão legal.

Ante o exposto e com fundamento no art. 33, inc. XIII, do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento à apelação.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem, com as cautelas de praxe, promovendo-se a devida baixa na Distribuição. Int.

A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Estando devidamente fundamentada, não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

Ante o exposto, mantendo as razões da decisão supra, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL**.

É como VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA**0026422-70.2012.4.03.0000****(2012.03.00.026422-2)**

Suscitante: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ

Suscitado: JUIZ FEDERAL EM AUXÍLIO RODRIGO ZACARIAS

Parte Autora: ALBERTINA DE SOUSA CASTRO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: CC 14632

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/04/2014

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE CONDENÇÃO DO INSS AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS EM RAZÃO DA NÃO CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NO TEMPO DEVIDO. INEXISTÊNCIA DE CUMULAÇÃO COM A PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. CAUSAS AUTÔNOMAS. CARÁTER INDENIZATÓRIO DO PLEITO FORMULADO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA 4ª TURMA (2ª SEÇÃO).

Carece às turmas especializadas em matéria previdenciária, que compõem a 3ª Seção desta Corte, competência para apreciar demanda em que se busca exclusivamente reparação a título de danos morais, cediço que a responsabilidade do INSS, enquanto integrante da Administração Pública Federal Indireta, decorre do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, apresentando-se, como objeto de exame, para a configuração do ilícito, a comprovação da omissão administrativa, o dano porventura causado ao beneficiário e o respectivo nexo de causalidade, requisitos que não se misturam com aqueles comumente tomados em consideração a existência de direito à proteção previdenciária do Estado, a saber, o preenchimento da qualidade de segurado, o cumprimento de período de carência e a ocorrência da contingência social prevista em lei.

Caso que não guarda identidade com as situações envolvendo pretensões cumulativas, justamente por se tratarem, a almejada condenação em danos morais e o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário propriamente dito, de pedidos formulados em demandas distintas e independentes, apresentadas separadamente após mais de um ano entre uma e outra.

A *causa petendi* não tem natureza previdenciária, mas sim administrativa, pretendendo-se, pura e simplesmente, por conta de pedido exclusivo relacionado ao exercício de função típica da Previdência em ato administrativo, ver o Instituto Nacional do Seguro Social responsabilizado por suposto ato ilícito consubstanciado na não concessão no tempo certo da aposentadoria posteriormente alcançada em juízo, não tendo o condão de transmutar a competência o simples fato de a demanda envolver autarquia previdenciária, tampouco a circunstância relacionada à qualidade de aposentada da jurisdicionada.

Prevalência da competência da 4ª Turma, integrante da 2ª Seção, competente para apreciar os processos relativos ao direito público nos exatos termos da norma contida no artigo 10, § 2º, do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito para reconhecer a competência do juízo suscitante, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais Mairan Maia, Marisa Santos, Johonsom Di Salvo, Alda Basto, Nelton dos Santos (convocado para compor quórum), Baptista Pereira e Marli Ferreira, vencidos os Desembargadores Federais Peixoto Júnior (Relator), Nery Júnior, Luiz Stefanini, Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Márcio Moraes, Diva Malerbi e Salette Nascimento (Presidente em exercício), que julgavam procedente o conflito para declarar a competência do juízo suscitado.

São Paulo, 12 de Fevereiro de 2014.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal David Diniz, convocado para compor a Quarta Turma integrante da Segunda Seção, em face do Juiz Federal Rodrigo Zacarias, em auxílio na Nona Turma integrante da Terceira Seção, estabelecido em agravo de instrumento interposto por Albertina de Souza Castro contra decisão de juiz de direito, pela qual declarou-se incompetente para o processo e julgamento de ação de indenização por danos morais ajuizada pela agravante em face do Instituto Nacional do Seguro Social INSS.

Foi designado o suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Dispensadas informações diante das decisões fundamentadas constantes dos autos.

O Ministério Público Federal opina pela procedência do conflito.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Albertina de Souza Castro ajuizou ação previdenciária para o restabelecimento de pagamento de aposentadoria por invalidez contra o INSS perante a Justiça Estadual, com fulcro no artigo 109, §3º, da Constituição Federal.

Posteriormente, ingressou perante o mesmo juízo com ação de indenização pleiteando a condenação do INSS ao pagamento de danos morais.

Distribuída a ação por dependência, o juiz encarregado do feito, invocando entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que compete à Justiça Federal Comum a ação de

reparação por dano moral que tenha por fundamento ato administrativo supostamente ilícito praticado pelo INSS, declarou-se incompetente e remeteu os autos Justiça Federal.

No agravo de instrumento, a recorrente sustenta a competência do juiz de direito em razão de conexão entre as ações e possibilidade de cumulação dos pedidos, ainda aduzindo que por ser pessoa idosa e portadora de grave enfermidade será difícil seu deslocamento para o acompanhamento do feito na Justiça Federal.

O agravo de instrumento foi inicialmente distribuído ao suscitado, que declinou da competência em decisão nestes termos motivada:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face da . decisão de f. 95/95vº, do Douto Juízo de Direito da Comarca de Ituverava/SP, que declarou a incompetência do Juízo para apreciar e julgar o feito e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal da Comarca de Barretos/SP.

Sustenta, em síntese, a inexistência da Vara Federal na Comarca de sua residência, sendo que a ação de indenização por danos morais é conexa com a que concedeu a sua aposentadoria por invalidez, de forma que deve ser apreciada pelo mesmo Juízo Estadual, devendo ser reformada a decisão.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Verifico, a partir das cópias dos autos, tratar-se de pedido de indenização por ato ilícito - danos morais, decorrentes do cancelamento do seu benefício previdenciário.

Desse modo, não se trata de pedido de concessão ou revisão de benefício previdenciário, mas de pretensão de indenização por danos morais em razão do ato ilícito praticado pela autarquia previdenciária. Portanto, a matéria em discussão não se inclui na competência desta Terceira Seção.

Nesse sentido, o julgado:

“PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DO INSS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA AFETA À EGRÉGIA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. 1. Não se discute nestes autos a concessão ou revisão de benefício previdenciário, mas apenas o cabimento de eventual indenização por danos morais em face do INSS, por falha na prestação de serviço público. 2. Nesse contexto, a matéria sob análise não se inclui na competência desta Terceira Seção. 3. Competência declinada”. (TRF/3ª Região, AC 947079, Proc. nº 200261200024769/SP, Turma Suplementar da 3ª Seção, Rel. Fernando Gonçalves, DJU 23.01.2008, pg. 730)

Em reforço, o seguinte julgado da C. Sexta Turma, integrante da Segunda Seção desta E. Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO INSS. SUPRESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA. 1. Estabelece o art. 109, da Constituição Federal que aos juízes federais compete processar e julgar: I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.(...) § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara de juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pelo justiça estadual. 2. No caso vertente, o agravante ajuizou ação de indenização por ato ilícito em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o pagamento de dano material, que estaria caracterizado pela arbitrária supressão do auxílio doença pelo agravado sem a realização de exames médicos, bem como

indenização por danos morais. 3. A questão trazida pelo agravante não se trata de pedido de concessão de benefício acidentário ou previdenciário. Busca-se junto ao INSS, indenização por danos materiais e morais em razão de ato administrativo praticado pelo órgão, consubstanciado em suposta arbitrária supressão do auxílio doença, sem a realização de exames médicos, aplicando-se, pois, ao presente caso o art. 109, inc. I, da Constituição Federal, sendo competente para julgar a demanda a Justiça Federal. 4. Precedentes da 1ª seção do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional. 5. Agravo de instrumento improvido.” (TRF/3ª Região, AG 306698, Proc. nº 200703000826848/SP, Sexta Turma, Rel. Consuelo Yoshida, DJU 18.03.2008, pg. 501).

Redistribuídos os autos do agravo de instrumento, o conflito de competência foi suscitado, nesta linha de motivação:

No caso, verifica-se da petição inicial da ação principal - processo nº 829/2011, da 1ª Vara da Comarca de Ituverava/SP de fls. 16/26, que a agravante pretende a condenação em danos morais do INSS devido à cessação do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, portanto, pedido conexo, nos termos do artigo 292 do CPC, com a concessão do referido benefício previdenciário, objeto da ação nº 288.01.2010.002360-6 da 1ª Vara da Comarca de Ituverava/SP de fls. 97/105, julgada procedente pela sentença de fls. 108/113.

A cumulação de pedidos, no processo, é prevista pelo Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;”

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. (...).

Assim, a agravante pretende condenação da autarquia previdenciária em danos morais decorrentes, justamente, da negativa do agravado em conceder-lhe a benesse pleiteada, nos autos principais e, em outra demanda pleiteia a concessão de auxílio doença c.c. aposentadoria por invalidez.

Primeiramente, consigno que não havia óbice à cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, no entanto, a agravante optou por fazê-lo em duas ações distintas.

Ademais, o pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal, tendo em vista que a procedência daquele pedido dependeria de a parte agravante demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta supostamente ilícita do INSS de indeferir, em âmbito administrativo, o benefício pleiteado.

Diante disso, há que se reconhecer que, no caso, os supostos danos causados à ora agravante pela cessação do benefício, esfera administrativa, estão intrinsecamente ligados à questão previdenciária, devendo, portanto, considerar-se o pedido de indenização sucessivo ao da concessão do benefício.

Portanto, a competência para processar e julgar o presente recurso é a Terceira Seção deste egrégio Tribunal, consoante arestos abaixo transcritos:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM QUE A PARTE AUTORA OBJETIVA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, CUMULADO COM DANO S MATERIAIS E MORAIS. COMPETÊNCIA DA COMARCA DE SEU DOMICÍLIO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO QUE NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO. I - A cumulação de pedidos de benefício previdenciário e de indenização por danos morais e materiais não afasta a competência da comarca do domicílio da parte autora. Incidência da regra inscrita no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. II - O pedido subsidiário é decor-

rente do pedido principal, e na hipótese de improcedência de tal pedido, nem se cogitará de dano moral (STJ, Conflito de competência nº 47.223/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18/02/2005). III - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento de conflito de competência, expressou o mesmo entendimento. IV - Agravo Legal a que se nega provimento.” (AI nº 359513, Sétima Turma, rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 18/01/2010, maioria, DJF3 10/03/2010, p. 575). (grifei)

“PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA DEMANDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADO COM DANO S MORAIS. I - A jurisprudência deste E. Tribunal tem se alinhado no sentido de que, nas hipóteses do art. 109, §3º, da Constituição Federal, o Juízo estadual é competente para o conhecimento de causas de natureza previdenciária nas quais haja pedido cumulativo de indenização por dano s morais. II - Tem-se entendido que o pleito de indenização acima referido constitui pedido acessório ao de outorga do benefício, só podendo ser analisado na hipótese de se considerar devida a prestação previdenciária postulada. III - O julgamento conjunto de ambos os pedidos é medida que se impõe, evitando-se a prolação de decisões contraditórias ou desconexas. Precedentes jurisprudenciais da E. Terceira Seção e Sétima Turma desta Corte. IV - Recurso provido.” (AI nº 332366, Oitava Turma, rel. Des. Fed. Newton de Lucca, j. 07/06/2010, maioria, DJF3 27/07/2010, p. 990). (grifei)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DANO MORAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO COM A MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. LIMINAR. NOVA INTERPRETAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA. VEDAÇÃO. É competente o Juízo Federal previdenciário para o processamento e julgamento do pedido de danos morais, haja vista a conexão com a matéria previdenciária, pois é no contexto dessa relação que se discute o nexo causal e o dano causado. Nova interpretação administrativa não comporta aplicação a casos já decididos, por estar em desacordo com a segurança das relações jurídicas. Agravo de Instrumento provido.” (AG 2007.03.00.100951-9, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, Décima Turma, j. 08/04/2008, DJ 23/04/2008) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. AÇÃO VERSANDO SOBRE MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. DANO MORAL E MATERIAL. I - A reparação por dano s materiais e morais, decorrentes da negativa do INSS em conceder o benefício, se configura como pedido subsidiário, que indubitavelmente se insere na competência das varas especializadas. II - Admissível a cumulação dos referidos pedidos, já que a Justiça Federal é competente para o julgamento de ambos.(...) VI - É competente para o julgamento da causa a Justiça Federal de Primeira Instância. VII - Agravo provido.” (AG 2005.03.00.089343-9, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j. 26.05.2008, DJ 10.06.2008).

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO OBJETIVANDO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO DO INSS POR PERDAS E DANO S. CUMULAÇÃO SUCESSIVA DE PEDIDOS. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, § 3º, CF. APLICAÇÃO. I As pretensões ventiladas na ação originária são de duas ordens, segundo se deduz da inicial daquele feito: a obtenção de pensão por morte e a indenização por perdas e danos, decorrente do indeferimento do benefício na via administrativa; a causa de pedir, a seu turno, é o reconhecimento da condição de dependente da autora daquele feito em relação ao seu companheiro falecido, negada pelo INSS, o que redundou no indeferimento da prestação. II. Trata-se de cumulação sucessiva de pedidos - art. 292, *caput*, CPC -, de natureza eminentemente previdenciária, mesmo porque um dos pressupostos para a assunção da responsabilidade civil da autarquia previdenciária será, como é óbvio, o reconhecimento de que a autora é, efetivamente, dependente do de cujus e, portanto, a ela deveria ter sido deferida a prestação, indevidamente indeferida administrativamente. III. É de rigor concluir-se, portanto, que a ação subjacente versa sobre causa em que é parte instituição de previdência e beneficiário, estando ao abrigo, pois, da norma do artigo 109, § 3º, CF. IV. Estão presentes todos os requisitos previstos no artigo 292, § 1º e seus incisos, para a cumulação em questão,

ou seja, os pedidos são compatíveis entre si, o mesmo Juízo Estadual é competente para deles conhecer e o tipo de procedimento escolhido - o ordinário - é adequado para a veiculação da pretensão em causa. V. Conflito negativo julgado procedente, firmando-se a plena competência do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Cachoeira Paulista/SP para processar e julgar a ação originária - autos nº 480/2001." (CC 5992, Processo: 2003.03.00.071121-3, Relatora: Desembargadora Federal Marisa Santos, 3ª Seção, v.u., j. em 28.04.2004, DJ de 09.06.2004)

Juiz estadual e juiz suscitado citam precedentes supostamente em favor da orientação adotada mas não se verifica notícia de postulação de benefício previdenciário nos referidos casos, o conflito de competência nº 54.773 do STJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, versando situação em que a parte autora ajuizou "ação de reparação de danos morais contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, alegando que a mencionada autarquia determinou o seu retorno ao trabalho, concedendo-lhe indevidamente alta médica", a apelação cível nº 2002.61.20.002476-9 desta Corte, de relatoria do Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves, tratando de hipótese que retrata o relator dizendo "verifico que a parte autora não pleiteia, em qualquer momento, a concessão de benefício previdenciário nem discute a presença dos requisitos necessários para seu recebimento ou revisão" e o agravo de instrumento nº 2007.03.00.082684-8, de relatoria da Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, tratando de "ação de indenização por ato ilícito em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o pagamento de dano material e moral, que estaria caracterizado pela arbitrária supressão do auxílio doença pelo agravado sem a realização de exames médicos".

Na hipótese dos autos há discussão de benefício previdenciário porque postula a parte o restabelecimento de aposentadoria por invalidez, pleito por sua vez de que depende o de indenização por danos morais porque destes sequer se pode cogitar sem reconhecimento de direito ao benefício.

É questão tratada reiteradamente nesta Corte pela Terceira Seção, entendendo pela possibilidade de conhecimento dos pedidos pelo órgão com competência para a matéria previdenciária, como se observa já dos precedentes citados na decisão do juiz suscitante. Confirma-se ainda:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OUTORGA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA À JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, § 3º, CF. APLICAÇÃO.

1. Discute-se neste conflito negativo de competência a decisão do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Registro/SP, que reconheceu a incompetência para apreciar o pedido de danos morais.

2. Em que pesem os fundamentos esposados na r. decisão do suscitado, tenho aderido à jurisprudência no sentido de que existe correlação entre os pedidos apresentados, uma vez que, para a eventual indenização por danos morais, deverá o autor demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre ele e a conduta supostamente ilícita do agente, que diz respeito à concessão pelo Instituto Nacional do Seguro Social do benefício pleiteado pelo autor.

3. Portanto, ao juiz estadual investido na competência federal delegada compete conhecer de questões relativas à matéria previdenciária, sendo certo que o pedido de indenização constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal.

4. Se a lide tem por objeto não só a concessão de benefício previdenciário, mas também a indenização por danos morais, cuja causa de pedir reside na falha do serviço, é de se admitir a cumulação dos pedidos, perante a Justiça Estadual, pois se cuida de causa em que são partes o INSS e o segurado, na forma do art. 109, § 3º da Constituição de 1988.

5. Conflito competente. Juízo Suscitado declarado competente.

(CC nº 201003000241640, Relatora Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, j. 25/11/2010, DJF3 30/03/2011, p. 123).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OUTORGA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA À JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, § 3º, CF. APLICAÇÃO. Se a lide tem por objeto não só a concessão de benefício previdenciário, mas também a indenização por danos morais, cuja causa de pedir reside na falha do serviço, é de se admitir a cumulação dos pedidos, perante a Justiça Estadual, pois se cuida de causa em que são partes o INSS e o segurado, na forma do art. 109, § 3º da Constituição de 1988. Conflito procedente. Juízo suscitado declarado competente. (CC 10381, Proc. 2007.03.00.084572-7, rel. Desembargador Federal Castro Guerra, Terceira Seção, v.u., DJU 25.02.2008)

A questão também foi trazida à Egrégia Terceira Seção em agravo de instrumento (nº 0002241-68.2013.4.03.0000) de relatoria do Desembargador Federal Nelson Bernades), destacando-se:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PAULO ROBERTO DA SILVA em face da r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Adamantina/SP que, em ação de natureza previdenciária proposta contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de Tupã/SP.

Em suas razões recursais de fls. 02/11, sustenta a parte agravante, em síntese, que a cumulação do pedido de benefício com o de indenização por danos morais não afasta a competência delegada ao Juízo Estadual por força do art. 109, § 3º, da CF.

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

De início, cumpre considerar a possibilidade de se cumular, numa mesma ação proposta perante a justiça estadual no exercício da competência delegada (art. 109, § 3º, da CF), a concessão de benefício previdenciário e a indenização de danos morais em consequência do indeferimento administrativo considerado irregular.

A teor do art. 292 da Lei Adjetiva, permite-se cumulação de vários pedidos num único processo, independentemente de serem ou não conexos, desde que compatíveis entre si, observadas a competência do mesmo juízo para conhecer de todas as pretensões formuladas e a adequação do tipo de procedimento, neste caso admitido o ordinário se diversos os modos de processamento (inciso I, II, e III).

A concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários, embasada no indeferimento administrativo, compete à justiça federal (art. 109, I, da CF) porque deduzida a respectiva ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ressalvada a competência dos juízos estaduais nas comarcas onde não exista vara federal (§ 3º).

Já a reparação por dano moral tem seu fundamento no suposto ato ilícito praticado pela Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, exsurgindo daí o nexo causal entre a lesão suportada pelo segurado e seu direito à concessão do benefício pretendido junto ao Instituto Autárquico que o indeferiu.

E porque ambas questões conexas à matéria previdenciária, admite-se a cumulação entre os dois pedidos, ainda que se trate de juízo estadual investido na competência federal delegada, tendo o INSS integrado o pólo passivo da demanda, nos moldes do art. 109, § 3º, da Carta Republicana.

Aliás, a 3ª Seção desse E. Tribunal já decidiu que Se a lide tem por objeto não só a concessão de benefício previdenciário, mas também a indenização por danos morais, cuja causa de pedir reside na falha do serviço, é de se admitir a cumulação dos pedidos, perante a Justiça Estadual, pois se cuida de causa em que são partes o INSS e o segurado, na forma do art. 109, § 3º da Constituição de 1988. (CC nº 2007.03.00.084572-7, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, j. 13/12/2007, DJU 25/02/2008, p. 1130).

No caso dos autos, a parte autora cumuleu os pedidos de ressarcimento por danos morais

e materiais, e de restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, ajuizando a respectiva ação no foro de seu domicílio, onde não há sede de Vara da Justiça Federal, consoante assegura o art. 109, § 3º, da Carta Republicana.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo, para fixar a competência do Juízo Estadual *a quo*.

Digno de nota ainda decisões monocráticas proferidas nos conflitos de competência nº 0008826-39.2013.4.03.0000, 0000909-66.2013.4.03.0000, 0011946-90.2013.4.03.0000, 0021337-69.2013.4.03.0000, 0011948-60.2013.4.03.0000, respectivamente de relatoria da Desembargadora Federal Lucia Ursaiá, Juiz Convocado Carlos Francisco, Desembargadora Federal Vera Jucovsky, Juíza Convocada Raquel Perrini e Desembargadora Federal Daldice Santana.

Cabe também anotar que o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que as causas em que há pedido de natureza previdenciária cumulado com pedido de indenização por danos morais são da competência das varas especializadas previdenciárias, sob o fundamento de que “o pedido de indenização por danos morais é decorrente do pedido principal” (CC 111447/SP, Terceira Seção, Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP, j. 23.06.2010, p. DJe 02/08/2010).

Observo também que a presente situação é diversa da tratada por este colegiado em casos em que a indenização por danos morais compõe o pedido exclusivo, em situações de atraso na implantação de benefício previdenciário (CC 00134902120104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/01/2012 .FONTE_REPUBLICACAO; CC 12922, ÓRGÃO ESPECIAL, Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, data do julgamento: 13/07/2011, data da publicação/fonte: DJF3 CJ1 DATA: 04/08/2011).

Cabe por fim acrescentar que, na situação em exame, embora a autora tenha, por opção, formulado os pedidos em autos distintos, verifica-se que a indenização pleiteada é questão dependente e indissociável da pretensão previdenciária, porque, para avançar-se no exame das demais exigências para o reconhecimento de danos morais é preciso primeiramente que se declare a ilegalidade do cancelamento do benefício. Não me parece, pois, relevante o fato da propositura separada, até porque a reunião dos pedidos em mesmo processo não seria suficiente para encerrar a questão, porque teoricamente poderia ser determinado o desmembramento, de modo que o essencial está na relação de dependência do pedido de indenização de danos morais ao de restabelecimento do benefício.

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito para o fim de declarar a competência do juiz federal em auxílio suscitado.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BATISTA PEREIRA:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal David Diniz, convocado para compor a Quarta Turma desta Corte, em face do Juiz Federal Rodrigo Zacarias, em auxílio na Nona Turma, que tem como objeto agravo de instrumento interposto por Albertina de Souza Castro contra decisão de juiz de direito, que declarou-se incompetente para

o julgamento de ação de indenização por danos morais ajuizada pela ora agravante.

No caso em tela, a referida segurada propôs ação com o fim de restabelecimento de seu benefício de aposentadoria por invalidez, a qual foi julgada procedente.

Ato contínuo propôs ação indenizatória por dano moral decorrente da cessação indevida de seu benefício previdenciário.

Nesta segunda ação o juízo de primeiro grau declarou-se incompetente para o julgamento de ação indenizatória em sede de jurisdição delegada.

Note-se que a relação jurídica entre a segurada e o INSS foi superada no julgamento da primeira ação.

Em outras palavras, a matéria previdenciária já havia sido esvaziada antes mesmo da propositura desta segunda ação, que versa exclusivamente sobre a responsabilidade objetiva do Estado em razão de suposto dano moral resultante do ato administrativo que determinou a cessação de benefício previdenciário.

Nestes termos, acompanho, em parte, o voto divergente da Excelentíssima Desembargadora Federal Therezinha Cazerta.

Entretanto, entendo que as questões de competência interna desta Egrégia Corte e de ocorrência de jurisdição delegada são indissociáveis.

Isto porque, ao decidir pela competência de turma da Segunda Seção, tendo como premissa a inexistência de matéria previdenciária a ser apreciada, que resultaria na competência de órgão fracionário da Terceira Seção, o Órgão especial, por via oblíqua, nega a incidência de jurisdição delegada ao caso concreto.

Ante o exposto, *julgo improcedente* o presente conflito para declarar a competência da Segunda Seção e, como decorrência lógica, o efeito vinculante deste entendimento sobre o julgamento do agravo de instrumento, objeto do presente conflito de competência, e sobre qualquer discussão acerca da competência da Justiça Federal no curso da ação indenizatória.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Conflito negativo provocado nos autos de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz de direito que reconheceu a incompetência da Justiça Estadual para julgar demanda autônoma de condenação do INSS em danos morais originados da indevida interrupção do pagamento de aposentadoria por invalidez em favor da autora recorrente.

Discute-se entre os suscitantes se a aludida pretensão encontra-se inserida na esfera de atribuições da 2ª Seção, consoante sustentado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias (9ª Turma), por “tratar-se de pedido de indenização por ato ilícito - danos morais, decorrentes do cancelamento do seu benefício previdenciário” (fl. 145, verso), tema de direito público; ou se o pleito em questão é de natureza previdenciária, a determinar, assim entendido, para julgamento do recurso pendente, o encaminhamento do feito à 3ª Seção desta Corte, eis que “os supostos danos causados à ora agravante pela cessação do benefício, esfera administrativa, estão intrinsecamente ligados à questão previdenciária, devendo, portanto, considerar-se o pedido de indenização sucessivo ao da concessão do benefício”, *como* afirmado pelo agora Desembargador Federal David Dantas, à época convocado na 4ª Turma.

Licença devida ao eminente Relator e aos demais que o acompanharam, o dissídio comporta solução distinta da adotada.

Integrantes da 3ª Seção (artigo 10, § 3º, do Regimento Interno), às turmas previdenciárias, criadas por força da Resolução nº 128, de 19 de maio de 2003, editada pela E. Presidência deste Tribunal, “com competência para processar e julgar feitos relativos à Previdência e Assistência Social”, cumpre a apreciação somente de causas de índole exclusivamente previdenciária, a significar pedido de concessão e revisão de benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

O pedido de indenização por danos morais, embora formulado contra o INSS, longe de ostentar natureza previdenciária, expressa tão-somente a pretensão do segurado concernente à responsabilização do ente público por ato administrativo cuja ilicitude, como informa a argumentação trazida nas razões do recurso de agravo, que repetem os fundamentos que dão sustentação à demanda de fundo, advém “de falha no serviço prestado pelo ente previdenciário” (fl. 08).

Cediço que a responsabilidade da autarquia previdenciária, enquanto integrante da Administração Pública Federal Indireta, por eventuais danos decorrentes da não implantação de aposentadoria no tempo próprio, ou ainda da indevida cessação do benefício, decorre do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, apresentam-se, como objeto de exame, para a configuração do ilícito, a comprovação da omissão/comissão administrativa, o dano porventura causado ao beneficiário e o respectivo nexo de causalidade, requisitos que não se misturam, à toda evidência, com aqueles comumente tomados em consideração a existência de direito à proteção previdenciária do Estado, a saber, o preenchimento da qualidade de segurado, o cumprimento de período de carência e a ocorrência da contingência social prevista em lei.

Em outras palavras, “o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origem distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. Caracterizada a responsabilidade administrativa do Estado, com fulcro no art. 37, par. 6º, da Constituição Federal, surge o dever de indenizar a parte lesada de acordo com as normas do direito privado, podendo, conforme o caso a indenização compreender danos morais e, ou materiais” (STJ, 1ª Turma, REsp 922.951/RS, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 10.2.2010).

A competência das Seções e das respectivas Turmas que as compõem é fixada em função da matéria e da natureza da relação litigiosa. Mais prudente, de fato, que a 2ª Seção deste Tribunal responsabilize-se pelos feitos em situações como esta, em que se discute a imputação, a pessoa jurídica de direito público, de dano supostamente causado em razão de ato ilícito, tema de cunho eminentemente administrativo, centrado, insista-se, na “verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência” (Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40).

Mesmo quando eventualmente atreladas as questões, em demandas dessa natureza, como ocorre na apresentação, juntamente com o pedido principal de concessão ou revisão, de outro conexo de indenização por danos morais, tenho insistido, no âmbito dos órgãos fracionários, pela prevalência do comando expressamente disposto no Código de Processo Civil – “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: (...) II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo” -, a resultar que a competência do juízo previdenciário não alcançaria ação de indenização por ato ilícito proposta por segurado da previdência social contra o INSS, de forma que inacumuláveis pedido de benefício e indenização por danos morais.

Certo que, com relação às situações envolvendo pretensões cumulativas, a jurisprudência acabou evoluindo para a compreensão de que “o pedido de indenização por danos morais é decorrente do pedido principal, e a ele está diretamente relacionado” (STJ, 3ª Seção, CC 111.447/SP, rel. Ministro Celso Limongi, desembargador convocado do TJ/SP, v.u., j. em 23.06.2010, DJ de 02.08.2010), aceitando-se, a partir disso, que “as Varas especializadas em matéria previdenciária também são competentes para o conhecimento de causas previdenciárias nas quais haja pedido cumulativo de indenização por danos morais” (8ª Turma, AI 2009.03.00.025929-0, rel. Desembargador Federal Newton de Lucca, DJF3 de 31.03.2011), e até mesmo que “ao juiz estadual investido na competência federal delegada compete conhecer de questões relativas à matéria previdenciária, sendo certo que o pedido de indenização constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal” (3ª Seção, CC 2010.03.00.024164-0, rel. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, red. p/ acórdão Juíza Federal Convocada Mônica Nobre, DJF3 de 29.03.2011).

Nada obstante, especialmente quando não se tem, conforme delineado na hipótese presente, cumulação de condenação em danos morais e pagamento do benefício propriamente dito, como o acessório que segue o principal, e sim pedidos formulados em demandas distintas e independentes, embora sejam temas que se inter-relacionam, se a parte optou por apresentar suas pretensões separadamente - no caso da ação indenizatória, mais de um ano após o pedido de reconhecimento do direito à aposentadoria -, não há porque o juízo especializado analisar o pleito que versa especificamente sobre danos morais.

A tanto, a 3ª Seção não foi criada. Sua competência, seu conjunto de atribuições jurisdicionais, há que abarcar os processos relativos à Previdência e Assistência Social, sobretudo os que pleiteiem a concessão de benefícios previdenciários.

Do que se permite concluir que, por conta de pedido exclusivo relacionado ao exercício de função típica da Previdência em ato administrativo, com razão se põe a informação da competência recursal das turmas da 3ª Seção, se o que se pretende é obter somente reparação por danos materiais ou morais oriundos da atuação em questão, dúvida não restando de que a *causa petendi* não tem natureza previdenciária, mas sim administrativa, pretendendo-se, pura e simplesmente, ver o Instituto Nacional do Seguro Social responsabilizado por suposto ato ilícito consubstanciado na não concessão no tempo certo da aposentadoria posteriormente alcançada em juízo, não tendo o condão de transmutar a competência o simples fato de a demanda envolver autarquia previdenciária, tampouco a circunstância relacionada à qualidade de aposentada da jurisdicionada.

Posto isso, conheço deste conflito para julgá-lo improcedente, reconhecendo a competência da 4ª Turma, integrante da 2ª Seção, para processar e julgar o Agravo de Instrumento de reg. nº 2012.03.00.014938-0, sob relatoria da Desembargadora Federal Mônica Nobre.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA – Relatora designada para o Acórdão

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0009343-44.2013.4.03.0000

(2013.03.00.009343-2)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE GUARAREMA - SP

Parte Autora: ILSO BENEDITO

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: CC 15178

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO. ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. RECURSO INTERPOSTO PELO JUÍZO SUSCITADO. ILEGITIMIDADE. JUÍZO DE DIREITO DE VARA DISTRITAL. INAPLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO DO JUÍZO SUSCITANTE NÃO CONHECIDO E AGRAVO DO MPF IMPROVIDO.

I - Inexiste previsão legal para o Juízo Suscitante interpor recurso em face da decisão que julga o conflito de competência, cabendo-lhe simplesmente cumprir o julgado. Precedentes do STJ e desta Corte.

II Compete a este Egrégio Tribunal dirimir os Conflitos de Competência envolvendo Vara Distrital localizada em Comarca que sedia Vara da Justiça Federal.

III - De acordo com a jurisprudência do C. STJ, existindo vara da Justiça Federal na comarca à qual vinculado o foro distrital, como se verifica no presente caso, não incide a delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da CF, razão pela qual deve reconhecida a competência da 1ª Vara Federal de Mogi das Cruzes.

IV - Agravo do Juízo Suscitante não conhecido. Agravo do MPF improvido (art. 120, parágrafo único, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *por unanimidade, não conhecer do agravo interposto pelo Juízo Suscitante e, por maioria, negar provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do voto do Relator, com quem votaram os Desembargadores Federais Marcelo Saraiva, Tânia Marangoni, Souza Ribeiro, David Dantas, Baptista Pereira, Walter do Amaral, Lúcia Ursaia e o Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, vencidos os Desembargadores Federais Marisa Santos, Nelson Bernardes e Daldice Santana, que davam provimento ao agravo.*

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de agravos regimentais interpostos pelo Juízo Suscitante e pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pela Exma. Desembargadora Federal Diva Marlerbi (fls. 25/29), com fulcro no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que julgou improcedente o presente conflito negativo de competência, para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP, para processar e julgar a ação previdenciária originária.

O Ministério Público Federal sustenta em seu recurso (fls. 36/42) que a jurisprudência do C. STJ ainda não pacificou a questão tratada nestes autos, motivo pelo qual tal matéria não comporta julgamento monocrático. Alega também que, mesmo que prevaleça o entendimento de que a vara distrital não possui competência delegada pelo artigo 109, § 3º, da Constituição da República, a competência para dirimir o presente conflito seria do C. STJ, e não desta E. Corte.

Por sua vez, o Juízo Suscitante alega (fls. 32/35), inicialmente, que há diversos julgados da E. Terceira Seção desta Corte em sentido contrário à decisão proferida no presente conflito de competência. Aduz também que, por ocasião do ajuizamento da ação originária, ainda não havia sido instaurada a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mogi das Cruzes, razão pela qual deve ser reconhecida a competência do foro do domicílio do autor, qual seja, a Vara Distrital de Guararema, visto que a alteração da competência em razão do território não é capaz de perpetuar a jurisdição, tendo em vista a regra do artigo 87 do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de agravos regimentais interpostos pelo Juízo Suscitante e pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pela Exma. Desembargadora Federal Diva Marlerbi (fls. 25/29), com fulcro no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que julgou improcedente o presente conflito negativo de competência, para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP, para processar e julgar a ação previdenciária originária.

De início, verifico inexistir previsão legal para que o Juízo Suscitante interponha agravo em face da decisão que julga o conflito de competência, com base no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Com efeito, compete ao Juízo Suscitante simplesmente cumprir a decisão proferida no conflito de competência, não tendo legitimidade para dela recorrer.

Nesta linha, vem sendo decidido pelo C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO PELO JUÍZO SUSCITADO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que os Juízos envolvidos em conflito de competência não detém legitimidade para interpor recurso contra decisão deste Superior Tribunal de Justiça que resolve o incidente.

2. Sobre o tema, os seguintes precedentes: AgRg no CC 117.652/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 5.10.2011; AgRg no CC 117.560/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 6.9.2011; AgRg no CC 114.914/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 19.5.2011.

3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ, AgRg no CC 119283/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO PELO JUÍZO SUSCITADO. ILEGITIMIDADE.

1. Os Juízos em conflito de competência não possuem legitimidade para interpor recurso contra decisão deste Superior Tribunal de Justiça que resolve o incidente.

2. Precedentes: AgRg no CC 114914/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 19.5.2011; AgRg no CC 109.237/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 28.4.2010, DJe 17.5.2010; AgRg no CC 82672/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 25.6.2007.

3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ, AgRg no CC 117652/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 05/10/2011)

No mesmo sentido, seguem julgados proferidos por esta E. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERPOSTO POR JUIZ. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL.

1. Somente as partes interessadas na relação jurídica debatida e o Ministério Público, que formulam pretensões em juízo, têm legitimidade para discutir o teor das decisões proferidas.

2. Na esteira de precedentes do C. STJ, os Juízos em conflito não possuem legitimidade para recorrer das decisões que resolvem os conflitos de competência, pois, hierarquicamente subordinados às Corte Superiores, cabe-lhes o dever de cumpri-las nos estritos termos em que proferidas.

3. Agravo não conhecido.

(TRF 3ª Região, CC 15367/SP, Proc. nº 0016291-02.2013.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, e-DJF3 Judicial 1 05/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO POR UM DOS JUÍZOS ENVOLVIDOS. ILEGITIMIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. O Juiz Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Mogi das Cruzes/SP não possui legitimidade para interpor agravo regimental após a resolução do conflito de competência pelo Tribunal.

II. Embora os Juízos envolvidos assumam a qualidade de parte no incidente (artigo 116, *caput*, do Código de Processo Civil), não podem impugnar a decisão de órgão ao qual estão vinculados hierarquicamente.

III. Agravo regimental não conhecido.

(TRF 3ª Região, CC 14055/SP, Proc. nº 0015097-98.2012.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 23/08/2013)

Deste modo, não conheço do agravo interposto pelo Juízo Suscitante e passo à análise do agravo interposto pelo Ministério Público Federal.

Cumprе observar primeiramente que, ao contrário do que afirma a parte agravante, compete a este Egrégio Tribunal dirimir os Conflitos de Competência envolvendo Vara Distrital localizada em Comarca que sedia Vara da Justiça Federal.

Neste sentido, segue julgado proferido pelo C. STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Conflito de competência suscitado por juiz de direito de foro distrital após tribunal regional federal ter, no âmbito de agravo de instrumento, declarado estar na alçada daquele o processamento e julgamento de ação proposta por segurado contra a Previdência Social.

O tribunal regional federal decide acerca de quem tem e de quem não tem competência federal delegada; as decisões deste sujeitam os juízes em posições de conflito, os quais não podem contrastá-las.

Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no CC 129895/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 25/11/2013)

Superada esta questão, deve ser mantida a decisão monocrática objeto do presente agravo, a qual foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP nos autos de ação ordinária de restabelecimento de benefício previdenciário, ajuizado por Ilson Benedito em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

A ação foi originariamente aforada no Juízo de Direito da Vara Distrital de Guararema /SP, que declinou da competência para processar e julgar o feito, sob o fundamento de sua incompetência absoluta, em razão da instalação do Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP. Redistribuído o feito ao Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP, este suscitou conflito negativo de competência, declinando de sua competência para o processamento e julgamento da ação, ao argumento de que deve prevalecer a regra de delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

É o relatório.

Decido.

Observo, inicialmente, que o artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil autoriza o relator a decidir de plano o conflito de competência quando houver “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”.

A questão controvertida refere-se à definição da competência para o processamento e julgamento de demanda ajuizada nos moldes do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, recusada pelo Juízo Estadual da 1ª Vara Distrital de Guararema /SP, domicílio do demandante, em virtude da existência de Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes/SP.

A norma do art. 109, § 3º, da Constituição da República foi instituída pelo legislador constituinte como uma faculdade conferida aos beneficiários ou segurados da previdência social, hipossuficientes em sua maioria, com o objetivo de assegurar a concretização do princípio do amplo acesso à Justiça, permitindo-lhes, no caso de serem domiciliados em municípios que não abriguem sede de vara da Justiça Federal, eleger entre os Juízos com competência concorrente aquele de sua preferência para a propositura de demandas previdenciárias.

Assim, não havendo vara federal na comarca de domicílio do segurado, cabe-lhe optar livremente por ajuizar a ação previdenciária no Juízo Federal com jurisdição sobre a localidade de seu domicílio ou no Juízo de Direito da respectiva Comarca, ou mesmo em uma das Varas Federais Previdenciárias da Capital do Estado, não podendo a mencionada norma constitucional ser invocada em prejuízo da sua escolha.

No entanto, havendo vara federal na comarca onde se situa o foro distrital da Justiça Estadual, como sucede no presente caso, deixa de existir a competência delegada derivada do art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

A questão já foi dirimida pelo E. Superior Tribunal de Justiça em sucessivas decisões, exaradas em hipóteses análogas, examinadas em sede de conflito de competência, conforme julgados a seguir:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO ESTADUAL. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DO FEITO AO JUÍZO FEDERAL COMPETENTE. PRECEDENTE.

1. Na espécie, não há qualquer manifestação do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP, razão pela qual inexistente, na espécie, conflito negativo de competência.

2. É necessário declarar, de ofício, que o Juízo de Direito do Foro Distrital de Itaberá-Itapeva/SP, ora suscitante, é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, e, por via de consequência, determinar o envio dos autos àquele que detém a competência para dirimir a matéria posta ao crivo do Poder Judiciário.

3. Por se tratar de ação de cunho eminentemente previdenciário, deve ser afastada a incidência da exceção preconizada pelo art. 109, inciso I, da Carta Magna, e ser fixada a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itapeva/SP.

4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no CC 118346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, j. 13.06.2012, DJe 25.06.2012)

“PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. EXISTÊNCIA DE VARA FEDERAL NA COMARCA À QUAL VINCULADO O FORO DISTRITAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO § 3º DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Existindo vara da Justiça Federal na comarca à qual vinculado o foro distrital, como se verifica no presente caso, não incide a delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no CC 119352 / SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, j. 14.03.2012, DJe 12.04.2012)

“DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUÍZO DE DIREITO DO FORO DISTRITAL DE ITABERÁ - ITAPEVA - SP em relação ao TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, nos domínios da ação proposta por SEBASTIANA DE FÁTIMA MOURA SANTOS contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, mediante a qual pugna a demandante pela concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, com pedidos subsidiários de auxílio-acidente e de auxílio-doença.

Segundo a manifestação do Juízo suscitado (em sede de agravo de instrumento contra a decisão do Juízo Estadual, pela qual este, por sua vez, também declinara da competência):

‘(...) se não houver Vara Federal ou Juizado Especial no domicílio do segurado ou beneficiário, a opção pela propositura da ação no Juizado Especial Federal, mais próximo daqueles locais mencionados no artigo 4º da Lei nº 9.099/95, é uma faculdade a ser exercida única e exclusivamente pela parte autora, não sendo permitido ao MM. Juízo Estadual declinar da competência federal que lhe foi delegada’. (fl. 115)

O Juízo suscitante, entretanto, discordando do posicionamento do Tribunal Federal, suscitou o presente conflito de competência, com base nestas ponderações:

‘(...) esta Vara Distrital está vinculada à comarca sede e, já instalada Vara da Justiça Federal em Itapeva/SP, incorre a delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, devendo a presente demanda previdenciária, em que figura como parte o INSS, ser processada e julgada pela Justiça Federal da comarca, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, ocasionando, conseqüentemente, nulidade absoluta’. (fl. 123)

Parecer do Ministério Público Federal pelo reconhecimento da competência do JUÍZO DE DIREITO DO FORO DISTRITAL DE ITABERÁ - ITAPEVA - SP, o suscitante.

É o breve relatório.

De acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, por serem os foros distritais componentes da comarca, havendo vara federal na respectiva sede, não há falar em delegação de competência.

No ponto:

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM VARA DISTRITAL. COMARCA SEDE DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA SÚMULA 3/STJ. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL.

1. É entendimento pacífico nesta Seção de que Vara distrital e Comarca não se confundem. Aquela é um seccionamento interno desta última. Por conseguinte, uma comarca pode englobar diversas Varas distritais. Precedentes: CC 111.683/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 20/10/2010; CC 43075/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 16/8/2004; e CC 38.713/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 14/4/2004, DJ 3/11/2004.

2. Inaplicável a Súmula 3/STJ, pois não existe delegação de competência no caso de existência de Vara federal na Comarca onde o foro distrital for situado.

3. Agravo regimental não provido.’

(AgRg no CC 115.029/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 19/4/2011)

‘CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE APOSENTADORIA POR IDADE. VARA DISTRITAL. COMARCA SEDE DE VARA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 3/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Não se confundem Vara Distrital e Comarca: a primeira encontra-se vinculada à área territorial da segunda e existindo Vara Federal na comarca onde se situa o Foro Distrital, não estamos diante da delegação de competência do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, não se aplicando o enunciado da Súmula 3 desta Corte de Justiça.

Precedentes.

Conflito conhecido declarando-se a competência do Juízo Federal.’

(CC 43.012/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 20/2/2006)

Assim, verifica-se que o entendimento do Juízo Estadual está alinhado ao posicionamento deste Superior Tribunal, quanto à cessação da delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

Ante o exposto, com base nas disposições contidas no art. 120, parágrafo único, do CPC, DECLARO a competência da 1ª Vara da Justiça Federal de Itapeva - SP para processar a demanda em tela.

Publique-se. Intimem-se.”

(CC 118348/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 14.12.2011)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E FEDERAL. VARA DISTRITAL VINCULADA À COMARCA, SEDE DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA (ART. 109, § 3º, DA CF/88). INEXISTÊNCIA. SÚMULA 3/STJ. INAPLICABILIDADE.

Inexiste a delegação de competência federal prevista no 109, § 3º, da CF/88, quando a comarca a que se vincula a vara distrital sediar juízo federal. Inaplicabilidade, na espécie, da Súmula nº 3/STJ (Precedentes da 1ª e 3ª Seções desta e. Corte Superior).

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara de Piracicaba - SJ/SP.”

(CC 95220/SP, Rel. Felix Fisher, 3ª Seção, j. 10.09.2008, DJe 01.10.2008)

“DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Distrital de Rio das Pedras - Piracicaba/SP, em face do Juízo Federal da 1ª Vara de Piracicaba - SP. A ação ordinária de concessão de aposentadoria por idade em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, foi ajuizada perante a Justiça Estadual que declinou de sua competência para apreciar o feito ao argumento de que existe Vara Federal na sede da Comarca, não havendo motivo, portanto, para se falar em competência do Juízo Estadual e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 34).

Irresignado com essa decisão declinatória, a Autora interpôs recurso de agravo de instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu provimento ao recurso, declarando competente para prosseguir no feito o Juízo de Direito de Rio das Pedras.

Não obstante a decisão do e. Tribunal em questão, os autos foram encaminhados à Justiça Federal de Piracicaba, que deparou-se com a decisão proferida em sede de agravo de instrumento, e determinou, por esse motivo, o retorno dos autos ao Juízo Estadual, que por sua vez, suscitou o presente conflito.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do conflito, ou alternativamente, para que seja declarada a competência do Juízo Estadual.

É o relatório.

Inicialmente, ressalte-se que o presente conflito negativo de competência envolve Juízo Federal e Juízo Estadual que não reconhece estar investido de competência federal delegada, motivo pelo qual conheço do conflito por tratar-se de controvérsia instaurada entre juízos vinculados a Tribunais distintos, a teor do que preceitua o art. 105, I, d da Constituição Federal.

Depreende-se da petição inicial que a autora pleiteia concessão de aposentadoria por idade em face de autarquia federal.

Observa-se do disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República, que compete aos Juízes Federais decidir as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, porém, excetua as ações de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas às justiças especializadas (eleitoral e trabalhista).

De outra parte, dispõe o mesmo artigo, em seu parágrafo terceiro que:

‘§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual’.

Contudo, no caso em apreço, o Juízo Estadual, ao declinar da competência, informa que Aos quinze dias do mês de agosto de 1994 foi instalada vara federal na cidade de Piracicaba, sede da comarca a que se vincula esta Vara Distrital (fl. 34).

Tem-se assim que com a instalação da referida vara federal na Comarca, atrai-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa, conforme julgado desta e. Corte: ‘CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE APOSENTADORIA POR IDADE. VARA DISTRITAL. COMARCA SEDE DE VARA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 3/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Não se confundem Vara Distrital e Comarca: a primeira encontra-se vinculada à área territorial da segunda e existindo Vara Federal na comarca onde se situa o Foro Distrital, não estamos diante da delegação de competência do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, não se aplicando o enunciado da Súmula 3 desta Corte de Justiça. Precedentes.

Conflito conhecido declarando-se a competência do Juízo Federal’. (CC 43012/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, 3ª SEÇÃO, julgado em 26.10.2005, DJ 20.2.2006 p. 202). sem grifo no original

Ante o exposto, com base no parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, conheço do conflito e declaro competente para processar o feito o Juízo Federal da 1ª Vara de Piracicaba-SJ/SP, ora suscitado, para onde deverão ser remetidos os autos, após informado o suscitante a respeito da presente decisão.

Publique-se. Intimem-se.”

(CC 95222/SP, Rel. Minª Jane Silva, j. 13.06.2008, DJ 20.06.2008.)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE APOSENTADORIA POR IDADE. VARA DISTRITAL. COMARCA SEDE DE VARA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 3/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Não se confundem Vara Distrital e Comarca: a primeira encontra-se vinculada à área territorial da segunda e, existindo Vara Federal na comarca onde se situa o Foro Distrital, não estamos diante da delegação de competência do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, não se aplicando o enunciado da Súmula 3 desta Corte de Justiça.

Precedentes.

Conflito conhecido declarando-se a competência do Juízo Federal.”

(CC 43012/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 3ª Seção, j. 26.10.2005, DJ 20.02.2006.)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA DISTRITAL. COMARCA COM SEDE EM OUTRO MUNICÍPIO. AÇÃO ORDINÁRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

1. ‘A Vara Distrital na circunscrição territorial da comarca com sede em outro município, na organização judiciária, não se distingue como Comarca para a previsão constitucional de competência federal delegada (art. 109, § 3º, da C.F.)’ (CC nº 16.848/SP, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 19/8/1996).

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal de Jales, em São Paulo.”

(CC 43015/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, j. 08.09.2004, DJ 17.10.2005.)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FORO DISTRITAL VINCULADO À COMARCA, SEDE DE VARA FEDERAL. INAPLICÁVEL A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, § 3º, DA CARTA MAGANA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, existindo Vara Federal na Comarca onde se situa o Foro Distrital, não há a delegação de competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, restando, portanto, inalterada a competência da Justiça Federal.

2. Precedentes da Primeira e da Terceira Seção.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara de Jales - SJ/SP, o suscitado.”

(CC 43010/SP, Rel. Minª Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 24.08.2005, DJ 24.08.2005.)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL - CF, ART. 109, § 3º - VARA DISTRITAL - COMARCA SEDE DE VARA FEDERAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. ‘A Vara Distrital na circunscrição territorial da Comarca com sede em outro município, na organização judiciária, não se distingue como Comarca para a previsão constitucional de competência federal delegada’.

2. Havendo Vara Federal na Comarca onde se situa o Foro Distrital, não há a delegação de competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, restando incólume a competência da Justiça Federal.

3. Adota-se tal entendimento inclusive para os processos em curso, haja vista que o princípio da perpetuatio jurisdictionis não se aplica em caso de competência absoluta, mas apenas de competência relativa (CPC, art. 85).

3. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Federal.”

(CC 38713/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. 14.04.2004, DJ 03.11.2004.)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO PROPOSTA PELO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA JUSTIÇA COMUM (VARA DISTRITAL). EXISTÊNCIA DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL NA COMARCA À QUAL PERTENCE O MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Em ações de executivo fiscal propostas por Autarquia Federal, competente o Juízo Federal para processar e julgar a demanda.

2. Não tem competência a Justiça Comum (Vara Distrital) se, na comarca, existe Vara da Justiça Federal. Precedentes da egrégia 1ª Seção desta Corte Superior.

3. Conflito conhecido para se declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Comarca de Jales -SJ/SP, o suscitado.”

(CC 43073/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, j. 25.08.2004, DJ 04.10.2004.)

No mesmo sentido: CC 119352/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, d. 04.11.2011, DJe 08.11.2011; CC 95392/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, d. 27.05.2008, DJ 29.05.2008; CC 95254/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, d. 15.05.2008, DJ 20.05.2008; CC 95253/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, d. 15.05.2008, DJ 20.05.2008; CC 92082/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, d. 17.04.2008, DJ 25.04.2008; CC 94092/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, d. 07.03.2008, DJ 25.03.2008; CC 90208/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, d. 26.09.2007, DJ 10.10.2007; CC 87034/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, d. 10.08.2007, DJ 22.08.2007.

Pelo exposto, com fulcro no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, julgo improcedente o presente conflito de competência, declarando competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Mogi das Cruzes, para o processamento e julgamento da demanda.

Comunique-se e intime-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos.

Portanto, de acordo com a jurisprudência do C. STJ, existindo vara da Justiça Federal na comarca à qual vinculado o foro distrital, como se verifica no presente caso, não incide a delegação de competência prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser reconhecida a competência da 1ª Vara Federal de Mogi das Cruzes.

No mesmo sentido, segue recente julgado proferido por esta E. Terceira Seção:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO. ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. RECURSO INTERPOSTO PELO JUÍZO SUSCITADO. ILEGITIMIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE DIREITO DE VARA DISTRITAL. INAPLICABILIDADE DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. I - Agravo interposto pelo Juízo Suscitante não conhecido, considerando que ele não tem legitimidade para oferecer recurso em face da decisão que julga o conflito de competência, cabendo-lhe simplesmente cumprir o julgado. Precedentes do STJ. II - O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual a delegação de competência prevista no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República não deve ser aplicada às varas distritais, quando existir vara da Justiça Federal nas comarcas às quais estiverem vinculadas. III - Uma vez que o Foro Distrital de Guararema pertence à circunscrição judiciária da Comarca de Mogi das Cruzes/SP, sede de vara da Justiça Federal, a competência não pode ser atribuída à Justiça Estadual, face à ausência de delegação de competência prevista no § 3º do artigo 109 da Constituição da República. IV - Agravo do Juízo Suscitante não conhecido. Agravo do MPF improvido (art. 120, parágrafo único, do CPC).

(TRF 3ª Região, CC nº 15353/SP, Proc. nº 0016108-31.2013.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, e-DJF3 Judicial 1 26/02/2014)

Impõe-se, por isso, a manutenção da decisão agravada.

Diante do exposto, não conheço do agravo interposto pelo Juízo Suscitante e nego provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público Federal.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0012979-18.2013.4.03.0000

(2013.03.00.012979-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravado: LUIZ FERNANDO SANCHES

Partes Rés: RAIZEN ENERGIA S/A E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

Sucedida: UNIVALEM S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AI 505620

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/04/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA PROMOVIDA CONTRA O INSS. REPRESENTAÇÃO “AD JUDITIA” POR ADVOGADO CREDENCIADO. EXECUÇÃO DO JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ILEGITIMIDADE DO ADVOGADO CREDENCIADO.

I - O art. 23 da Lei 8.906/94, no sentido de que os honorários sucumbenciais pertencem unicamente ao advogado, não se aplica na hipótese do causídico representar em juízo a Administração Pública Direta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, a teor do que dispõe o art. 4º da Lei nº 9.527/97. A remuneração pelo serviço de advocacia prestado depende do regramento específico do órgão contratante.

II - *In casu*, conforme o contrato de prestação de serviços advocatícios, a remuneração do agravado por representar em Juízo o INSS, na qualidade de advogado credenciado pela autarquia, observava o disposto na Ordem de Serviço INSS/PG Nº 14/1993.

III - “23. Nas ações em que o INSS for réu, quando julgadas total ou parcialmente improcedentes e com trânsito em julgado, os honorários arbitrários, e recolhidos aos cofres do Instituto, serão repassados ao advogado constituído, deduzidos os encargos legais”. (item 23, Ordem de Serviço INSS/PG Nº 14/1993).

IV - Ilegitimidade ao agravado - advogado credenciado - para promover, em nome próprio, sua execução em sede judicial. Isso porque, primeiramente, a verba deve ser convertida ao INSS para, mediante prévio procedimento administrativo e após, efetuadas as deduções legais, ser promovido seu pagamento.

V - Honorário advocatícios fixado pelo Juízo *a quo* equitativamente - 50% do valor fixado em favor do INSS - tendo em vista que o agravado representou a autarquia da contestação do feito ao início da execução do julgado.

VI - Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de reconhecer a ilegitimidade do agravado para

promover, em nome próprio, a execução do julgado e o levantamento dos valores depositados pela autora a título de honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de março de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão proferida em execução de sentença, que fixou os honorários advocatícios do advogado LUIZ FERNANDO SANCHES em 50% daqueles devidos ao INSS e, por sua vez, determinou a expedição de alvará de levantamento parcial em favor daquele, no percentual de 25% do valor depositado a este título.

Constam os seguintes termos na decisão agravada:

(...)

Reconheço o interesse e a capacidade postulatória do Dr. Luiz Fernando Sanches, OAB/SP 77.111, para postular o levantamento de honorários a ele devidos, tendo em vista a sua atuação nos presentes autos, conforme se vê de fls. 199/220, 280/281, 284 e 378/384, até a vigência da Lei nº 11.098/2005.

Arbitro os honorários do advogado acima referido em 50% da verba sucumbencial devida à corré INSS.

Com o trânsito em julgado desta, expeça-se alvará para levantamento parcial do valor depositado às fls. 551, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento), em favor do Dr. Luiz Fernando Sanches, devendo o restante ser convertido em favor do FNDE e do INSS através de ofício à CEF neste sentido.

Após, tornem-me os autos conclusos para extinção da execução.

(...)

Inconformada, assevera a União, ora agravante, que a atuação do causídico no feito se dera na condição de credenciado de INSS e, em sendo assim, com esteio no artigo 4º da Lei nº 9.527/97, não possui legitimidade para pleitear os honorários advocatícios em nome próprio. Afirma que, os honorários advocatícios, primeiro, devem ser levantados pela autarquia, para depois, em procedimento administrativo próprio, o advogado requerer o pagamento destes.

Além disso, com fundamento no artigo 22, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.906/94 (EOAB), pugna pelo arbitramento dos honorários advocatícios na proporção de 1/3 do valor da condenação. Isso porque, o advogado atuou no feito somente até 18/02/2005 (data de seu descredenciamento no INSS).

Às fls. 301/302 foi concedido parcial efeito suspensivo recurso.

Contraminuta apresentada.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO:

Parcial razão assiste à agravante.

Verifica-se que o agravado Luiz Fernando Sanches atuou no feito (ação ordinária objetivando a repetição de indébito relativo ao salário-educação) promovido por contribuinte contra o FNDE e o INSS - na condição de advogado credenciado deste último.

A ação foi julgada improcedente e a autoria condenada ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos réus (FNDE e INSS).

Discute-se no presente feito a legitimidade de advogado contrato pela autarquia para executar a verba honorária.

De fato, o art. 4º da Lei nº 9.527/97 excepciona o regramento do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, na hipótese do causídico representar a Administração Pública Direta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Nesse aspecto, a disposição prevista no art. 23 da Lei 8.906/94, no sentido de que os honorários sucumbenciais pertencem unicamente ao advogado é inaplicável ao caso concreto - o direito à sucumbência e a forma de remuneração pelo serviço prestado, depende, portanto, de regramento específico do ente que o advogado aderiu para representá-lo.

In casu, conforme o contrato de prestação de serviços advocatícios (fl. 193), a remuneração do agravado por representar em Juízo o INSS observava o disposto na Ordem de Serviço INSS/PG Nº 14/1993, sendo o item 23, específico, quanto à destinação dos honorários advocatícios, na hipótese nas ações em que a autarquia for réu e a ação é julgada improcedente.

Confira-se:

23. Nas ações em que o INSS for réu, quando julgadas total ou parcialmente improcedentes e com trânsito em julgado, os honorários arbitrários, e recolhidos aos cofres do Instituto, serão repassados ao advogado constituído, deduzidos os encargos legais.

Verifica-se da disposição transcrita que, de fato os honorários advocatícios pertencem ao agravado; entretanto, este não tem legitimidade para promover, em nome próprio, sua execução em sede judicial. Isso porque, primeiramente, a verba deve ser convertida ao INSS para, mediante prévio procedimento administrativo e após, efetuadas as deduções legais, ser promovido o pagamento ao advogado.

Nesse sentido:

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. ADVOGADO CONTRATADO PELO INSS. ILEGITIMIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LEI Nº 9.527/97. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. O art. 23 da Lei nº 8.906/94 estabelece que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado, tendo ele direito autônomo à execução da sentença quanto a eles.

2. Tal regra, no entanto, não se aplica à Fazenda Pública diante da expressa exclusão pelo art. 4º da Lei nº 9.527/97. Desta forma, os honorários advocatícios não pertencem ao advogado credenciado, revertendo à autarquia, que deve repassá-la ao advogado, nos termos do contrato.
 3. A própria Ordem de Serviço PG nº 14, de 03 de novembro de 1993, em seu art. 19, prevê que nas execuções fiscais os honorários serão recolhidos aos cofres do INSS e posteriormente repassados ao advogado constituído, com a dedução dos encargos legais.
 4. Não cabe, pois, ao advogado contratado pelo INSS a execução dos honorários fixados em sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, restando a ele buscar o pagamento de seus honorários através da via adequada, diante da falta de repasse da verba.
 5. Agravo legal improvido.
- (AI 00195605420104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/02/2011 PÁGINA: 119 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No que tange ao percentual fixado pelo Juízo *a quo* a que tem direito o agravado - 50% dos honorários fixados em favor do corréu INSS - entendo que estes foram arbitrados equitativamente, tendo em vista que a ação tramita desde 1997 e o agravado atuou no feito até depois do trânsito em julgado do acórdão que julgou improcedente ação, inclusive, foi o agravado que iniciou a execução julgada em 11/04/2006 (fl. 154) - ou seja, com exceção da execução, foi o agravado que promoveu todos os atos necessários para o INSS ser declarado o vencedor da ação, até a revogação de seu mandato.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de reconhecer a ilegitimidade do agravado Luiz Fernando Sanches para promover, em nome próprio, a execução do julgado e o levantamento dos valores depositados pela autora a título de honorários advocatícios.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025743-36.2013.4.03.0000

(2013.03.00.025743-0)

Agravante: LUIS APARECIDO DONÁ

Agravada: DECISÃO DE FOLHAS 97/100

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DOIS CÓRREGOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AI 516819

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/03/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DE SUPOSTO COMPANHEIRO. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA AUTÔNOMA.

1. Para o julgamento monocrático nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

2. Observa-se que o presente Agravo Legal foi interposto em nome da autora MARIA APARECIDA MARTINS. Contudo, apenas o suposto herdeiro LUIS APARECIDO DONÁ (e não a autora, falecida no curso do processo) sucumbiu em face da decisão agravada, de modo que, nesse caso, apenas ele é que teria legitimidade e interesse recursal.

3. De qualquer sorte, ainda que se ignorasse o fato de constar o nome de MARIA APARECIDA MARTINS na petição do Agravo Legal, e se entendesse que a parte agravante seria, na verdade, a pessoa do suposto herdeiro (LUIS APARECIDO DONÁ), melhor sorte não o aguardaria.

4. Consta que, em outubro 2012, MARIA APARECIDA MARTINS ajuizou demanda objetivando a concessão de “aposentadoria por idade híbrida”. Durante o curso do processo, em 26.03.2013, a autora faleceu, o que ensejou o requerimento de habilitação no processo por parte de LUIS APARECIDO DONÁ, suposto companheiro da autora.

5. Ocorre que, apenas com base nos documentos acostados aos autos (certidões de nascimento dos filhos), não é possível constatar se a união estável aventada realmente existia no momento do óbito.

6. Não tendo sido apresentados elementos suficientes para comprovar, de plano, a existência de união estável entre LUIS APARECIDO DONÁ e MARIA APARECIDA MARTINS, conclui-se pela necessidade de que o suposto herdeiro ajuíze demanda autônoma, conforme determinou o Juízo *a quo*, a fim de obter uma Sentença de reconhecimento dessa união estável e, com isto, possa se habilitar nos autos subjacentes.

7. Agravo Legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de março de 2014.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo Legal (fls. 103/117), previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, interposto por MARIA APARECIDA MARTINS em face da decisão monocrática (fls. 97/100) que negou seguimento a Agravo de Instrumento, este interposto em face da r. decisão (fl. 94) em que o Juízo de Direito da 1ª Vara de Dois Córregos - SP indeferiu o pedido de habilitação de LUIS APARECIDO DONÁ, determinando ao suposto herdeiro que propusesse demanda autônoma, pelas vias ordinárias, a fim de demonstrar que a Sra. Maria Aparecida Martins (falecida no curso do processo) era companheira dele na ocasião do óbito (fl. 94).

Alega-se, em síntese, a impossibilidade, no caso, de manejo do art. 557, do CPC (fl. 106). Afirma-se, ainda, que as certidões de nascimento dos filhos tidos pela autora e o agravante seriam prova suficiente da união estável entre ambos, ensejando a habilitação do agravante para o lugar da falecida autora (fls. 106 v./107).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Primeiramente, ressalto que é plenamente cabível a decisão monocrática na hipótese dos autos, pois, segundo o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

A existência de jurisprudência dominante nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores, já é suficiente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO OU INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/2003. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO-APLICABILIDADE. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode, singularmente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. [...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no RMS 25.455/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008, DJE 10.11.2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI 8.981/95. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.). OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum* não há como prosperar, porquanto inócuentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o *decisum* recorrido assentou-se nos seguintes fundamentos: 1. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98). 2. Deveras, a decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e a *fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1005315/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJE 17.12.2008)

Observa-se que o presente Agravo Legal foi interposto em nome da autora MARIA APARECIDA MARTINS. Contudo, apenas o suposto herdeiro LUIS APARECIDO DONÁ (e não a autora, falecida no curso do processo) sucumbiu em face da decisão agravada, de modo que, nesse caso, apenas ele é que teria legitimidade e interesse recursal.

De qualquer sorte, ainda que se ignorasse o fato de constar o nome de MARIA APARECIDA MARTINS na petição do Agravo Legal, e se entendesse que a parte agravante seria, na verdade, a pessoa do suposto herdeiro (LUIS APARECIDO DONÁ), melhor sorte não o aguardaria, conforme os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática (fls. 97/100), cujos principais trechos, por oportuno, passo a destacar:

(...)

Consta que, em outubro 2012, MARIA APARECIDA MARTINS ajuizou demanda objetivando a concessão de “aposentadoria por idade híbrida” (fl. 12). Ocorre que, durante o curso do processo, em 26.03.2013, a autora faleceu (vide Certidão de Óbito à fl. 74 v.), o que ensejou o requerimento de habilitação no processo por parte de LUIS APARECIDO DONÁ, suposto companheiro da autora.

Considero que não merece reforma a. decisão agravada, pois, apenas com base nos documentos acostados aos autos (certidões de nascimento dos filhos - fls. 79/81), não é possível constatar se a união estável aventada realmente existia no momento do óbito.

Não tendo sido apresentados elementos suficientes para comprovar, de plano, a existência de União Estável entre LUIS APARECIDO DONÁ e MARIA APARECIDA MARTINS, conclui-se pela necessidade de que o ora agravante ajuíze demanda autônoma, conforme determinou o

Juízo a quo, a fim de obter uma Sentença de reconhecimento dessa união estável e, com isto, possa se habilitar nos autos subjacentes.

Válida a transcrição, neste passo, dos seguintes julgados:

(...)

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo Legal.

É o voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

0027564-75.2013.4.03.0000

(2013.03.00.027564-9)

Impetrante: COOPERATIVA DE CRÉDITO DOS PRODUTORES RURAIS E EMPRESÁRIOS DO INTERIOR PAULISTA - SICCOB SP COCRED

Impetrada: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO - QUARTA TURMA

Interessados: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E OUTROS

Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO

Classe do Processo: MS 348095

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2014

DECISÃO

Vistos, em substituição regimental.

I - Trata-se de “writ” originário impetrado por COOPERATIVA DE CREDITO DOS PRODUTORES RURAIS E EMPRESARIOS DO INTERIOR PAULISTA SICCOB SP COCRED em face de decisão da I. Des. Fed. Alda Basto, que converteu o Agravo de Instrumento n. 0012302-85.2013.4.03.0000 em retido.

A situação fática foi assim delineada pela Impetrante (fls. 03/04):

A Impetrante teve contra si ajuizada uma Ação Pauliana c/c Declaratória de Simulação Fraudulenta e Desconstitutiva de Atos Jurídicos, distribuída sob o n. 0000861-37.2013.403.6108, em trâmite perante a 2ª Subseção Judiciária em Ribeirão Preto, através da qual a Fazenda Nacional pretende, dentre outros pleitos, declarar a nulidade e desconstituir atos jurídicos perfeitos entabulados pela ora Impetrante junto à empresa Anel Viário S/A. O escopo manifestado pela Fazenda Nacional, enfatize-se, é o de supostamente garantir os créditos tributários que possui em face das empresas Anel Viário S/A (“ANEL VIÁRIO”) e Galo Bravo S/A (“GALO BRAVO”).

A Fazenda Nacional, contudo, impugna inúmeros atos e negócios jurídicos. Não só aqueles envolvendo a impetrante COCRED e a ANEL VIÁRIO, como outros diversos envolvendo a ANEL VIÁRIO e terceiros ou mesmo outros relacionados à GALO BRAVO, empresa estranha à Impetrante COCRED, e terceiros. No que tange especificamente à Impetrante e à ANEL VIÁRIO, relação essa que interessa ao presente *mandamus*, impugna atos que culminaram com a transferência de imóveis à Impetrante em decorrência de adjudicações e arrematações levadas a cabo em distintas execuções judiciais, bem como em virtude de dações em pagamento no âmbito de legítimas transações envolvendo o pagamento de dívidas junto à Impetrante COCRED.

A demanda promovida pela Fazenda Nacional, como se vê, contém objeto de grande amplitude e inclusive a técnica empregada fez com que muitos dos pleitos formulados não se harmonizem entre si. Sob o prisma do direito processual, com efeito, a tentativa da Fazenda Nacional de incluir genericamente na mesma controvérsia (i) inúmeros negócios e atos jurídicos distintos, (ii) praticados junto a diferentes pessoas (iii) relacionados a circunstâncias próprias específicas e (iv) estendendo conclusões de uns aos outros de forma superficial e sem qualquer cuidado, não se revela viável e macula o desenvolvimento do processo, implicando a sua extinção. (...) Diante da precariedade da descrição pela Fazenda Nacional de cada um dos citados negócios jurídicos, suas especificidades e pormenores, inclusive a indicação clara de seus partícipes e beneficiários, foi deferida pelo Douto Juízo *a quo*, de forma genérica e ampla (e certamente induzido ao equívoco pela narrativa confusa e inexatidão das explicações fornecidas pela

Fazenda Nacional), a antecipação de tutela, restando decretada a indisponibilidade de todos os bens imóveis que em algum momento recente possam ter composto o patrimônio das sociedades GALO BRAVO e ANEL VIÁRIO, até que houvesse exame adequado e profundo da pretensão formulada.

Inconformada com a r. decisão acima, a ora Impetrante interpôs Agravo de Instrumento n. 0012302-85.2013.403.0000 (doc. 03 - cópia integral) nutrindo a confiança de que o devido esclarecimento dos negócios jurídicos absolutamente lícitos que lhe diriam respeito certamente imporá a eliminação de tal decreto de indisponibilidade de bens.

Nesta C. Corte Regional, a I. Relatora do incidente, Des. Fed. Alda Basto, converteu o agravo em retido.

Determinado o processamento do feito independentemente da providência requerida (fls. 2950/2954), a I. Autoridade Coatora prestou informações a fls. 2963/2965:

O Agravo de Instrumento foi convertido em retido, conforme a nova redação dada ao art. 522 do CPC, pela Lei 11.187/2005, sob o fundamento de encontrar-se a decisão agravada fundada em elementos de convicção do magistrado com fulcro em farta documentação acostada aos autos da ação originária.

À evidência da plausibilidade das alegações da União Federal na ação originária, não se verificou a possibilidade de a decisão agravada causar lesão à agravante de difícil reparação, sendo impositivo o artigo 527 do Código de Processo Civil nestes casos ao determinar que o relator “converterá” o agravo de instrumento em retido. Entendeu-se que a decisão agravada buscou assegurar a eficácia da discussão da ação pauliana, sem a qual poderia restar inviabilizada a pretensão final.

Portanto, a decisão foi fundamentada na ausência dos requisitos insertos nos artigos 527, III e 528 do CPC, quais sejam: a relevância da fundamentação e do perigo de lesão grave e de difícil reparação.

Some-se ainda que nas ponderações quanto aos fatos, a agravante aduz não haver indício de prova da prática de eventual fraude contra credores, ao passo que a União aponta a alienação de parte significativa do patrimônio das empresas - grandes devedoras - cujos débitos alcançam o montante de R\$ 110.321.249,76 (cento e dez milhões, trezentos e vinte e um mil, duzentos e quarenta e nove reais e setenta e seis centavos) em janeiro/2013, afora os débitos trabalhistas e fiscais estaduais, e a inexistência de patrimônio suficiente para o adimplemento do crédito fiscal, na medida em que o único bem encontrado em nome da empresa alienante - área de 267,21 alqueires, avaliada em R\$ 26.721.000,00 - revela-se insuficiente para prover os débitos existentes em nome das empresas.

Essas informações, somadas à notícia de alienação de parte substancial do patrimônio das empresas envolvidas, configuraram fortes indícios de que se faz necessária a medida liminar impeditiva de dispersão dos bens tidos por indisponíveis.

Assim, a discordância da agravante não foi suficiente para afastar a plausibilidade do direito vindicado na ação pauliana e a iminência de dano irreparável reconhecida pelo juízo *a quo*. A liminar deve observar a presença da prova inequívoca do direito pleiteado na exordial, ou seja, que a situação fática descrita identifique de forma incontestável a não ocorrência da alegada prática de atos de fraude contra credores.

Entretanto, não se verificou a possibilidade de sustação do ato que decretou a indisponibilidade dos bens dos bens imóveis - objeto da alienação - porquanto, além de bem fundamentada, a decisão lastreia-se nas provas trazidas com a inicial.

Assim, a conversão do agravo de instrumento em retido se deu em função da presença de dano irreparável à União caso se deferisse a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Todavia, inalterada a indisponibilidade dos bens decretada para fins de assegurar eventuais ressarcimentos aos cofres públicos, ante a alegação de fraude contra credores, quando e se

interposto recurso pelas partes de futura sentença, a agravante poderá em preliminar de apelação ou contrarrazões, conforme o dispositivo da sentença, reiterar o pedido de análise do agravo retido.

Ressalto que na peça recursal sequer se preocupou a agravante em indicar bens garantidores de eventual ressarcimento ao erário, que pudessem servir de garantia ao vultoso débito informado pela União Federal.

Ademais, apesar da indisponibilidade dos bens imóveis, não serão eles subtraídos do patrimônio dos réus da ação, mas onerados com a impossibilidade de alienação ou transferência a terceiros o que descaracteriza a lesão grave e de difícil reparação.

A União manifestou-se a fls. 2982/2989. Cientificado, o representante ministerial opinou pela denegação da ordem, inadequada a via eleita (fls. 2967/2980).

É o suficiente relatório.

II - Pacífica a orientação pretoriana, sedimentada via da súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de repelir a utilização do *mandamus* como sucedâneo recursal.

Esta é a orientação firme da Corte Constitucional, do Superior Tribunal de Justiça, prestigiada, inclusive por este E. Órgão Especial:

A jurisprudência do STF orienta-se no sentido da inadmissibilidade de mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte. A tese dos impetrantes de suposta incompetência do relator para denegar seguimento ao mandado de segurança, encontra firme repúdio neste Tribunal. A lei nº 8.038/90, art. 38, confere-lhe poderes processuais para, na direção e condução do processo, assim agir. Agravo regimental improvido.
(STF – RT 701/244)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DE CÂMARA DE FÉRIAS. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. SÚMULA 121/TRF.

1. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial é, em princípio, inadmitida pelo nosso ordenamento jurídico. O rigor desse entendimento foi amainado para admitir o *writ*, em caráter excepcional, para dar efeito suspensivo a recurso que originalmente não tinha, sempre que presentes os requisitos da plausibilidade do direito e do perigo da demora.

2. Com a superveniência da Lei nº 9.139/95 que passou a atribuir poderes ao Relator de atribuir efeito suspensivo à decisão, tendo a jurisprudência e a doutrina estendido estes poderes para a concessão do chamado “efeito ativo”, não mais se pode invocar a excepcionalidade, salvo em situações excepcionalíssimas, em que a ilegalidade se mostre flagrante e exuberante o direito subjetivo do impetrante.

3. Inexiste teratologia nos atos judiciais praticados. A Câmara de Férias adotou decisão que lhe pareceu a mais adequada dentro de sua competência. Todavia, tal decisão marcada pela provisoriedade poderia ser modificada ulteriormente, pela própria Turma ou pela Turma competente, após cessado o período de recesso forense e, com ele, a competência da Turma indicada para funcionar nesse mesmo período.

4. “Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão de Relator ou Presidente de Turma” Súmula 121/TFR.

5. Recurso improvido.

(STJ - ROMS 14133 - Processo: 200101811413/RJ - SEGUNDA TURMA - Rel. Min. CASTRO MEIRA - j. 06/11/2003 - p. 16/02/2004)

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE RELATOR. DESCABIMENTO. SÚMULA 121/TFR.
- “Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, emanada de Relator ou Presidente de Turma”. Precedente do STJ.

- Recurso ordinário improvido.

(STJ - ROMS 14187 - Processo: 200101936856/RJ - SEGUNDA TURMA - Rel. Min. CASTRO MEIRA - j. 16/10/2003 - p. 17/11/2003)

MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA EXTREMA, DE ORDEM CONSTITUCIONAL, PORÉM, INCABÍVEL CONTRA ATO JURISDICIONAL DE RELATOR.

1. O mandado de segurança só tem possibilidade jurídica de prosperar quando impetrado contra ato administrativo.

2. Só em casos excepcionais, tratando-se de medidas teratológicas, é que se admite mandado de segurança contra ato jurisdicional.

3. Tema sumulado.

4. Processo extinto.

(STJ - MS 8511 - Processo: 200200827139/DF - CORTE ESPECIAL - Rel. Min. ARI PERGEN-DLER - j. 07/08/2002 - p. 15/09/2003)

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. DECISÃO DE TURMA DO STF. DESCABIMENTO DO “MANDAMUS”. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A jurisprudência da eg. Corte Especial tem ratificado o entendimento consolidado na Súmula 121 do Extinto TFR consoante o qual: “Não cabe Mandado de Segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de Relator ou Turma”. Ademais, não se tratando de decisão definitiva, mas de julgamento liminar, é de aplicar-se a Súmula 267/STF.

2. Finalmente, a decisão impugnada não é teratológica, única hipótese que viabilizaria a impetração do “writ”.

3. Mandado de Segurança não conhecido.

(STJ - MS 7068 - Processo: 200000635073/MA - CORTE ESPECIAL - Rel. Min. PEÇANHA MARTINS - j. 18/04/2001 - p. 04/03/2002)

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INADMISSIBILIDADE.

- NÃO OCORRENDO A HIPÓTESE DE DECISÃO TERATOLÓGICA OU DE FLAGRANTE ILEGALIDADE E AUSENTE A PERSPECTIVA DE IRREPARABILIDADE DO DANO, NÃO SE JUSTIFICA O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM LUGAR DO RECURSO CABÍVEL, PREVISTO NA LEI PROCESSUAL.

- IRREGULARIDADE INEXISTENTE NO PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CARTA DE SENTENÇA APRESENTADA E INEXIGÊNCIA, NO CASO, DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO, A FALTA DE PERIGO DE DANO IMINENTE.

- INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO, NO MANDADO DE SEGURANÇA, SOBRE A FORMA DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

(STJ - ROMS 6837/MG (199600142238) - Relator: BARROS MONTEIRO, DJ de 24/06/1996, p. 22759)

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO.

I - O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL, NO SISTEMA ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI 9.139/95, ERA ACEITO, POR CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL, COMO MEDIDA ANOMALA DE CARÁTER ACAUTELATÓRIO, NÃO SE PRESTANDO, ENTRETANTO, A SUBSTITUIR O RECURSO CABÍVEL.

II - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, RELATIVAS A PRECLUSÃO DA INTERLOCUTÓRIA, A PRESTAÇÃO DE CONTRA-CAUTELA, A FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*, DESAUTORIZAM O ACOLHIMENTO DO APELO.

(STJ - ROMS 6693/SP (199600036888), Relator: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 20/05/1996, p. 16711)

As decisões judiciais das Turmas e da Seções não admitem, em princípio, mandado de segurança, já que as Turmas e as Seções prestam jurisdição em nome do Tribunal, não como instância inferior dentro do Tribunal. O art. 105, I, “b”, parte final, da Constituição abrange os atos administrativo da Corte e de seus órgãos e, excepcionalmente, atos manifestamente ilegais e que revelam possibilidade de dano irreparável. Pressupostos não ocorrentes. (STJ-RT 678/196)

Em princípio, é inadmissível a impetração de mandado de segurança com o objetivo de rever decisão de Turma ou Seção do STJ. Precedentes.

(STJ - Corte Especial, AGRMS nº 1434/DF - Agravo Regimental, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23/06/1992, negaram provimento, v.u., DJU de 17/08/92, p. 12.472)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO PREJUDICADO POR FALTA DE OBJETO.

I - NÃO SE CONHECE DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE RELATOR ATACADO TAMBÉM VIA DE RECURSO PRÓPRIO, OBEDIENTE AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE, NOTADAMENTE QUANDO IMPROVIDO ESTE EM JULGAMENTO PROFERIDO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO E COMPETENTE DA CORTE.

II - RECURSO NÃO CONHECIDO.

(STJ - MS 4072/DF (1995/0026063-8), Relator Min. WALDEMAR ZVEITER DJ de 19/08/1996, p. 28413)

MANDADO DE SEGURANÇA INVESTINDO CONTRA DECISÃO DE TURMA DESTE TRIBUNAL E IMPETRADO COMO SUBSTITUTO DO RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

- PÁCIFICA É A JURISPRUDENCIA INDICANDO O NÃO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPUGNAR DECISÕES DAS TURMAS OU SEÇÕES.

- TAMBÉM NÃO PODE O MANDADO DE SEGURANÇA SER UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO RECURSO PROCESSUAL ADEQUADO.

(STJ - MS 1813/CE, (1992/0019135-5), Relator Min. HÉLIO MOSIMANN, DJ de 26/10/1992, p. 18991)

A matéria já se encontrava pacificada via da Súmula nº 121 do extinto TFR: “Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional, emanado de Relator ou Presidente de Turma”, ora reafirmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

Esta Súmula, destinada exclusivamente ao extinto TFR, encontra-se em vigor, relativamente ao STJ. (STJ - Corte Especial - MS nº 2.928-9/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 21/03/1994, p. 5425)

E, mais:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE MINISTRO RELATOR. DESCABIMENTO. AGRAVO. FUNDAMENTO SUFICIENTE.

- Mantém-se incólume o fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que deixa de ser atacado de modo específico pela agravante. Aplicação do princípio contido na súmula n. 283-STF.

- É incabível Mandado de Segurança contra ato jurisdicional de Ministro Relator. Decisão, ademais, passada em julgado. Agravo desprovido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRMS - AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - 6791, Processo: 2000.00.09379-3/DF, CORTE ESPECIAL, Relator BARROS MONTEIRO, DJ DATA: 11/12/2000 PÁGINA: 166)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. SUSPENSIVIDADE DE EFEITO DE RECURSO. ART. 588/CPC. SUCEDÂNEO RECURSAL.

1. Face ao disposto no art. 588/CPC, com a redação da Lei 9.139/95, inadmissível Mandado de Segurança para suspender os efeitos de agravo ou de apelação.

2. Incabível o “writ” como substitutivo de recurso já interposto com a mesma finalidade.

3. Recurso ordinário improvido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ROMS - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 11261,1999.00.94249-3/SP, SEGUNDA TURMA, Relator FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 26/06/2000, PÁGINA: 139)

No mesmo sentido, decidiu o Órgão Especial deste Tribunal:

AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 10, § 1º, DA LEI Nº 12.016/2009. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE DEU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR. MANUTENÇÃO.

- O inconformismo da parte, ao se deparar com decisão monocrática desfavorável proferida em agravo de instrumento, deve encontrar fim no deslinde do agravo previsto no § 1º do artigo 557 do diploma processual, sob pena de se deslocar ilegitimamente a apreciação naturalmente atrelada a órgão fracionário da Corte, carecendo o Órgão Especial de competência para atuar como instância revisora na hipótese, sobrepondo-se ao juízo da Turma.

- Hipótese extrema a impor a admissibilidade do mandado de segurança não verificada: o ato judicial contestado, que autorizou a expedição de ordem de bloqueio de ativos financeiros, em desfavor da empresa, pelo sistema BACENJUD, longe de se enquadrar como despropositado, não se afasta do direito objetivo nem é daqueles dotados de evidente ilegalidade, com deformação teratológica apta a ferir direito líquido e certo, muito menos carente da necessária motivação (artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 458, inciso II, do CPC).

- Julgamento monocrático que se encontra imune ao mandado de segurança, passando, o objetivo buscado pela impetrante, pelo agravo legal e por recursos às Cortes Superiores, de acordo com a abordagem da matéria, sob o prisma da constitucionalidade ou legalidade, em que se pode almejar até mesmo a atribuição de efeito suspensivo, a isso não se prestando, contudo, a via escolhida em substituição ao recurso próprio.

- Agravo a que se nega provimento.

(TRF-3, MS 201103000169828, ÓRGÃO ESPECIAL, Rel. Des. Fed. THEREZINHA CAZERTA, DJF3 CJ1 DATA: 04/08/2011 PÁGINA: 128)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETENÇÃO. AGRAVO À TURMA. NÃO CONHECIMENTO POR INADMISSÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA NO ÓRGÃO ESPECIAL. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AGRAVO. DESPROVIMENTO.

1. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial, embora possível, é excepcional, exigindo a prova de que houve teratologia jurídica, ou seja, ilegalidade e abuso de poder, com especial configuração e qualificação, de que resulte ou possa resultar dano assim irreparável, que deva ser corrigido de imediato, através da via extravagante ao sistema ordinário recursal.

2. A jurisprudência deste Órgão Especial é firme no sentido de vedar o uso do mandado de segurança para a impugnação de decisão de relator, em atos proferidos nos respectivos órgãos fracionários, porque não seria possível nem cabível devolver à instância excepcional o reexame do juízo acerca de alegações, fatos e provas, firmado na instância ordinária competente, de modo a subverter o princípio do juiz natural e transformar o principal órgão colegiado da Corte em órgão ordinário de revisão de decisões das Turmas.

3. No caso concreto, é manifesta a inviabilidade do mandado de segurança contra ato judicial, uma vez que o objeto da impetração é a decisão da relatora, que converteu o agravo de instrumento em retido, de não admitir o agravo interposto contra a própria retenção, diante de vedação legal, não se prestando, por certo, o mandado de segurança para instituir ou autorizar recurso expressamente vedado na legislação processual e, assim, tampouco, cabível a invocação do regimento interno do Tribunal para validar interpretação *contra legem*.

4. Agravo desprovido.

(TRF-3, MS 201103000006794, ÓRGÃO ESPECIAL, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 CJ1 DATA: 02/05/2011 PÁGINA: 49)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE RELATOR DE TURMA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO.

- Agravo regimental contra decisão que determinou o arquivamento de autos de mandado de segurança, impetrado contra ato de Relator de Órgão Fracionário deste Tribunal, em sede de agravo de instrumento.

- Assentado, no Órgão Especial, o entendimento referente à inadmissão, em princípio, de ação mandamental, tirada de decisão de Relator. Precedentes. - Conformidade do provimento guerreado no *writ* ao princípio da motivação das decisões judiciais, não apresentando máculas remediáveis pela via eleita.

- Agravo regimental improvido.

(TRF-3, MS 201003000011967, ÓRGÃO ESPECIAL, Rel. Des. Fed. ANNA MARIA PIMENTEL, DJF3 CJ1 DATA: 04/05/2010 PÁGINA: 102)

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL - FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1 - O mandado de segurança, segundo entendimento jurisprudencial, não pode ser empregado como sucedâneo do recurso próprio, mas apenas para obstar a produção dos efeitos inerentes ao ato impugnado pela via recursal.

2 - Agravo regimental improvido. Manutenção da r. decisão que negou seguimento ao *mandamus*.

(Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.022625-5, Relatora Desembargadora Federal Sylvia Steiner, DJU de 09/05/2001, p. 163)

E, mais, de minha relatoria:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. SUCEDÂNEO RECURSAL. STF, STJ E ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE REGIONAL. CARÊNCIA DA AÇÃO QUE SE RECONHECE.

I. Impetração voltada a imprimir efeito suspensivo a Agravo Regimental.

II. Anteriormente à lei 9.139/95 que inovou no regime de Agravo de Instrumento, facultando ao Relator conferir efeito suspensivo à irrisignação posta, era excepcionalmente cabível, mercê orientação doutrinária e jurisprudencial, o Mandado de Segurança contra decisão judicial, quando esta se apresentasse teratológica e ou eivada de ilegalidade, situação à evidência inócurrenente na espécie.

III. Pacífica a orientação pretoriana sedimentada via da Súmula 267 do STF no sentido de

repelir a utilização do “mandamus” como sucedâneo recursal.

IV. Ademais, a Súmula 121 do extinto TFR tem como descabido o Mandado de Segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional. Mandado de relator de Presidente de Turma, orientação perfilhada pela STF.

V. Precedentes : STF (RT 701/244); STJ (ROMS 6837/MG, Rel. Barros Monteiro, DJ de 24/06/1996; ROMS 6693/SP, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20/05/1996; Corte Especial, MS 1434/DF, Agravo Regimental, Rel. Barros Monteiro, DJU de 17/8/92; MS 4072/df, rel. Waldemar Zveiter, Dj de 19/08/1996; MS 1813/CE, Rel. Hélio Mosimann, DJ de 26/10/1992, AGRMS 6791, Rel. Barros Monteiro, DJ 11/12/2000; ROMS 11261, Rel. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26/06/2000; e RT 678/196); e TRF-3ª Região (Ag. Reg. Em MS nº 2000.03.00.022625-5, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, DJU 9/5/2001).

VI. Carência da impetração que se reconhece.

(MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 216741 - Processo: 2001.03.00.005357-2, ÓRGÃO ESPECIAL, Relatora Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO DJU de 26/10/2001, p. 626)

Incabível, destarte, o *writ*, à luz do art. 10, *caput*, da respectiva lei especial de regência, n. 12.016/2009.

Isto posto, indefiro a inicial, julgando extinto o processo, sem apreciação do mérito, *ex vi* do art. 267, inc. I e inc. VI do CPC.

III - Comunique-se.

IV - Publique-se e intimem-se.

V - Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao arquivo.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2014.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO – Relatora em substituição regimental

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0002824-19.2014.4.03.0000

(2014.03.00.002824-9)

Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE ARAÇATUBA - SP

Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE LINS -SP

Parte Autora: VALDECIR TEIXEIRA

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

Classe do Processo: CC 15797

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/04/2014

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS. COMPETÊNCIA DESTES TRIBUNAL PARA DIRIMÍ-LO. INSTALAÇÃO DE JUIZADO ESPECIAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. REDISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS ENTRE JUIZADOS. POSSIBILIDADE.

1. Com base em entendimento consolidado nesta 3ª Seção, no sentido de competir a esta Corte Regional a solução de conflito negativo de competência protagonizado por juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais, é de se conhecer este incidente (CC nº 2012.03.00.036020-0, Rel. Therezinha Cazerta, j. 23/5/2013; CC nº 2012.03.00.016970-5, Rel. Baptista Pereira, j. 9/8/2012).
2. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de redistribuição, entre Juizados Especiais Federais, de ações em andamento, quando da alteração de jurisdição.
3. No caso, a parte autora, domiciliada em Penápolis, ingressou no Juizado Especial Federal Cível de Lins, em 25/11/2011, com ação de contagem de tempo de serviço e revisão de benefício previdenciário.
4. Ocorre que o Provimento CJF3R nº 397/2013 implantou o Juizado Especial Federal Cível em Araçatuba a partir de 17/12/2013, com jurisdição sobre o município de residência da parte autora, e determinou fosse observada a Resolução CJF3R nº 486, de 19/12/2012.
5. Considerados os termos da Resolução e afastadas as suas ressalvas, não há óbice à redistribuição da ação ao novo Juizado, que compartilha de estrutura e procedimentos semelhantes ao seu antecessor.
6. A vedação contida no artigo 25 da Lei nº 10.259/2001, quanto à redistribuição dos processos, aplica-se somente às Varas Federais ou Estaduais no exercício da competência delegada. Inteligência da Súmula nº 26 desta Corte.
7. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o MM. Juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o MM. Juízo suscitante, nos termos do relatório e voto da

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram os Desembargadores Federais TORU YAMAMOTO, TÂNIA MARANGONI, SOUZA RIBEIRO, DAVID DANTAS, BAPTISTA PEREIRA, MARISA SANTOS, SÉRGIO NASCIMENTO, NELSON BERNARDES, WALTER DO AMARAL, CECILIA MELLO e LUCIA URSAIA.

São Paulo, 27 de março de 2014.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal Cível de Araçatuba em face do Juizado Especial Federal Cível de Lins, a fim de ver declarado o Juízo competente para processar e julgar a ação em que a parte autora pretende contagem de tempo de serviço e revisão de benefício previdenciário.

Ajuizada a ação no Juizado Especial Federal Cível de Lins em 25/11/2011, este se declarou incompetente para o deslinde da controvérsia e remeteu os autos ao Juizado Especial Federal Cível de Araçatuba, implantado em 17/12/2013, sob o fundamento da competência absoluta deste sobre o município de residência da parte autora, a teor do Provimento CJF3R nº 397/2013 c.c. a Resolução CJF3R nº 486/2012 e o disposto nos arts. 3º, § 3º, e 20 da Lei nº 10.259/2001.

Contra essa orientação insurge-se o MM. Juízo suscitante, com amparo no artigo 25 da Lei nº 10.259/2001, que veda expressamente a redistribuição aos Juizados Especiais Federais das demandas ajuizadas até a data de sua instalação. Sustenta, ademais, que a Resolução não cria hipótese de redistribuição, mas apenas estabelece os procedimentos a serem adotados quando de sua ocorrência.

O despacho de fl. 15 designou o Juízo suscitante para resolver as medidas urgentes.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal reconheceu como competente para processar e julgar a demanda o MM. Juízo suscitante.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Conheço deste incidente, com base no entendimento consolidado nesta 3ª Seção no sentido de: competir a esta Corte Regional a solução de conflito negativo de competência protagonizado por juízes integrantes dos Juizados Especiais Federais (CC nº 2012.03.00.036020-0, Rel. Therezinha Cazerta, j. 23/5/2013; CC nº 2012.03.00.016970-5, Rel. Baptista Pereira, j. 9/8/2012).

Superada essa questão processual, no mérito cinge-se a controvérsia à possibilidade de redistribuição, entre Juizados Especiais Federais, de ações em andamento, quando da alteração de jurisdição.

No caso, a autora, domiciliada em Penápolis, ingressou no Juizado Especial Federal Cível de Lins, em 25/11/2011, com ação de contagem de tempo de serviço e revisão de benefício previdenciário.

Ocorre que o Provimento CJF3R nº 397/2013 implantou o Juizado Especial Federal Cível em Araçatuba a partir de 17/12/2013, com jurisdição sobre o município de residência da parte autora, e determinou, no parágrafo único do artigo 2º, fosse observada a Resolução CJF3R nº 486, de 19/12/2012.

Dispõe a Resolução em comento:

Art. 1º. Nas hipóteses de criação, extinção ou transformação de Varas-Gabinete, a redistribuição dos feitos observará os termos do Provimento próprio.

Parágrafo único. A redistribuição mencionada no *caput* refere-se exclusivamente às ações já em trâmite nos Juizados Especiais Federais e terá lugar quando houver a alteração da jurisdição.

Art. 2º. Na ausência de dispositivo específico, as ações serão redistribuídas, via sistema eletrônico próprio, observando-se as seguintes ressalvas:

I - os processos com perícias agendadas mas ainda não realizadas até o dia da implantação do JEF, autônomo ou adjunto, serão redistribuídos somente após a realização das referidas perícias, anexação dos respectivos laudos e liberação dos pagamentos, a serem efetuados por meio do webservice SisJEF-AJG/CJF;

II - os processos em que tenha sido realizada audiência de instrução permanecerão no Juizado de origem até prolação de sentença;

III - os processos baixados, após o julgamento dos recursos, nas Turmas Recursais da respectiva Seção Judiciária serão encaminhados ao Juizado de destino pelo Juizado de origem.

Art. 3º. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Em consulta ao sistema de andamento processual, verificou-se não se enquadrar o feito originário nas ressalvas apontadas, não havendo óbice à redistribuição da ação ao novo Juizado, que compartilha de estrutura e procedimentos semelhantes ao seu antecessor.

Frise-se, por oportuno, que a Lei nº 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, tem por escopo ampliar a garantia de acesso à justiça, imprimindo maior celeridade à prestação jurisdicional, de tal sorte que não pode ser invocada como uma limitação aos seus próprios fins.

Vale dizer: a vedação contida no artigo 25 da Lei nº 10.259/2001, quanto à redistribuição dos processos, aplica-se somente às Varas Federais ou Estaduais no exercício da competência delegada, pois a diversidade de institutos presentes em um e outro sistema não recomenda, em absoluto, a transferência de feito já em curso na Justiça comum para Juizado então instituído.

No mesmo sentido é o entendimento externado na Súmula 26 desta Corte:

Súmula 26. Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até a sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição Federal delegada.

Invoco, ainda, a decisão proferida pelo Excelentíssimo Desembargador Federal Baptista Pereira nos autos do conflito de competência nº 2014.03.00.003549-7, julgado em 25/2/2014, cujos judiciosos argumentos enriquecem a fundamentação supra.

Diante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o MM. Juízo suscitante.

Oficie-se aos Doutos Juízos.

Depois de cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0003281-74.2010.4.03.6181
(2010.61.81.003281-3)

Apelantes: MARIA APARECIDA ADELINO E ISAUQUE JOSE DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Classe do Processo: ACr 46753
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO: NECESSIDADE DE VINDA AOS AUTOS DA AÇÃO PENAL DO INTEIRO TEOR DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. PRELIMINAR ACOLHIDA.

1. Apelação interposta contra sentença que condenou cada um dos réus à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão pelo crime dos artigos 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/2006; e 03 anos e 06 meses de reclusão, pelo crime dos artigos 35 e 40, inciso I, da mesma lei; em concurso material, totalizando, para cada um dos réus, 09 anos e 04 meses de reclusão.

2. A preliminar de nulidade do feito, a partir do indeferimento do pedido de informações sobre o inteiro teor da notícia-crime que deu origem às investigações, formulado em sede de defesa preliminar, arguída pela Defesa, ao argumento de violação à garantia constitucional do devido processo legal, merece acolhida.

3. Em sede de defesa prévia, a ré requereu o inteiro teor da “notitia criminis” (com todos os registros, datas, bem como a forma de comunicação) que levaram à sua investigação e prisão em flagrante. O MM. Juiz *a quo* recebeu a denúncia e indeferiu o pedido.

4. Em audiência, o Agente de Polícia Federal Francisco afirmou também que a prisão em flagrante foi decorrente de investigação realizada perante a 9ª Vara Federal de Belo Horizonte, e que durante a investigação foram realizados cerca de vinte flagrantes referente a determinada organização criminosa, sendo que, em três deles, a ré MARIA estaria diretamente envolvida.

5. O Ministério Público Federal requereu fosse providenciada cópia das investigações realizadas, o que foi deferido pelo MM. Juízo de primeiro grau. A Defesa requereu a nulidade do feito, a partir do indeferimento da providência requerida, em face do prejuízo causado. O Magistrado deferiu o desentranhamento dos documentos, sob o fundamento de que as informações são anteriores ao oferecimento da denúncia e, portanto, deveriam ter sido apresentadas naquele momento processual.

6. Oferecida a denúncia contra um indivíduo, não pode o Estado sonegar informações prévias de investigações eventualmente existentes, sob pena de comprometer o contraditório e a ampla defesa, preceitos insculpidos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. A partir da prisão em flagrante, é direito do acusado ter acesso à toda investigação preliminar que levou à conclusão da prática do crime.

7. As informações foram ocultadas não apenas da Defesa, mas também da Acusação

e do próprio Juízo, que só tiveram conhecimento de sua existência com a oitiva do policial, seis meses após o oferecimento da denúncia.

8. Se tais elementos não pudessem vir à lume, sob pena de prejudicar a investigação de outros membros da organização criminosa, a solução legal seria a ação controlada, à época dos fatos disciplinada pelo artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.034/1995 (atualmente prevista pelo artigo 8º da Lei nº 12.850/2013).

9. Não tendo a Autoridade policial feito uso da possibilidade de ação controlada, não se afigura admissível sonegar do réu, do Ministério Público Federal e do Juízo Federal a informação sobre a existência de investigações preliminares que levaram à prisão em flagrante.

10. Evidenciado o prejuízo causado à Defesa, o processo deve ser anulado, a partir do momento em que foi indeferida a juntada do inteiro teor das investigações preliminares, devendo o Juízo de primeiro grau providenciar a vinda de tais elementos aos autos, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

11. Em razão da anulação ora operada, resta evidenciado o excesso de prazo na instrução criminal, impondo-se a expedição de alvará de soltura clausulado, para que os réus aguardem o julgamento em liberdade, se por outro motivo não devam permanecer presos.

12. Preliminar de nulidade acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *acolher a preliminar* para anular o feito a partir do recebimento da denúncia, inclusive, remetendo-se os autos ao Juízo de origem para que providencie a vinda aos autos do inteiro teor das investigações preliminares, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos; expedindo-se alvará de soltura clausulado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte do presente julgado.

São Paulo, 01 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O Ministério Público Federal, em 28/04/2010, denunciou MARIA APARECIDA ADELINO, e ISAQUE JOSÉ DA SILVA, qualificados nos autos, nascidos aos 02/03/1966 e 04/07/1983, respectivamente, como incurso nos artigos 33 e 35, combinado com o artigo 40, inciso I da Lei nº 11.343/2006. Consta da denúncia:

... Em 30 de março de 2010, policiais federais realizaram diligências para averiguar informação de atividade ilícita relacionada ao tráfico de entorpecentes em residência situada na Rua Caetano Basso, 98, nesta Capital.

Naquela data, realizavam vigilância no local, quando de lá saíram MARIA ADELINA e, logo em seguida, ISAQUE. Apesar de terem deixado a residência separadamente, os denunciados se encontraram cerca de cinquenta metros a frente e seguiram até um ponto de ônibus. Após

perceberem a movimentação dos policiais, rapidamente deixaram o local e começaram a se separar, momento em que, em face de sua atitude suspeita, foram abordados pelos agentes de Polícia Federal, em frente a um posto de gasolina.

Foi efetuada busca nos pertences dos denunciados, a qual foi acompanhada pelo frentista Alvany do Nascimento, tendo sido encontrada com ISAQUE uma caixa própria para encomendas dos Correios (fl. 11), a qual apresentava peso incompatível com o seu conteúdo, além de uma anotação com o endereço “Maria Lopes Garcia, Calle Lebon nº 9, PT-11 CEP 46023, Valencia, Spain” (fl. 17). Já com MARIA APARECIDA encontraram-se a quantia de 200,00 (duzentos reais), bem como uma ordem de pagamento oriunda do Western Union Bank, no valor equivalente a R\$ 4.416,67, cuja remetente é identificada como Jenifer Omobude (fls. 18/19), e um comprovante de operação de câmbio relativo a venda de dólares no valor de R\$ 4.569,48 (fl. 21).

Em vista da suspeita despertada pelo peso da caixa em poder de ISAQUE, os policiais nela efetuaram uma pequena perfuração, verificando a presença de uma substância esbranquiçada escondida em um saco plástico na lateral do objeto (fl. 12). Foi então dada voz de prisão em flagrante aos ora denunciados, pela prática de tráfico internacional de entorpecentes e pela associação para tal fim.

A materialidade do delito restou comprovada tanto pelo laudo preliminar de constatação de fls. 11/14 quanto pelo laudo toxicológico definitivo de fls. 60/63, que atestam ser cocaína a substância contida nos sacos plásticos acondicionados no interior da caixa para encomendas dos Correios, sendo o peso líquido da droga 200 g (duzentos gramas).

A autoria também restou claramente caracterizada, tendo em vista que a droga foi apreendida em caixa própria para remessa postal em poder de ISAQUE, o qual possuía também uma anotação com um endereço na Espanha, para onde pretendia enviar a droga. Muito embora ISAQUE não trouxesse consigo dinheiro para pagamento das despesas de postagem, estava na companhia de MARIA APARECIDA, que tinha consigo a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) e que possui vínculo com o exterior, seja em vista da ordem de pagamento e do comprovante de operação de câmbio apreendidos em seu poder, seja ainda por portar anotação que contém número de protocolo referente a passaporte expedido em favor de Luiz Alberto de Souza Tomaz, preso no Aeroporto Internacional de Guarulhos por tráfico internacional de drogas (fls. 34 e 20).

As contradições dos depoimentos prestados pelos denunciados por ocasião de sua prisão em flagrante (fls. 7/10), assim como sua atitude suspeita, procurando disfarçar o fato de estarem juntos ao deixarem a residência situada na Rua Caetano Basso, 98, ao perceberem a presença dos policiais, bem atestam o seu conhecimento do caráter ilícito da substância que levavam consigo.

A circunstância de estarem ambos os denunciados juntos, um deles transportando a caixa contendo a droga e o outro com o numerário necessário ao pagamento das despesas de postagem, indica a associação para o fim de remeter a cocaína para o exterior por via postal...

A denúncia foi recebida em 21/06/2010 (fls. 134/139).

Processado o feito, sobreveio sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira (fls. 306/331) e publicada em 17/03/2011 (fls. 332), que condenou cada um dos réus à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, pelo crime dos artigos 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/2006; e 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa, para o crime dos artigos 35 e 40, inciso I, da mesma lei; em concurso material, totalizando, para cada um dos réus, 09 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 1.399 dias-multa, no valor unitário mínimo. Foram negados a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e o direito de apelar em liberdade.

Expediram-se guias de recolhimento provisórias (fls. 388/393).

Apelam os réus ISAQUE e MARIA APARECIDA representados pela DPU - Defensoria Pública da União (fls. 341/356), suscitando preliminarmente, a nulidade do feito, a partir do indeferimento do pedido de informações sobre o inteiro teor da notícia-crime que deu origem às investigações, por violação à garantia constitucional do devido processo legal. Aduz, outrossim, que a sentença traz fundamentação que extrapola o conjunto probatório dos autos. No mérito, a defesa técnica sustenta que a) não restou comprovada a prática do crime de tráfico de entorpecentes; b) o corréu ISAQUE é usuário de drogas e que a cocaína encontrada em seu poder destinava-se a consumo próprio; c) não restou evidenciada a transnacionalidade do delito.

O Ministério Público Federal ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação dos réus (fls. 373/385).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Rose Santa Rosa, opinou pelo desprovimento do (fls. 401/403v.).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Inicialmente, observo que os réus MARIA APARECIDA e ISAQUE interpuseram um único recurso de apelação, representados pela DPU - Defensoria Pública da União. Posteriormente, a acusada MARIA APARECIDA nomeou nova Defesa. Não obstante, as razões da apelação já interposta pela DPU em favor de ambos os réus foram tidas como ratificadas pelas novas defensoras da corré MARIA APARECIDA, em decisão proferida pelo Magistrado de Primeiro Grau, às fls. 371.

A preliminar de nulidade do feito, a partir do indeferimento do pedido de informações sobre o inteiro teor da notícia-crime que deu origem às investigações, formulado em sede de defesa preliminar, arguída pela Defesa, ao argumento de violação à garantia constitucional do devido processo legal, merece acolhida.

Sustenta a Defesa que tais informações foram trazidas aos autos tardiamente a pedido do Ministério Público Federal, quando já concluída a fase instrutória, após o Agente da Polícia Federal Francisco Ottoni Porto noticiar em seu depoimento acerca da existência de investigações anteriores nos autos do processo 2009.38.00.027641-2, em trâmite perante a 9ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG.

Assiste razão à Defesa. Com efeito, em 15/06/2010, em sede de defesa prévia, a ré requereu o inteiro teor da “notitia criminis” (com todos os registros, datas, bem como a forma de comunicação) que levaram à sua investigação e prisão em flagrante (fls. 130/133, item IV).

Em decisão proferida em 21/06/2010, o MM. Juiz *a quo* recebeu a denúncia e indeferiu o pedido formulado pela Defesa, sob o fundamento de que “a)...eventual nulidade ou irregularidade não contamina a futura ação penal, mas própria prisão...”; b) “o delito de tráfico de drogas, por ser crime permanente, protraí a sua consumação no tempo”, de modo que “enquanto o agente portar a droga, permanecerá em delito”. (trecho de fls. 139).

Em audiência realizada em 14/10/2010 (Carta Precatória 60601-04.2010.4.01.3800), o Agente de Polícia Federal Francisco Ottoni Porto, ouvido em Juízo como testemunha de acusação, ratificou as declarações prestadas na esfera policial. Afirmou também que a prisão em flagrante foi decorrente de investigação realizada pela Delegacia de Repressão a Entorpecentes

de Belo Horizonte, cujo processo posteriormente tramitou perante a 9ª Vara Federal de Belo Horizonte, sob o nº 2009.38.00.027641-2. Declarou, ainda que durante a investigação foram realizados cerca de vinte flagrantes referente a determinada organização criminosa, sendo que, em três deles, a ré MARIA APARECIDO ADELINO estaria diretamente envolvida (mídia fls. 243).

Em petição datada de 13/12/2010, o Ministério Público Federal requereu fosse providenciada cópia das investigações realizadas nos referidos autos, bem como de quaisquer outros elementos indicativos de eventual participação da apelante em organização criminosa (fls. 265/266) - insistindo na providência em sede de memoriais, em 14/02/2011 - o que foi deferido pelo MM. Juízo de primeiro grau em 14/12/2010 (fls. 267 e reiteração às fls. 275).

Em memoriais, a Defesa requereu a nulidade do feito, a partir do indeferimento da providência requerida, em face do prejuízo causado.

Em ofício datado 24/02/2011, o MM. Juízo da 9ª Vara Federal de Belo Horizonte encaminhou ao MM. Juízo *a quo* cópias dos documentos relacionados à ré MARIA APARECIDA (também referida como Cristina) nos autos do processo 2009.38.00.027641-2, bem como revelou a existência de mídias magnéticas com menção ao nome da ré na Delegacia de Polícia Federal de Belo Horizonte/MG (fls. 295).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 296/296v. A Defesa impugnou a documentação acostada, sob o argumento de *a*) a Acusação deveria ter instruído a denúncia com todas as provas até então produzidas pela Polícia Federal; *b*) “sob a égide de um processo penal acusatório, a defesa técnica não pode ser surpreendida pela tardia apresentação de documentos há muito confeccionados;” *c*) o rito processual estabelecido pela Lei nº 11.343/06 não comporta diligências complementares (fls. 298/300).

Em decisão proferida em 11/03/2011, o Magistrado deferiu o desentranhamento dos documentos (706 laudas impressas), sob o fundamento de que as informações ali contidas são anteriores ao oferecimento da denúncia nestes autos e, portanto, deveriam ter sido apresentadas naquele momento processual (fls. 304).

Não obstante, insiste a Defesa no prejuízo sofrido com o indeferimento do pedido de inteiro teor da notícia-crime e das investigações, formulado por ocasião da defesa prévia.

Com razão a Defesa, porquanto, oferecida a denúncia contra um indivíduo, não pode o Estado sonegar informações prévias de investigações eventualmente existentes, sob pena de comprometer o contraditório e a ampla defesa, preceitos insculpidos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

A partir da prisão em flagrante, é direito do acusado ter acesso à toda investigação preliminar que levou à conclusão da prática do crime.

No caso dos autos, observo que as informações foram ocultadas não apenas da Defesa, mas também da Acusação e do próprio Juízo, que só tiveram conhecimento de sua existência com a oitiva do policial Francisco Ottoni Porto, seis meses após o oferecimento da denúncia.

Se tais elementos não pudessem vir à lume, sob pena de prejudicar a investigação de outros membros da organização criminosa, a solução legal seria a ação controlada, à época dos fatos disciplinada pelo artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.034/1995 (atualmente prevista pelo artigo 8º da Lei nº 12.850/2013).

Contudo, não tendo a Autoridade policial feito uso da possibilidade de ação controlada, não se afigura admissível sonegar do réu, do Ministério Público Federal e do Juízo Federal a informação sobre a existência de investigações preliminares que levaram à prisão em flagrante.

Destarte, evidenciado o prejuízo causado à Defesa, o processo deve ser anulado, a partir do momento em que foi indeferida a juntada do inteiro teor das investigações preliminares, qual seja, a partir do recebimento da denúncia, devendo o Juízo de primeiro grau providenciar a vinda de tais elementos aos autos, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, em razão da anulação ora operada, resta evidenciado o excesso de prazo na instrução criminal, impondo-se a expedição de alvará de soltura clausulado, para que os réus aguardem o julgamento em liberdade, se por outro motivo não devam permanecer presos.

Pelo exposto, *acolho a preliminar* para anular o feito a partir do recebimento da denúncia, inclusive, remetendo-se os autos ao Juízo de origem para que providencie a vinda aos autos do inteiro teor das investigações preliminares, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos; expedindo-se alvará de soltura clausulado.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

PETIÇÃO CRIMINAL
0001739-03.2011.4.03.0000
(2011.03.00.001739-1)

Requerente: PAULO MAGALHÃES ARAÚJO
Requerido: ODILON DE OLIVEIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: Pet 748
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2014

EMENTA

PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA. MORTE DO QUERELANTE. AUSÊNCIA DE SUCESSORES INTERESSADOS NO FEITO. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME.

- Hipótese em que, ocorrido o óbito do querelante, nenhum sucessor compareceu nos autos para ratificar a queixa-crime ou manifestar de qualquer modo interesse no feito.
- Inexigível a intimação das pessoas previstas no artigo 31 do CPP, devendo o sucessor porventura interessado no feito apresentar-se espontaneamente em juízo.
- Afastada hipótese de extinção do feito ao fundamento de perempção, por ser fenômeno que ocorre no curso de ação penal, que não existe sem o recebimento da queixa-crime.
- Caso em que remanesce somente a queixa-crime sem parte processual a sustentá-la e assim faltando requisito para a existência de relação processual válida e aplicando-se o artigo 395, inciso II, primeira figura, do CPP, dispondo sobre a rejeição da denúncia ou queixa quando “faltar pressuposto processual”.
- Queixa-crime rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a queixa-crime, com fundamento no artigo 395, inciso II, primeira figura, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de março de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de queixa-crime apresentada por Paulo Magalhães Araújo em face de Odilon Oliveira, Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, por suposta prática de delitos previstos nos artigos 138 e 139 do Código Penal, narrando fatos nestes termos:

O QUERELANTE é advogado, atuante neste Estado do Mato Grosso do Sul.
Em 21 de janeiro de 2011, ao tomar conhecimento do conteúdo do processo 0006873.87.2010.403.60000 em que atua como parte, constatou que se encontrava acosta-

do às fls. 1346/1349 o ofício de nº 312/10-GJ 3ª Vara datado de 26/12/2010 e subscrito pelo QUERELADO. O expediente em questão é endereçado ao Doutor Clenio Parizzoto (Procurador Regional da União em Campo Grande/MS) e contém despacho manuscrito do Procurador-Chefe da União/MS Yunes Tehfi.

No segundo parágrafo da segunda folha do referido documento é possível perceber o texto: “O senhor Paulo Magalhães Araújo publicou, pela internet, vários artigos acusando juízes e outras autoridades federais de terem extorquido o colombiano Juan Carlos Abadia a pretexto de não atrapalharem sua extradição para os Estados Unidos”.

Ocorre que o QUERELADO é consciente que o QUERELANTE nunca fez tal afirmativa, nem muito menos publicou artigo algum pela internet que contivesse a grave imputação, até porque o primeiro jamais pode ter lido ou tomado conhecimento de algo inexistente.

O QUERELANTE, como é sabido, ofertou “notitia criminis” e representou por prática de ato de improbidade administrativa contra o procurador da República em Mato Grosso do Sul - Dr. Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de Almeida - vez que em 30/11/2009 o referido foi comunicado pelos agentes penitenciários federais Yuri Mattos Carvalho, Francisco Florisval Freire e Valdemir Ribeiro Albuquerque (com quem mantinha entrevista na sede da Procuradoria da República em Campo Grande/MS) que o preso José Reinaldo Giroti teria informado quanto à possível tentativa de extorsão ao traficante Juan Carlos Ramirez Abadia. As reclamações do QUERELANTE junto ao Ministério Público Federal se devem ao fato do ilustre membro do “parquet” federal não ter tomado as medidas exigidas por lei quando afrontado por comunicação de possível prática criminosa participada de forma verbal. Ao invés de reduzir a termos as informações prestadas pelos agentes penitenciários federais, se omitiu. Desta forma fica perfeitamente claro que o QUERELANTE não afirmou, nem muito menos divulgou que o QUERELADO (ou outro juiz federal qualquer) em algum momento tenha extorquido esta ou aquela pessoa. O divulgado pelo QUERELANTE é que o procurador da República a quem o problema foi levado não se preocupou em apurar as denúncias efetuadas por um preso da Penitenciária Federal de Campo-Grande-MS a AGEPENS daquela instituição prisional.

Através da internet, mais precisamente no sítio da Associação de Defesa ao Direito do Cidadão à Verdade - organização não governamental presidida pelo QUERELANTE - foram publicados artigos sobre o assunto. Todavia, em momento algum, acusações de que o QUERELADO ou quem quer que seja tenha efetivamente praticado extorsão. Fato que está bem claro a quem tomou conhecimento dos artigos e possui um mínimo de discernimento e capacidade de interpretação de textos.

Mais uma vez se faz necessário reforçar: jamais o QUERELANTE afirmou que juízes federais, muito menos o QUERELADO, haviam praticado o crime de extorsão seja contra o preso Juan Abadia ou qualquer outro.

Ocorre que o QUERELADO vem a muito caluniando e tentando difamar o QUERELANTE como forma de desacreditá-lo em face de inúmeras denúncias que este tem feito quanto a irregularidades e mesmo crimes praticados por servidores da União.

O QUERELADO, enquanto experiente juiz que é, tem pleno conhecimento de que extorsão é um crime. Quando afirma que o QUERELANTE está a acusar falsamente juízes e outras autoridades federais de terem extorquido alguém, imputa a este a prática de calúnia que, por sua vez, também é fato criminoso.

Ora, o artigo 138 do Código Penal Brasileiro determina:

“Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido com crime:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Desta forma é possível afirmar que o QUERELADO pratica crime de calúnia quando afirma que o QUERELANTE “publicou, pela internet, vários artigos acusando juízes e outras autoridades federais de terem extorquido o colombiano Juan Carlos Abadia a pretexto de não atrapalharem sua extradição para os Estado Unidos” sendo certo que o QUERELANTE

nunca praticou tais atos.

Importante caracterizar que o QUERELADO não declara que o QUERELANTE agiu uma única vez - o que se poderia admitir como engano. O querelado textualiza que o QUERELANTE “publicou, pela internet, *vários artigos* acusando...”. Desta forma não pode alegar futuramente ter se equivocado quando não puder apresentar os tais “*vários artigos*” que o QUERELANTE teria (segundo o QUERELADO) publicado (grifo meu).

Por outro lado é possível também observar o interesse do QUERELADO em difamar o QUERELANTE perante autoridades públicas, sejam elas o Procurador Regional da União, o Procurador-Chefe da União e mesmo os juízes, procuradores, advogados e demais pessoas que tenham acesso ao que consta o processo nº 0006873-87.2010.403.6000, no mínimo induzindo-os a tomar providências que não serão sustentadas documentalmente, senão vejamos: O artigo 139 do CPB restringe: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

Quando o QUERELADO vem a público e afirma que o QUERELANTE “publicou, pela internet, vários artigos acusando juízes e outras autoridades federais de terem extorquido o colombiano Juan Carlos Abadia a pretexto de não atrapalharem sua extradição para os Estados Unidos”, dando conotação de que se trata de mentiras inventadas e, considerando o fato de o último ser advogado e parte no processo em questão, certamente está a imputar fato ofensivo à reputação deste.

Por último, não há como negar que pelo menos duas pessoas tomaram conhecimento das afirmativas caluniosas e difamatórias do QUERELADO, quais sejam: o Procurador-Chefe da União Yunes Tehfi e a juíza federal Janete Lima Miguel. O primeiro chegou a despachar “a mão” no corpo do ofício que traz afirmativas do QUERELADO e a segunda é a juíza que preside o feito em que foi juntado o documento de cunho caluniador e difamador.

Assim sendo, considerando que o QUERELANTE jamais praticou as ações citadas pelo QUERELADO (conforme é sabido), pratica o segundo os delitos capitulados nos artigos 138 e 139 do Código Penal, devendo ser responsabilizado por tal vez que a falsa imputação chegou ao conhecimento de terceiros. Principalmente considerando o fato de que o QUERELADO fez questão de encaminhar o ofício para ser juntado aos procedimentos que responde o QUERELANTE e seus clientes, ficando patente que tinha o interesse explícito de fazer divulgar a calúnia.

Note-se que ao motivar o ofício de referência o QUERELADO fez questão de expor: “a propósito da ação inibitória e condenatória nº 006873-87.2010.403.6000, em que figuram como réus Paulo Magalhães Araújo e outro, e de outras que venham a ser ajuizadas pela União contra agentes penitenciários federais investigados no IPL nº 0526/08 (2008.60.0012622-4) e no PAD nº 002/2010, encaminho a Vossa Excelência os seguintes documentos:”

Desta forma, usando de seu prestígio como juiz federal, a credibilidade que deve ser depositada aos membros do Poder Judiciário e do serviço público em geral, o QUERELADO está a criar falsos fatos para serem utilizados com prova em processos judiciais diversos (e até futuros que venham a ser ajuizados) com o flagrante intuito de prejudicar o QUERELANTE e terceiros.

A inicial veio instruída com cópias do ofício no qual foram feitas as supostas declarações ofensivas e da representação do querelante contra o referido procurador da república.

Consultado sobre eventual prevenção pela Subsecretaria de Registro e Informações Processuais, o Desembargador Federal Nery Junior determinou a livre distribuição.

Distribuído o feito a este Relator, os autos foram encaminhados aos Desembargadores Federais Marli Ferreira, Carlos Muta, Mairan Maia, Márcio Moraes e Baptista Pereira, que também afastaram hipótese de conexão.

Notificado, nos termos dos artigos 4º da Lei nº 8038/90 e 208 do Regimento Interno desta Corte, o querelado ofereceu resposta aduzindo que “o querelante é delegado de polícia

civil aposentado por transtorno bipolar grave” e “a quantidade de ações penais a que ele responde na Justiça Federal, sem falar nas em tramitação da Justiça Estadual, inclusive por danos morais, por si só, retrata parte do perfil do querelante”, aduz ainda que “o querelante é responsável por uma ONG conhecida como Brasil Verdade (www.brasilverdade.org.br), da qual se intitula presidente” cujo “papel de destaque tem sido atacar autoridades e instituições públicas pela internet”, sendo que “os ataques a instituições federais e autoridades, sobretudo juízes federais, procuradores da República, delegados e polícia federal, peritos federais e autoridades são rasteiros e graves que a própria União Federal ajuizou contra o querelante e sua ONG Brasil Verdade a Ação Inibitória e Condenatória nº 0006873-87.2010.403.6000, para retirar de circulação as matérias ofensivas e proibir a publicação de outras” e que esta “onda de ataques e representações tiveram início em junho de 2009, quando o querelante se tornou advogado de cinco agentes penitenciários federais recentemente demitidos”.

Com a resposta foram juntados documentos (ato da aposentadoria do querelante por invalidez, certidão de distribuição de ações penais em trâmite na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul contra o querelante, decisões proferidas nos autos da ação nº 00068738720104036000, denúncia ofertada contra os agentes penitenciários e atos de demissões, artigos publicados no site da Associação Brasil Verdade, no Blog de Marco Eusébio e Consultor Jurídico, decisões da Corregedoria do Ministério Público Federal acerca da representação formulada pelo querelante contra o referido procurador da república, pedido e decisão de arquivamento de procedimento administrativo instaurado contra o procurador da república, medida cautelar de interpelação de José Reinaldo Girotti, artigo publicado no Correio do Estado defendendo o querelado, medida cautelar de interpelação do querelante, representação do querelado contra o querelante e contra os agentes penitenciários).

Intimado acerca dos documentos, o querelante não se manifestou.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não recebimento da queixa-crime.

Novos documentos foram juntados pelo querelado (depoimento prestado pelo preso José Reinaldo Girotti em autos de sindicância investigativa, decisão de arquivamento de representação disciplinar movida pelos agentes penitenciários contra o querelado e decisões de arquivamento de queixa-crimes movidas pelo querelante contra o querelado nesta Corte e decisão de arquivamento de pedidos de providencia no CNJ) e, intimado, não se manifestou o querelante, seguindo-se reiteração do parecer ministerial pelo não recebimento da queixa-crime.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): O caso dos autos é de queixa-crime apresentada por Paulo Magalhães Araújo em face de Odilon Oliveira, Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, por suposta prática de delitos previstos nos artigos 138 e 139 do Código Penal.

O feito foi levado a julgamento na sessão de 26 de junho de 2013, para deliberação acerca da viabilidade de instauração de ação penal privada em face do querelado, tendo a maioria dos integrantes do Órgão Especial, após a leitura do relatório, acolhido questão de ordem apresentada pelo Desembargador Federal Nery Júnior “no sentido de deliberar pela conversão em diligência, para a comprovação de óbito do querelante”, assim ficando suspenso o julgamento.

Após, foram praticados os seguintes atos:

1. Determinação de cumprimento da decisão do Órgão Especial (fl. 402);
2. Juntada da certidão de óbito do querelante (fl. 413);
3. Decisão julgando prejudicado pedido do querelado para nova inclusão do feito em pauta de julgamento (fl. 420);
4. Juntada pelo querelado de certidão de julgamento da Subsecretaria do Órgão Especial relativa a recurso administrativo interposto por Paulo Magalhães Araújo em processo disciplinar promovido contra o querelado perante a Corregedoria (autos do processo nº 0034889-38.2012.4.03.0000) em que o Desembargador Federal Nery Junior declarou-se suspeito;
5. Juntada de petição do Ministério Público Federal, destacando-se:

Entretanto, consoante às fls. 412/413, foi comprovado o falecimento do querelante Paulo Magalhães Araújo, razão pela qual, faz-se mister o direito de sucessão processual por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de prosseguir na ação criminal, haja vista o disposto no art. 60, II, do Código de Processo Penal c.c art. 100, §4º do Código Penal, se assim desejar, sob pena da presente ação ser considerada perempta, *in verbis*:

(...)

Neste sentido, encontra-se a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, no sentido de que “se, no curso da ação penal, vier a falecer o querelante ou sobrevier-lhe incapacidade, poderão sucedê-lo as pessoas arroladas no art. 31, CPP. Obviamente, não se pode exigir que o juiz criminal determine a intimação daquelas pessoas para, querendo, darem prosseguimento à ação penal, até porque não teria ele sequer como saber da existência e, muito menos, da localização delas. Assim, o prazo de 60 (sessenta) dias reservado à sucessão processual, não é condicionado a qualquer providência do juízo, devendo os legitimados apresentarem-se espontaneamente ao pólo ativo da ação penal”.

Diante do exposto, requer o *parquet* Federal a manifestação dos legalmente interessados, a fim de que dê-se prosseguimento ou não a presente ação penal, sob pena de, no caso de recusa, explícita ou implícita, na declaração de extinção de punibilidade pelo fato jurídico da perempção (art. 107, IV, do CP);

6. Juntada de petição do querelado, destacando-se:

3. O querelado, com o objetivo de obter celeridade no julgamento e também porque está prestes a requerer sua aposentadoria, vem renunciar a qualquer direito de ação por danos materiais/morais, contra o espólio do querelante, em caso de arquivamento ou de improcedência da presente queixa-crime.

4. A renúncia ocorre exclusivamente em relação ao objeto da presente queixa-crime (...).

Feitos estes registros, passo ao exame das questões postas.

Embora a diligência determinada pelo Órgão Especial se cinja à comprovação do óbito do querelante, anoto meu entendimento de que o sucessor porventura interessado no feito deve espontaneamente se apresentar perante o juízo, não havendo exigência de intimação das pessoas previstas no artigo 31 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, doutrina citada na manifestação do Ministério Público Federal.

Em acréscimo anoto a inviabilidade de no processo criminal instaurar-se incidente processual de verificação dos sucessores do ofendido, para então intimá-los e aguardar eventual manifestação de interesse no feito.

No caso dos autos, ocorreu o óbito em 25 de junho de 2013 e até esta altura nenhum

sucessor compareceu nos autos para ratificar a queixa-crime ou de qualquer modo manifestar interesse no feito.

Penso não ser hipótese de perempção, atento à dicção do *caput* do artigo 60 do Código de Processo Penal:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a *ação penal* (grifei)

Constata-se da leitura do artigo de lei que a perempção é fenômeno que ocorre no curso de ação penal e não existe ação penal enquanto não há denúncia ou queixa recebida, critério, aliás, aplicado neste precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA. PEREMPÇÃO. ART. 60, I, CPP. RECEBIMENTO DA QUEIXA. NECESSIDADE. *Não havendo queixa-crime devidamente recebida pelo Juiz, não há falar em perempção, visto ser esta um instituto condicionado à existência de ação penal privada em curso.* Recurso conhecido, mas desprovido. ..EMEN:

(RESP 199800636714, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 21/06/1999 PG:00186 ..DTPB:.)

Destarte, não havendo no caso decisão de recebimento da queixa-crime e sendo exatamente esta a pendente de deliberação e, portanto, inexistindo ação penal, afasta-se a hipótese de extinção do feito ao fundamento da perempção, entendendo eu haver adequação ao previsto no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, dispondo sobre a rejeição da denúncia ou queixa quando “faltar pressuposto processual”, como tal na doutrina de Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais) entendendo-se “os requisitos necessários para a existência e validade da relação processual”, no caso remanescendo somente a queixa-crime sem parte processual a sustentá-la e assim faltando requisito para a existência de relação processual válida.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 395, inciso II, primeira figura, do Código de Processo Penal, rejeito a queixa-crime.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES:

Senhores Desembargadores, cuida-se de queixa-crime apresentada por PAULO MAGALHÃES ARAÚJO em face do Juiz Federal ODILON OLIVEIRA, titular da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande/MS, em virtude de suposta prática dos delitos previstos nos artigos 138 e 139, ambos do Código Penal.

Em sessão de julgamento realizada em 26/06/2013, este colegiado, por maioria de votos, acolheu questão de ordem suscitada pelo E. Desembargador Federal Nery Júnior para converter em diligência o julgamento com o objetivo de comprovar o óbito do querelante.

Acostada a fl. 413 a certidão de óbito do querelante e, ainda, juntada pelo querelado de certidão de julgamento da Subsecretaria do Órgão Especial do recurso administrativo

interposto pelo querelado nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 0034889-38.2012.4.03.0000 promovido contra o querelado perante a Corregedoria, além de requerimentos formulados pelo *Parquet* Federal e querelado.

O eminente Relator, reconhecendo a falta de pressuposto processual, porquanto, com o falecimento do querelante, remanesceu apenas a queixa-crime “sem parte processual a sustentá-la e assim faltando requisito para a existência de relação processual válida” votou no sentido de rejeitar a queixa-crime, com supedâneo no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal.

Pedi vista dos autos, para melhor me inteirar dos fatos.

Compartilho do entendimento do E. Relator quanto à inexigência de intimação das pessoas indicadas no artigo 31, do CPP, em sucessão do querelante, as quais poderiam voluntariamente se habilitar para prosseguir com a queixa-crime encetada pelo sucedido, o que não se verificou no caso vertente.

Igualmente não divirjo do afastamento da hipótese de perempção, haja vista que o disposto no artigo 60, II, do Código de Processo Penal, aplica-se às ações penais, do que aqui não se cuida, porquanto, o julgamento suspenso para realização de diligências, tinha por objetivo justamente o recebimento, ou não da queixa-crime, assim, inexistente ação penal.

Com estas breves considerações, nada tenho a acrescentar ao bem lançado voto proferido pelo ilustre Relator, ao qual adiro integralmente.

Assim, acompanho o e. Relator e, igualmente, rejeito a queixa-crime, por ausência de pressuposto processual, nos termos do artigo 395, inciso II, do CPP.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL

0028650-18.2012.4.03.0000

(2012.03.00.028650-3)

Agravante: RICARDO TEIXEIRA CRUZ (réu preso)

Agravada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: AgExPe 413

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. VISITA ÍNTIMA. PORTARIA Nº 1.190/2008. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

1. A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) assegura ao preso um rol de direitos, dentre eles o de “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (Art. 41, inciso X), competindo à Administração Penitenciária regulamentar tal direito, estabelecendo os dias e horários de sua realização.

2. A visita íntima, assim compreendida aquela destinada à satisfação das necessidades sexuais do preso, não é contemplada na Lei de Execuções Penais, mas vem sendo viabilizada em grande número de estabelecimentos prisionais como forma de contribuir para o fortalecimento dos laços familiares e para o processo de reabilitação e reinserção social do condenado.

3. A visita íntima no interior das penitenciárias federais é regulamentada pela Portaria nº 1.190, de 19 de junho de 2008, do Ministério da Justiça, que assim estabelece: “Art. 1º. A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares, devendo ser concedida com periodicidade mínima de duas vezes por mês, em dias e horários estabelecidos pelo diretor da penitenciária, respeitadas as características de cada estabelecimento penal federal.”

4. Compete à autoridade administrativa fixar as regras e normas de ingresso de visitantes nas unidades prisionais, situando-se no âmbito da discricionariedade administrativa a questão da periodicidade em que deva ocorrer.

5. O ato administrativo de indeferimento do pedido, fundado em razões de segurança pública, mostra-se legítimo, não cabendo ao Poder Judiciário substituir pelo seu, o juízo de valor do administrador.

6. Agravo desprovido.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por RICARDO TEIXEIRA CRUZ em face da decisão do juízo da 5ª Vara das Execuções Penais Federais da 1ª Subseção Judiciária de Campo Grande/MS, que indeferiu o pedido do agravante para que as visitas íntimas em seu favor ocorressem com frequência semanal.

Alega o agravante, em síntese, que a possibilidade de visita íntima de sua esposa traz benefícios à saúde física e mental, devendo ser admitida com periodicidade semanal. Outrossim, acrescenta não haver risco para o sistema de segurança prisional.

Contrarrrazões a fls. 23/25.

A Procuradoria Regional da República ofereceu parecer a fls. 30/31, manifestando-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): A pretensão do agravante não encontra guarida no ordenamento jurídico.

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) assegura ao preso um rol de direitos, dentre eles o de “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (Art. 41, inciso X), competindo à Administração Penitenciária regulamentar tal direito, estabelecendo os dias e horários de sua realização.

Como ensina Julio Fabbrini Mirabete: “fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida alguma de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação ao seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (nº 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (nº 37). Por isso, concede-se ao preso o direito da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X).” (Execução Penal, 3ª edição, Atlas, 1990, p. 142)

Por sua vez, a visita íntima, assim compreendida aquela destinada à satisfação das necessidades sexuais do preso, não é contemplada na Lei de Execuções Penais, mas vem sendo viabilizada em grande número de estabelecimentos prisionais como forma de contribuir para o fortalecimento dos laços familiares e para o processo de reabilitação e reinserção social do condenado.

A visita íntima no interior das penitenciárias federais é regulamentada pela Portaria nº 1.190, de 19 de junho de 2008, do Ministério da Justiça, que assim estabelece:

Art. 1º. A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares, devendo ser concedida com periodicidade mínima de duas vezes por mês, em dias e horários estabelecidos pelo diretor da penitenciária, respeitadas as características de cada estabelecimento penal federal.

Dessa forma, compete à autoridade administrativa fixar as regras e normas de ingresso das visitas íntimas nas unidades prisionais, situando-se no âmbito da discricionariedade administrativa a questão da periodicidade e dos dias e horários dessas visitas. Ressalto, contudo, que essa discricionariedade, por não estar imune ao controle jurisdicional, não autoriza que a direção do presídio fixe regras de forma desmotivada ou em ofensa aos direitos legalmente previstos.

In casu, observo que a decisão da direção da Penitenciária de Campo Grande/MS foi devidamente motivada, indicando a vulnerabilidade da segurança como impedimento para a elevação da frequência das visitas íntimas, o que atende a norma administrativa pertinente.

Assim, não há que se falar em ilegalidade do ato administrativo atacado, e, por conseguinte, em constrangimento ilegal.

Posto isso, NEGO PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

“HABEAS CORPUS”
0002282-98.2014.4.03.0000
(2014.03.00.002282-0)

Impetrantes: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E ANDERSON BEZERRA LOPES
Paciente: SIDNEY SILVA DE NIGRIS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: HC 57294
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 299 DO CP. ALTERAÇÃO CAPITULAÇÃO JURÍDICA INDICADA NA DENÚNCIA. ARTIGOS 383 E 384 DO CPP. AFASTADO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de que a conduta imputada ao paciente deve ser enquadrada no art. 334 do CP não prospera. O réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não do tipo penal indicado, ainda que incorretamente, na inicial, sendo que a exata definição jurídica pode ser estabelecida até mesmo depois da instrução criminal (artigos 383 e 384 do CPP).
2. Eventual erro de capitulação jurídica não torna a denúncia inepta, nem é caso de trancamento da ação penal. A inicial acusatória expôs de maneira clara e objetiva os fatos alegadamente delituosos, o que possibilita ao paciente o exercício pleno do direito à ampla defesa.
3. Não restou demonstrado que eventuais falsidades ideológicas perpetradas se exauririam na prática de crime de descaminho, podendo servir também para dar ensejo ao delito de evasão de divisas.
4. A potencialidade do “falsum” não atinge exclusivamente os interesses do Fisco, mas a outros órgãos de controle, como o Banco Central do Brasil e o Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio Exterior. Afastada, nesta fase, a aplicação da consunção, prevalecendo o enquadramento legal dado aos fatos na exordial acusatória.
5. Não existe fundamento para a alteração da capitulação dada aos fatos em outro momento processual que não o artigo 383 do CPP.
6. Ainda que se vislumbre a ocorrência do delito previsto no artigo 334 do CP, não há falta de justa causa para ação penal. Não incidência da Súmula Vinculante nº 24. O pagamento dos tributos iludidos não é causa extintiva de punibilidade no descaminho. Inexistindo nos autos folhas de antecedentes, não há como se aferir sobre eventual habitualidade criminosa, que afastaria o princípio da insignificância.
7. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Fernando Augusto Fernandes e Anderson Bezerra Lopes em favor de Sidney Silva De Nigris, por meio do qual objetivam o trancamento da ação penal nº 0000554-32.2013.403.6119 que tramita perante a 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP e apura a prática do delito descrito no artigo 299 c.c. o artigo 71, todos do Código Penal.

Os impetrantes alegam, em síntese, que:

a) a prestação de informação falsa (no curso da operação de importação) com vistas a iludir a fiscalização e causar dano ao erário extrapola os contornos típicos do artigo 299 do Código Penal, trata-se, na verdade, de uma narrativa cujo amoldamento típico está no artigo 334 do mesmo diploma legal.

b) em virtude do princípio da consunção, a falsidade ideológica é crime-meio absorvido pelo crime-fim descaminho, não podendo ser admitida uma denúncia que narre este último delito e impute ao acusado aquele primeiro tipo penal.

c) a jurisprudência é pacífica no sentido de que não há justa causa para a ação penal pelo crime de falso quando este é crime-meio para a prática do descaminho.

d) a correta tipificação dos fatos demonstra a inexistência de justa causa para a ação penal, haja vista que o valor dos tributos não ultrapassa o montante de R\$10.000,00 (dez mil reais), definido pelo Superior Tribunal de Justiça como limite para a aplicação do princípio da insignificância.

Requerem, alternativamente, que seja determinado que a Receita Federal do Brasil defina o valor dos tributos porventura iludidos e, havendo o adimplemento, que seja declarada extinta a punibilidade dos crimes.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 117/119.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 122/142.

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem às fls. 144/146. É o relatório.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Narra a inicial acusatória que nos dias 16.02.2012, 17.02.2012 e 04.05.2012, o paciente SIDNEY SILVA DE NIGRIS, na qualidade de administrador e gerente da empresa ALBATROS SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA., quando da importação de mercadorias, inseriu informações falsas nas Declarações de Importação (DIs - 12/0306094-9, 12/0317690-4 e 12/0810313-1) apresentadas à Alfândega da Receita Federal do Brasil, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, com o fim de ocultar a realidade das operações comerciais e cambiais realizadas.

De acordo com a denúncia, “1) a empresa Albatros Serviços Industriais Ltda. faz a manutenção de equipamentos da CPTM, fornecendo serviços e peças; 2) as peças fornecidas durante o processo de manutenção são cobradas da CPTM por meio de nota fiscal de serviço; 3) as peças necessárias para estes serviços de manutenção são importadas pela empresa Albatros Serviços Industriais Ltda. da empresa espanhola Sepsia Electronica de Potencia, que produz os equipamentos necessários e é sócia da empresa Albatros; 4) no início, a empresa Albatros importava as mercadorias ‘sem cobertura cambial’, sem justificativa; 5) posteriormente, passou a realizar as importações declarando nas DIIs haver cobertura cambial, sem registrar contratos de câmbio para o pagamento das importações, modificando esta operação para ‘sem cobertura cambial’ quando a peça é fornecida ao destinatário final no país (a CPTM), alegando que o fornecimento estaria sendo realizado a título de garantia; 6) há cobrança das peças aplicadas nos equipamentos quando da realização da manutenção, conforme declarado e comprovado pela CPTM; 7) não há registro dos pagamentos das mercadorias ao fornecedor no exterior.” (fls. 25).

Relata a exordial que, devidamente comprovada a apresentação dos documentos contendo informações falsas no curso do despacho aduaneiro, foi lavrado o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817600/90152/12.

Compulsando os autos verifica-se que não está configurado o constrangimento ilegal.

Com efeito, a alegação dos impetrantes de que a conduta imputada ao paciente deve ser enquadrada apenas no artigo 334 do Código Penal não merece prosperar, uma vez que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não do tipo penal indicado, ainda que incorretamente, na inicial, sendo que a exata definição jurídica pode ser estabelecida até mesmo depois da instrução criminal, por força dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido a jurisprudência:

STJ - *HABEAS CORPUS* - 129239 - Relator(a) LAURITA VAZ - QUINTA TURMA - DATA: 12/05/2011 - EMEN: *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMAS. ALEGADO ERRO NA CAPITULAÇÃO DO CRIME CONSTANTE NA DENÚNCIA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* - previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal - são institutos de que o Juiz pode valer-se quando da prolação da sentença. Não há previsão legal para utilização destes em momento anterior da instrução. Precedentes.

2. Explicite-se: “não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar” (STF, HC 87.324/SP, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 18/05/2007).

3. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia, e menos ainda é causa de trancamento da ação penal, pois o Acusado defende-se do fato ou dos fatos delituosos narrados na denúncia, e não da capitulação legal dela constante.

4. Eventual desclassificação de delito somente poderá ser discutida na instrução criminal, durante o livre exercício do contraditório.

5. Ordem denegada.

STF - Relator(a) LUIZ FUX – ARE - REExt 712320 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. EXCLUSIVIDADE DO *DOMINUS LITIS*. USURPAÇÃO DE FUNÇÃO MINISTERIAL. DECISÃO CASSADA.

O ato de recebimento da inicial acusatória deve cingir-se ao juízo de admissibilidade da acusação, com a análise das formalidades exigíveis de uma denúncia apta (art. 77 do CPPM). Destarte, *não é dado ao órgão julgador de 1ª instância, nessa face processual, conferir nova definição jurídica aos fatos narrados pelo Parquet, sob pena de cometer indevida usurpação da titularidade de ação penal. Poderá fazê-lo, adequadamente, no momento da prolação da sentença.* Decisão monocrática cassada, com baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito. Recurso ministerial provido à unanimidade.

Assim, considerando que eventual erro de capitulação jurídica dos fatos descritos na denúncia, não a torna inepta, nem é caso de trancamento da ação penal e, tendo em vista que, no caso dos autos, a inicial acusatória expõe de maneira clara e objetiva os fatos alegadamente delituosos, o que possibilita ao paciente o exercício pleno do direito à ampla defesa, a ação penal deve ter seu regular processamento para que os supostos fatos delituosos sejam devidamente apurados.

Além disso, e como bem constou do parecer ministerial (fls. 144/146), não há, ainda mais na estreita via do “writ”, a clara demonstração que eventuais falsidades ideológicas perpetradas se exauririam na prática de crime de descaminho, podendo servir também para dar ensejo ao delito de evasão de divisas, já que segundo a denúncia “(...) a ausência de registro de contratos de câmbio para pagamento das mercadorias importadas, certamente está vinculada a possíveis remessas de recursos financeiros ao exterior sem anuência das autoridades monetárias do país, isso porque, comprovadamente, as peças importadas foram revendidas pela empresa Albatros Serviços Industriais Ltda. para a CPTM quando da prestação do serviço de manutenção dos equipamentos e a empresa Sepsa Electronica de Potencia necessariamente teria que ser paga pelo fornecimento destas peças.”

A potencialidade do “falsum” não atinge exclusivamente os interesses do Fisco, mas a outros órgãos de controle, como o Banco Central do Brasil e o Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio Exterior, não havendo, nesta fase, em que se falar em relação de consunção, prevalecendo o enquadramento legal dado aos fatos na exordial acusatória, inexistindo fundamento para a alteração da capitulação dada aos fatos em outro momento processual que não o artigo 383 do Código de Processo Penal.

Em outro giro, ainda que se vislumbre a ocorrência do delito previsto no artigo 334 do Código Penal, não há falta de justa causa para ação penal, uma vez que a Súmula Vinculante nº 24 não se aplica ao delito de descaminho (*STJ - Quinta Turma - AGRESP: 201102118135 - Regina Helena Costa - DJE 13/12/2013*), o pagamento dos tributos iludidos não é causa extintiva de punibilidade no crime de descaminho (*TRF3 - Primeira Turma - HC 0027582620114030000 - José Lunardelli - Data: 08/10/2013*) e, inexistindo nos autos folhas de antecedentes do paciente, não há como se aferir sobre eventual habitualidade criminosa, que afastaria o princípio da insignificância (*STF - 2ª Turma - HC 114675 - Ricardo Lewandowski - Data 13/11/2012*).

Por esses fundamentos, *denego a ordem.*

É o voto.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

Direito Trabalhista



APELAÇÃO CÍVEL
0003832-14.2003.4.03.6112
(2003.61.12.003832-0)

Apelante: AGRO BERTOLO LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1033837
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. ANULATÓRIA. MULTA TRABALHISTA. ART. 41, *CAPUT*, DA CLT. REGISTRO DE EMPREGADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. TRABALHO TEMPORÁRIO. DESCARACTERIZAÇÃO. COLHEITA DE CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE-FIM. INSCRIÇÃO NO CADIN. REGULARIDADE. PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Em que pese veicular os autos matéria de índole trabalhista, restou firmada a competência desta Corte Regional para processar e julgar o recurso interposto contra sentença proferida por Juiz Federal em data anterior à modificação introduzida na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional 45, de 2004.

2. Caso em que se discute a legalidade de auto de infração e a exigibilidade de multa por violação da norma do art. 41, da Consolidação das Leis do Trabalho, em razão de a autora manter trabalhadores sem registro de contrato de trabalho no dia da lavratura do auto de infração.

3. Compete à autoridade administrativa aferir a existência de relação de emprego em casos como os dos autos, com intuito de coibir lesão ao fisco e, principalmente, fraude à legislação trabalhista, impondo-se as sanções cabíveis em face da norma contida no artigo 626 da CLT.

4. De outra parte, releva registrar que, no caso em tela, não se trata de utilização de mão de obra para fins de prestação de trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/74, nem de serviços de vigilância, regulados nos termos da Lei nº 7.102/1983, sendo certo que a contratação de empresa prestadora de serviços, fora das hipóteses previstas em lei, caracteriza infração ao disposto no descrito artigo 41 da CLT.

5. Não bastasse a constatação de que a empresa fornecedora de mão de obra não se enquadra como prestadora de trabalho temporário, conquanto transportadora de trabalhadores rurais, a terceirização foi considerada irregular pela fiscalização porque a contratação dos rurícolas se deu para o exercício da atividade principal da apelante, qual seja, o cultivo e o corte da cana-de-açúcar, atividades essenciais que justificam a sua própria existência.

6. Por outro lado, ainda que existente a alegada interdependência entre a empresa agropecuária e a destilaria, seja na condição de grupo econômico ou por identidade de sócios, isso não tem o condão de tornar lícita a terceirização levada a cabo e nem implica concluir que o serviço terceirizado consiste em atividade-meio, quando evi-

dente que se trata da prática de atividade-fim da apelante.

7. Também não há falar em nulidade do auto de infração, com imposição de multa, sob a alegação de que não houve prejuízo aos trabalhadores, conquanto a infringência à norma basta para que a autoridade administrativa imponha a penalidade cabível no caso, pois, compete à fiscalização a descaracterização do trabalho temporário, quando for o caso.

8. Frise-se, vez mais, que além de a empresa prestadora de serviço apresentar irregularidades, de modo a não enquadrar sequer como fornecedora de trabalho temporário, também restou ilícita a terceirização porque realizada no âmbito da atividade-fim da apelante, pois, evidente que o corte e a colheita da cana-de-açúcar faz parte de sua atividade principal. Por consequência, o vínculo de trabalho se estabelece com a tomadora do serviço, ora apelante, sendo legítima a autuação, conquanto o fisco constatou que os trabalhadores executavam sim tarefas ligadas à atividade-fim da empresa, sem o registro do contrato de trabalho no livro próprio.

9. Precedente desta Corte (AC 1032509).

10. Em suma, não logrou a apelante demonstrar as suas alegações, bem como a improcedência da autuação, revelando-se esta regularmente aplicada, com supedâneo em processo administrativo regular, restando mantido o auto de infração e subsistente a multa aplicada e, regular a inscrição no CADIN, impondo-se, pois, a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido.

11. Apelação a que se nega provimento.

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 apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação, em sede de ação ordinária, ajuizada com o objetivo de obter provimento jurisdicional para reconhecer a ilegalidade do auto de infração e imposição de multa, lavrado contra a autora, com fundamento em suposta violação da norma contida no artigo 41, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A sentença (fls. 2066/2073) julgou improcedente o pedido, resolvendo o mérito do processo, a teor do contido no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apelou a autora (fls. 2080/2092), alegando, em suma, que não terceirizou a sua atividade-fim, conquanto integra grupo empresarial cujo objeto final é a produção de açúcar e álcool, tendo terceirizado o corte de cana-de-açúcar, constituindo esta atividade-meio. E, ainda que terceirizasse a sua atividade-fim, esta seria plena e eficaz, porque não há norma que a proíba, não havendo falar em ilegalidade, além de não restar comprovada a fraude ou prejuízo ao trabalhador, uma vez provados os registros dos obreiros e o cumprimento dos direitos tra-

balhistas e encargos tributários correspondentes. Na possibilidade de se considerar somente a atividade da empresa, tem-se que a sua atividade-fim é a de cultivar a cana-de-açúcar e o trabalho terceirizado se refere à colheita da cana e não ao seu cultivo, restando demonstrado que a apelante não terceirizou a atividade-fim, pugna pela reforma da sentença.

Prossegue aduzindo que inexistiram prejuízos aos trabalhadores, todos registrados e com salários pagos pela E. L. Transportes Valparaíso Ltda., não existindo a obrigação subsidiária ou solidária da autora, ou o critério temporário da contratação, uma vez que o contrato abrange cessão de mão de obra por prazo determinado concernente à prestação de serviços de colheita de cana-de-açúcar. Ao final, requer seja considerada regular a terceirização praticada, decretando-se a nulidade do auto de infração, relacionando os dispositivos de lei (art. 4º da Lei nº 5.889/73, art. 9º da Lei nº 6.019/74, Enunciado nº 331 do TST e art. 41, *caput*, da CLT), para fins de prequestionamento.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 2.100/2.114) ao recurso interposto.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Senhores Julgadores, registro, inicialmente, que, tratando os autos de matéria relativa ao direito laboral, a teor da norma contida no artigo 114, inciso III, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, a competência para o feito radicar-se-ia na Justiça do Trabalho.

Contudo, resolvendo conflito negativo de competência, suscitado por órgão daquela Justiça Especializada, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim deslindou a questão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MULTA TRABALHISTA. AÇÃO ORDINÁRIA. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. SENTENÇA DE MÉRITO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES DA SEÇÃO E DO STF. 1. A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (art. 114, VII, da CF/88). 2. “A nova orientação alcança os processos em trânsito na Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com tal aproveitamento dos atos praticados até então.” (CC nº 7.204-1/MG, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 09.12.05). 3. Havendo sentença de mérito proferida quando da publicação da EC 45/04, a competência permanece com a Justiça do órgão prolator, não tendo aplicação a nova regra prevista na Emenda. 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitado.

Assim sendo, restou confirmado que remanesce a competência do tribunal respectivo, em casos como o presente, onde a sentença (fls. 2073) fora proferida antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004.

Adentrando ao exame do mérito da causa, anoto que a norma tida como violada dispõe, *in verbis*:

Art. 41. Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho. Parágrafo único. Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, a férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador.

Cuidando, agora, de subsumir os fatos ao direito, verifico que o auto de infração, lavrado em 28.06.2001 (fls. 30), relacionou, em face de constatação, a existência de 286 (duzentos e oitenta e seis) trabalhadores em atividades no corte de cana-de-açúcar sem a comprovação do devido registro, tendo sido alegado pela empresa autuada que se tratavam de empregados da empresa E. L. Transportes, prestadora de serviços terceirizados à empresa Agro Bertolo, ora apelante, fornecendo mão de obra para o corte de cana. A fiscalização constatou ainda que o cultivo e o corte de cana constituíam na ocasião atividade-fim da empresa autuada, concluindo que restou contrariado o disposto na Instrução Normativa nº 03/1997, expedida pelo Ministério do Trabalho.

Instaurado o procedimento administrativo nº 46258.001174/2001-68 (fls. 29), a autuada, ora apelante, ofereceu defesa, acompanhada de documentos (fls. 37/1880), constando cópia nos autos do relatório da autuação (fls. 1881/1882), a qual foi julgada subsistente, com a aplicação de multa no valor de R\$ 57.200,00, nos termos da decisão proferida em 21.08.2002 (fls. 1883), e, notificada (fls. 1884/1887), a autuada interpôs recurso administrativo (fls. 1889/1901), bem como impetrou mandado de segurança preventivo (nº 2002.61.12.007923-7), visando obter ordem para assegurar o processamento do recurso independentemente do pagamento da multa, tendo sido indeferido o pleito liminar e denegada a segurança (fls. 1902/1920). E, prosseguindo-se no âmbito administrativo, a multa foi inscrita em dívida ativa (fls. 1922/1929).

Ora, compete à autoridade administrativa aferir a existência de relação de emprego em casos como os dos autos, com intuito de coibir lesão ao fisco e, principalmente, fraude à legislação trabalhista, impondo-se as sanções cabíveis em face da norma contida no artigo 626 da CLT.

De outra parte, releva registrar que, no caso em tela, não se trata de utilização de mão de obra para fins de prestação de trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/74, nem de serviços de vigilância, regulados nos termos da Lei nº 7.102/1983, sendo certo que a contratação de empresa prestadora de serviços, fora das hipóteses previstas em lei, caracteriza infração ao disposto no descrito artigo 41 da CLT.

Nesse ponto, reporto-me ao Enunciado nº 256, à época vigente, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe o seguinte:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Posteriormente, o mesmo Tribunal Superior editou o Enunciado nº 331, cuja redação atual, dispõe:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

No caso dos autos, como bem demonstrado no relatório de fiscalização (fls. 1881), a empresa Agro Bertolo Ltda., ora apelante, exerce a sua atividade conforme consta de seu contrato social (fls. 21/22), que dispõe o seguinte: “CLÁUSULA SEGUNDA: A sociedade tem por objeto a exploração das atividades agrícolas, principalmente da cultura da cana de açúcar e de cereais, excetuadas as de transformação de seus produtos e subprodutos.” E na alteração contratual, registrada em 29.01.1999, indica a admissão como sócios da empresa autuada das empresas Destilaria Flórida Paulista Floralco Ltda. e Bertolo Agropastoril Ltda. (fls. 25/28)

Em relação à Destilaria Flórida Paulista, consta de seu contrato social (fls. 57):

A sociedade tem por objeto a exploração da agroindústria canavieira, plantação de cana de açúcar em terras próprias, arrendadas ou de parceria, produção de álcool a partir da cana de açúcar, nos termos da autorização pelos órgãos competentes, nas quantidades autorizadas.

De outro lado, a empresa E.L. Transportes Valparaíso Ltda. - ME, que a apelante teria contratado para fornecer-lhe mão de obra mediante cessão, o contrato social dispõe (fls. 68):

O objetivo da sociedade será transportes rodoviários de cargas em geral e de trabalhadores rurais, com prestação de serviços na lavoura de cana de açúcar.

Aliás, a propósito desta empresa são relevantes as apurações registradas no relatório do auto de infração nº 000196126 (fls. 1882):

(...) Primeiramente há que se frisar que a empresa E.L. Transportes Valparaíso foi registrada no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria da Receita Federal, tendo como atividade principal “TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE CARGAS EM GERAL”, conforme cópia do respectivo cartão de inscrição juntada pela autuada, onde consta o código nacional de atividade econômica (CNAE) nº 60.26-7 às fls. 38, assim como está claramente destacado em seu contrato social sob fls. 39. Frise-se que a empresa E.L. Transportes não se enquadra jamais como “empresa de trabalho temporário”, conforme alegações do defendente da autuada, vez que não comprova sequer em sua pç. defensiva que a mesma está registrada no Ministério

do Trabalho conforme exige o art. 6º “caput” e alíneas “A a F” da Lei nº 6.019, de 03/01/74, sendo que seu funcionamento está condicionado ao referido registro. (...).

Não bastasse a constatação de que a empresa E.L. Transportes Valparaíso Ltda. - ME não se enquadra como empresa prestadora de trabalho temporário, a terceirização foi considerada irregular pela fiscalização porque a contratação dos trabalhadores se deu para o exercício da atividade principal da apelante, qual seja, o cultivo e o corte da cana-de-açúcar, atividades essenciais que justificam a própria existência da empresa Agro Bertolo Ltda. Presentes, portanto, o vínculo e a sua obrigação quanto ao registro na forma do artigo 41 da CLT, não alterando esse quadro a alegação de que esta integra grupo econômico para a produção de álcool.

De fato, ainda que existente a alegada interdependência entre as empresas Agro Bertolo e Destilaria Flórida Paulista, seja na condição de grupo econômico ou por identidade de sócios, isso não tem o condão de tornar lícita a terceirização levada a cabo e nem implica concluir que o serviço terceirizado consiste em atividade-meio, quando evidente que se trata da prática de atividade-fim da apelante.

De outra parte, também não há falar em nulidade do auto de infração, com imposição de multa, sob a alegação de que não houve prejuízo aos trabalhadores, conquanto a infringência à norma basta para que a autoridade administrativa imponha a penalidade cabível no caso, pois, coube à fiscalização a descaracterização do trabalho temporário. Frise-se, vez mais, que além de a empresa prestadora de serviços apresentar irregularidades, de modo a não enquadrar sequer como fornecedora de trabalho temporário, também restou ilícita a terceirização porque realizada no âmbito da atividade-fim da apelante, pois, evidente que o corte e a colheita da cana-de-açúcar faz parte de sua atividade principal. Por consequência, o vínculo de trabalho se estabelece com a tomadora do serviço, ora apelante, sendo legítima a autuação, conquanto o fisco constatou que os trabalhadores executavam sim tarefas ligadas à atividade-fim da empresa, sem o registro devido no livro próprio.

No sentido do quanto aqui exarado já decidiu esta E. Corte Regional, como atestam os seguintes julgados:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 41 DA CLT. SÚMULA 256 TST - ENUNCIADO 331 TST - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ATIVIDADE-MEIO DA TOMADORA DE SERVIÇOS. AUTUAÇÃO REGULAR. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CORTE DA CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE-FIM. NÃO ILIDIDA A PRESUNÇÃO DE QUE GOZA A CDA. 1. A preliminar de ausência de garantia integral do Juízo não merece acolhida, uma vez o entendimento jurisprudencial é firme no sentido de que os embargos do devedor podem ser processados ainda que sem a plena garantia do Juízo, sendo ilegal a extinção, de tal modo que, ainda que não havido o reforço, não existe nisto nulidade, mas irregularidade sanável. Nesse sentido: AGRESP nº 1.159.837, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE de 16/04/2010. 2. O embargante foi autuado (auto de infração nº 71230391, fls. 33) por manter trabalhadores sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente, infringindo o art. 41, caput da CLT, bem como a Cláusula 10 da Convenção Coletiva do Setor Canavieiro e o Enunciado 256 do TST. 3. Afirmou o embargante que a multa em questão não merece subsistir, uma vez que não possui vínculo empregatício com as pessoas elencadas no mencionado auto de infração, tendo contratado empresas especializadas na prestação de serviços agrícolas que forneceram a mão-de-obra canavieira. 4. O Juízo “a quo” julgou procedentes os embargos à execução, por entender estar provada a terceirização na contratação de empregados. Segundo o ilustre magistrado, a embargada também não teria comprovado que os obreiros rurícolas, em decorrência dessa terceirização, sofreram diminuição de seus

direitos trabalhistas. 5. *É certo que a jurisprudência admite a contratação, sem vínculo empregatício, de trabalhadores rurais por empresas de locação de mão-de-obra temporária, desde que para o desempenho de atividade-meio da tomadora.* Nesse sentido, inclusive, o disposto na Lei nº 6.019/74, na Lei nº 7.102/83, na Súmula 256 do TST (cancelada), que, à época da autuação, ainda vigorava e no Enunciado nº 331 do TST. 6. No caso em tela, de acordo com o contrato social acostado às fls. 122, o objeto da sociedade embargante/apelada é “a prestação de serviços à agricultura e pecuária em geral, tais como assistência técnica, colheita, transporte (...)”. Na inicial destes embargos, a apelada informou que tem como atividade principal a exploração agrícola e agropecuária. Nesse sentido, asseverou que “na agricultura além da exploração da soja, milho e laranja, dedica-se ao plantio da cana-de-açúcar.” (fl. 03). Esclareceu que na época do corte da cana-de-açúcar, por haver grande demanda de mão-de-obra no setor, se vê obrigada a contratar empresas especializadas na prestação de serviços agrícolas e no fornecimento de mão-de-obra canavieira; e que durante a safra de 91, foi visitada por agentes fiscais do trabalho que a autuaram por estar utilizando trabalhadores sem o respectivo registro. Alega que os trabalhadores não eram seus empregados, mas empregados da empreiteira Miramendes Empreiteira S/C Ltda (fl. 04). 7. *Dos elementos coligidos aos autos, verifico ter ocorrido terceirização de atividade-fim, e não simples transferência de atividades secundárias, como faz crer a apelada, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.* Precedentes: APELREEX 00761525619944039999, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/11/2011 ..FONTE_REPUBLICACAO; AC 200361120038306, JUIZ LEONEL FERREIRA, TRF3 - JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA D, 29/11/2010; APELREEX 03041677919924036100, DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/02/2011 PÁGINA: 220 ..FONTE_REPUBLICACAO. 8. A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessária, para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável. 9. Cabia ao embargante/apelado o ônus da prova da desconstituição da dívida ativa por ocasião da interposição dos embargos e por isso a insurgência contra a autuação fiscal, lançada de forma genérica, não se mostra suficiente para ilidir a presunção legal que goza o título em execução. 10. Invertido o resultado do julgamento, fica excluída a verba honorária a que foi condenada a embargada. Contudo, entendendo ser descabida a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios, em virtude da incidência do encargo previsto no Decreto-lei nº 1.025/69. 11. Apelação e remessa oficial providas. (APELREEX 253931, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, e-DJF3 Judicial 1 22.02.2013)

TRIBUTÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. ATIVIDADE-FIM. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331 DO TST. AUTUAÇÃO FISCAL E MULTA MANTIDAS. LEGALIDADE. INSCRIÇÃO CADIN. REGULARIDADE. 1. Na forma do enunciado 331 do TST, é legítima a contratação de trabalhadores rurais por empresa de locação de mão-de-obra temporária, desde que para o desempenho de atividade-meio da tomadora, ex vi: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.” 2. *Colheita de cana-de-açúcar não pode ser considerada atividade-meio, pois faz parte de seu objeto social, conforme cláusula segunda do Contrato Social* de fls. 21/24: “A sociedade tem por objeto a exploração das atividades agrícolas, principalmente da cultura de cana de açúcar e cereais, excetuadas as de transformação de seus produtos e subprodutos.” 3. *Regular descaracterização do trabalho temporário, para efeito do vínculo empregatício com a empresa tomadora e a conseqüente autuação frente às normas trabalhistas, principalmente quanto ao art. 41 da CLT.* 4. Regular a inscrição no CADIN. 5. Apelação improvida. (Judiciário em dia, AC 1032509, Relator Leonel Ferreira, e-DJF3 Judicial 1 29.11.2010, p. 603)

Portanto, presente o vínculo empregatício com a autora, constatou-se a ausência de registro a ensejar a aplicação da multa, sendo certo que no caso dos autos não logrou comprovar documentalmente as suas alegações a fim de afastar a presunção de legitimidade que goza o ato administrativo.

Aliás, a autuação fiscal constituiu-se em ato administrativo e este goza da presunção de legalidade e veracidade que somente pode ser afastada mediante prova robusta a cargo do administrado, e, no caso, não logrou este provar as suas alegações.

No âmbito da doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 8ª ed., 1996, p. 240) preleciona que a presunção de legitimidade “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existem até serem questionados em juízo. Esta característica é comum aos atos administrativos em geral.”

Com efeito, exatamente a presunção *juris tantum* de legitimidade que a apelante não logrou afastar em juízo, pois esta somente cede em face de prova documental demonstrando a ilegitimidade do ato administrativo praticado e, como dito, nenhuma prova foi produzida nos autos capaz de desmerecer a autuação.

Nesse sentido, também indica o norte da jurisprudência dos tribunais, como se verifica nos seguintes excertos de julgados:

(...). 5. O ato administrativo goza da presunção de legalidade, que pode ser afastada pelo interessado, mediante prova. 7. Não demonstrado o erro da Administração, nega-se a pretensão de anulação do ato administrativo. 8. Segurança denegada. (STJ, MS nº 8.843/DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJ, 09.04.2007, p. 218)

(...). Assim como as leis gozam da presunção de constitucionalidade, os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade. Esse sistema de presunções constitui o princípio básico à segurança jurídica de todo o ordenamento jurídico, que afasta a verossimilhança da alegação, indispensável, como visto, ao provimento em sede de cognição sumária. (TRF - 1ª Região, AGTAC nº 200501000500121/DF, rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, DJ, 07.04.2006, p. 107)

I - A administração pública, no exercício do poder-dever de fiscalização, mediante seus órgãos competentes, impõe conduta ao administrado que, violada, resulta em autuação fiscal por descumprimento da legislação; II - O ato administrativo é dotado de presunção de legalidade e veracidade, só elididas por prova em contrário, inexistente neste caso. III - Regular o ato da SUNAB. IV - Apelação improvida. Decisão unânime. (TRF - 2ª Região, AC nº 2000.02.01.01664/RJ, rel. Juiz Ney Fonseca, DJ, 05.06.2001)

Em suma, não logrou a apelante demonstrar as suas alegações, bem como a improcedência da autuação, revelando-se esta regularmente aplicada, com supedâneo em processo administrativo regular, restando mantido o auto de infração nº 000196126 (fls. 30) e subsistente a multa aplicada (fls. 1.883), e, devida a inscrição no CADIN, impondo-se, pois, a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, para manter íntegra a sentença recorrida. É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

Direito Tributário



RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

0004384-22.2002.4.03.6109

(2002.61.09.004384-2)

Recorrente: RICARDO MIRO BELLES

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E RICARDO MIRO BELLES

Apelados: MARCO ANTONIO OMETTO E OUTROS

Extinta a Punibilidade: GERALDO PEREIRA LEITE BARREIROS (falecido)

Réu Absolvido: FERNANDO MANOEL OMETTO MORENO

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES – VICE-PRE-SIDENTE

Classe do Processo: ACr 44280

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2014

DECISÃO

Vistos.

Recurso especial interposto por Ricardo Miro Belles (fls. 1034/1040), com fulcro no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, contra acórdão que, de ofício, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva estatal relativamente às competências de fevereiro de 2000 a dezembro de 2001, e, no mais, negou provimento à sua apelação.

Alega o recorrente, em síntese, contrariedade ao artigo 34 da Lei nº 9.249/95, uma vez que ainda vigente quando aderiu ao programa REFIS, a implicar a extinção da punibilidade no presente caso, bem como afronta ao artigo 1º do Código Penal ao se aplicar retroativamente o artigo 15 da Lei nº 9.964/2000, lei posterior mais gravosa.

Contrarrrazões ministeriais, às fls. 1069/1076, nas quais se pleiteia o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na sua modalidade retroativa, e, no mérito, seja negado provimento ao recurso.

Decido.

Pressupostos genéricos recursais presentes.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ADESÃO AO PROGRAMA REFIS. INTERROGATÓRIOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS CORRÉUS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO. PRESCRIÇÃO PARCIAL. RÉU COM MAIS DE 70 (SETENTA) ANOS POR OCASIÃO DA SENTENÇA. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS EM RELAÇÃO A DOIS DOS CORRÉUS. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Não é inepta a denúncia que, atribuindo a administradores da empresa a conduta de deixar de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados em determinado período, imputa-lhes infração ao artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal. A descrição de fato típico suficientemente individualizado e bastante ao exercício da defesa garante a aptidão da denúncia.

2. A falta de intimação a respeito das datas dos interrogatórios dos corréus só redundaria em nulidade quando evidenciado algum prejuízo. Se nada do que disseram os acusados em seus interrogatórios serve para a condenação dos corréus, é imperiosa a rejeição da preliminar.
3. A adesão ao programa REFIS, sem o pagamento integral do débito, não produz a extinção da punibilidade, mas apenas a suspensão da pretensão punitiva estatal e do curso do prazo prescricional.
4. Se um dos corréus contava, ao tempo da sentença, com mais de 70 (setenta) anos de idade, o prazo prescricional deve, em relação a ele, ser reduzido pela metade (Código Penal, artigo 115). Prescrição parcial que se reconhece *ex officio*.
5. Em tema de crime de apropriação indébita previdenciária, comprovados a materialidade, a autoria de dois dos corréus e o respectivo dolo, devem eles ser condenados, mantendo-se a absolvição do terceiro acusado, o qual, nos termos do estatuto social da empresa, não detinha sequer poderes suficientes para deliberar sobre o não recolhimento das contribuições.
6. Cuidando-se de apropriação indébita previdenciária, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, traduzida pela impossibilidade absoluta de efetuarem-se os recolhimentos, deve vir evidenciada por meio de documentos, não bastando a prova testemunhal.
7. Tratando-se de apropriação indébita de contribuições previdenciárias que, num único mês, alcançou cifra entre 80 e 90 salários mínimos, é imperiosa a exasperação da pena-base, porquanto gravosas as consequências do delito.
8. Prescrição parcial reconhecida *ex officio*. Recurso defensivo desprovido. Recurso ministerial provido em parte.

Inicialmente, cumpre salientar que o presente recurso cinge-se ao processo sob nº 2004.61.09.001362-7, referente aos fatos típicos ocorridos no período de janeiro de 1999 a janeiro de 2000 (fls. 02/04 do apenso), cujo recebimento da denúncia ocorreu em 23.07.2007 (fl. 359 dos autos em apenso), ao passo que a publicação da sentença condenatória - que procedeu ao julgamento conjunto dos autos sob nº 2002.61.09.004384-2 e nº 2004.61.09.001362-7 - ocorreu em 02.07.2010 (fl. 921 dos autos principais).

O acórdão recorrido deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, devendo ser considerada para efeito de prescrição a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, descontando-se o acréscimo advindo da continuidade delitiva por força da Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal.

Pela regra do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, o prazo prescricional, *in casu*, é de 08 (oito) anos. Contudo, como o acusado possuía mais de 70 anos na data da sentença, porquanto nascido em 13.10.1938 (fl. 1086), o interregno deve ser reduzido pela metade, a teor do artigo 115 do Código Penal, o que resulta em 04 (quatro) anos.

Assim sendo, contado do recebimento da denúncia (23.07.2007), causa interruptiva da prescrição, *ex vi* do artigo 117, inciso I do Código Penal, observa-se que não fluíu o prazo prescricional até a data da publicação da sentença condenatória (02.07.2010). Outrossim, a contar de referida publicação, também causa interruptiva da prescrição consoante inciso IV do mesmo artigo, não se perfez o lapso prescricional até a presente data.

Ademais, nas razões recursais o recorrente alega ter havido negativa de vigência ao artigo 34 da Lei nº 9.249/1995, *verbis*:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

No que tange à questão ora debatida, asseverou-se no voto recorrido:

Deveras, se, apesar de ocorrida antes do recebimento da denúncia, a adesão ao Programa REFIS deu-se quando já não vigorava a Lei nº 9.249/1995, não há falar em extinção da punibilidade. É que, como dito, a Lei nº 9.964/2000, que instituiu o programa REFIS, veio a estabelecer que a adesão ao parcelamento produz apenas a suspensão da pretensão punitiva estatal e do curso do prazo prescricional, exigindo, para a extinção da punibilidade, o pagamento integral do débito.

Ora, ainda que alguns dos fatos supostamente delituosos sejam anteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.964/2000, o que importa é a data da adesão ao programa de parcelamento. O fato juridicamente relevante, para o deslinde da questão, não é o crime, mas a adesão ao programa de parcelamento. É dela que pode resultar uma coisa ou outra.

Assim, ocorrido o fato jurídico (a adesão ao programa de parcelamento tributário) na vigência de lei que previa, como consequência, a suspensão da pretensão punitiva estatal e não a extinção da punibilidade, é de rigor a rejeição da questão prévia suscitada pela defesa.

Ainda que assim não fosse, saliente-se que somente uma parte das contribuições é anterior à Lei nº 9.964/2000, havendo outra concernente a período posterior, ou seja, não há como vingar a tese defensiva.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, a partir da vigência da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000 (D.O.U. 11.04.2000), é causa de suspensão da punibilidade e não de sua extinção.

Todavia, o recorrente alega ter promovido em 20.03.2000 o pagamento das contribuições objeto da ação penal por meio de adesão ao REFIS, nos termos da Medida Provisória nº 2004-6, de 10 de março de 2000, razão pela qual deveria ser declarada extinta a punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95. De fato, verifica-se do documento da fl. 314 a “opção pelo parcelamento nos termos do art. 2º da Medida Provisória nº 2004-4, de 13 de janeiro de 2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, regulamentado pelo Decreto nº 3.342, de 25 de janeiro de 2000”.

Assim sendo, vislumbro plausibilidade na alegação de negativa de vigência ao artigo 34 da Lei nº 9.249/95, tendo em vista que a adesão ao REFIS ocorreu antes da vigência da Lei nº 9.964/2000. Ressalte-se, oportunamente, que medida provisória não pode dispor acerca de matéria penal, por expressa vedação constitucional (art. 62, § 1º, inciso I, alínea “b”), bem assim em razão do princípio da legalidade, que impõe a disciplina de tal matéria por meio de lei em sentido estrito. Nesse sentido, colaciono o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.964/2000. VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 200.4-6, DE 10/03/2000. DISPOSIÇÃO SOBRE MATÉRIA PENAL. VEDAÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DESNECESSIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I. Na hipótese dos autos as notificações fiscais de lançamento de débito relacionadas à empresa Peval Mineração S/A compõem parcelamento incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS em 22/03/2000, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 9.964/2000. Vigorava a Medida Provisória nº 2.004-6, de 10/03/2000.

II. A Medida Provisória não é o instrumento normativo apropriado para dispor sobre Direito

Penal, em razão do princípio da legalidade, que impõe seja a matéria disciplinada pela Lei em seu sentido estrito.

III. Não estando em vigor o art. 15 da Lei 9.964/2000, acerca dos efeitos penais da adesão ao programa REFIS vigorava o regime anterior que permitia a extinção da punibilidade, por força do art. 34 da Lei nº 9.249/95 e art. 61 do Código de Processo Penal.

IV. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95 - em vigor ao tempo da adesão da empresa ao referido programa fiscal, ocorrendo o parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade do agente, ainda que não efetuado o pagamento integral do débito.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 202.685/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ADESÃO AO REFIS ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA AINDA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.249/95. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O parcelamento do débito fiscal deferido antes do recebimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade dos agentes para os crimes contra a ordem tributária, a teor do art. 34 da Lei nº 9.249/95, ainda que não se tenha efetuado o pagamento integral. Precedentes.

2. Hipótese em que a empresa administrada pelo Réu optou pelo REFIS em 24/03/2000, ou seja, antes da publicação da Lei nº 9.964 de 18/04/2000.

3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 1213068/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 28/02/2013)

Dessarte, no presente juízo de admissibilidade, tem-se que o acórdão recorrido não se coaduna com a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça no tocante aos efeitos da adesão ao programa REFIS antes do advento da Lei nº 9.964, publicada no Diário Oficial da União em 11 de abril de 2000, conforme acima exposto.

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
0007472-78.2005.4.03.6104
(2005.61.04.007472-8)

Apelante: TOME ENGENHARIA E TRANSPORTES LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AMS 288023
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2014

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO DE GUINDASTES POR EMPRESA HABILITADA NO PROGRAMA REPORTO. EQUIPAMENTOS NÃO LIBERADOS PELA ALFÂNDEGA, POR SE DESTINAREM À LOCAÇÃO A TERMINAIS ALFANDEGADOS. FUNDAMENTO DA SENTENÇA DENEGATÓRIA QUE NÃO PODE PREVALECER: EXISTÊNCIA DE DECRETO REGULAMENTADOR DO § 7º DO ART. 14 DA LEI Nº 11.033/2004. INEXIGÊNCIA DE QUE OS BENS ADQUIRIDOS COM AMPARO NO REGIME ESPECIAL DE IMPORTAÇÃO SEJAM UTILIZADOS EXCLUSIVAMENTE PELO BENEFICIÁRIO, PROIBIDA A POSTERIOR LOCAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Lei nº 11.033/2004, resultado da conversão da Medida Provisória nº 206/2004, instituiu o *Regime Para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO*, estabelecendo, em seu art. 14, o benefício fiscal da *suspensão* do recolhimento do IPI, do PIS e da COFINS na *venda no mercado interno* de máquinas, equipamentos e peças de reposição destinados ao ativo fixo do beneficiário e para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, bem como na *importação* - caso em que também haverá a suspensão do recolhimento do Imposto de Importação se inexistente similar nacional - pelo prazo de cinco anos.

2. O fundamento utilizado na sentença para a denegação da segurança não pode prevalecer porque o Decreto nº 5.281, de 23 de novembro de 2004, já havia estabelecido o rol de máquinas, equipamentos e bens aos quais seria aplicável o REPORTO. Embora referido decreto tenha sido editado ainda quando em vigor a Medida Provisória nº 206/2004, regulamentando o seu art. 13, o fato é que, quando de sua conversão em lei, a matéria já estava regulamentada, dispensando a edição de novo decreto pelo Chefe do Poder Executivo.

3. Calha assentar, ainda, que o Decreto nº 5.281/2004 elencou os “guindastes, incluídos os de cabo” no rol das mercadorias passíveis de venda e importação pelo REPORTO.

4. A impetrante apresentou certificado de registro de operador portuário e cópia do Ato Declaratório Executivo nº 12, de 23 de fevereiro de 2005, que a habilitou a operar o regime tributário para incentivo à modernização e à ampliação da estrutura portuária (REPORTO) exclusivamente no Porto de Santos. Apresentou, também, *atestado de inexistência de produção nacional*.

5. Ocorre que, ao prestar suas informações, a autoridade impetrada deu conta de que a Declaração de Importação nº 05/0645518-6 foi parametrizada no canal amarelo da

conferência aduaneira e que durante o exame documental foi solicitado ao importador informar o futuro local de utilização dos equipamentos importados, tendo obtido a resposta de que seriam *alugados* para terminais alfandegados, sendo: 01 equipamento destinado ao IPA MARINEX em Santos; 01 equipamento ao terminal LIBRA, em Santos; e 02 equipamentos destinados ao terminal Santos/Brasil/TECON, também em Santos.

6. A lei que concede benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional. Digo isso porque não existe na lei de regência do REPORTE qualquer exigência de que os bens adquiridos com amparo neste regime especial de tributação sejam utilizados exclusivamente pelo beneficiário. Também não existe nenhuma disposição nesta lei que impeça a locação dos equipamentos adquiridos com suspensão da tributação. O que a lei impõe é que os bens *componham o ativo fixo do beneficiário e sejam utilizados exclusivamente em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias*.

7. Destaca-se que o § 5º do art. 14 exige a autorização da Secretaria da Receita Federal e o recolhimento dos tributos suspensos apenas na hipótese de transferência, a qualquer título, *da propriedade* dos bens adquiridos no mercado interno ou importados mediante aplicação do REPORTE. Em outros termos, não existe previsão de recolhimento dos tributos no caso de transferência da posse a terceiros, por meio de contrato de locação dos equipamentos importados.

8. No caso em tela, a impetrante firmou termo de responsabilidade pelo cumprimento integral das obrigações estabelecidas nos arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 11.033/04 e na Instrução Normativa nº 477/2004, dentre as quais está a destinação dos bens importados ao seu ativo imobilizado e a utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias.

9. O fato de ter declarado à autoridade impetrada que os bens seriam locados a terminais alfandegados não lhe retira o direito de importar os bens sob o *Regime Para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTE*.

10. Apelação provida para conceder a segurança a fim de que a locação dos bens aos terminais alfandegados não constitua empecilho à concessão do benefício fiscal previsto na Lei nº 11.033/2004.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de abril de 2014.

Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado em 27.07.2005 por TOMÉ ENGENHARIA E TRANSPORTES LTDA. em face de ato coator do ILMO. SR. INSPETOR DA ALFÂNDEGA

DE SANTOS objetivando o desembaraço aduaneiro dos equipamentos objetos da Declaração de Importação nº 05/0645518-6 com a aplicação dos benefícios do REPORTO - Lei nº 11.033/04.

Narra que é empresa que atua no ramo de transporte de máquinas e equipamentos específicos, como empilhadeiras e guindastes de grande porte e que, dentre suas principais atividades estão a locação e a prestação de serviços junto aos principais portos brasileiros.

Notícia que importou da França quatro guindastes, que tiveram a liberação obstada com a exigência do integral pagamento dos impostos, em que pese preencher todos os requisitos da Lei nº 11.033/04, tendo assegurado o direito aos benefícios do REPORTO pelo Ato Declaratório nº 12, de 23.05.2003.

Informações às fls. 98/107.

Liminar indeferida (fls. 113/116).

Em face desta decisão, a impetrante interpôs agravo de instrumento, ao qual o Exmo. Desembargador Federal LAZARANO NETO indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 154/155).

Em 08.03.2006 o MM. Magistrado *a quo* proferiu sentença *denegando a segurança* por entender que o benefício fiscal previsto no art. 14 da Lei nº 11.033/2004 exige regulamentação a ser editada pelo Poder Executivo (fls. 157/160).

Irresignada, a impetrante apelou sustentando que após a edição da Lei nº 11.033/2004 não há que se falar em necessidade de regulamentação, até porque a própria Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 477/2004. Defende que preenche todos os requisitos exigidos na referida instrução normativa e que está habilitada a operar o regime tributário para incentivo à modernização e ampliação da estrutura portuária (REPORTO), como faz prova o Ato Declaratório nº 12, de 23.05.2005.

Contrarrrazões às fls. 186/188.

Parecer da Procuradoria Regional da República pela reforma da sentença e concessão da ordem (fls. 193/195).

Em 27.05.2009, a apelante apresentou petição acompanhada de documentos, sobre os quais foi dada oportunidade de manifestação à Fazenda Nacional.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

A controvérsia posta em desate consiste em verificar se a impetrante tem direito a realizar o desembaraço aduaneiro de quatro guindastes próprios para elevação, transporte e armazenagem de containeres, objetos da Declaração de Importação nº 05/0645518-6, com os benefícios do REPORTO.

A Lei nº 11.033/2004, resultado da conversão da Medida Provisória nº 206/2004, instituiu o *Regime Para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO*, estabelecendo, em seu art. 14, o benefício fiscal da *suspensão* do recolhimento do IPI, do PIS e da COFINS na *venda no mercado interno* de máquinas, equipamentos e peças de reposição destinados ao ativo fixo do beneficiário e para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, bem como na *impor-*

tação - caso em que também haverá a suspensão do recolhimento do Imposto de Importação se inexistente similar nacional - pelo prazo de cinco anos.

Calha transcrever o dispositivo citado:

Art. 14. As vendas de máquinas, equipamentos e outros bens, no mercado interno, ou a sua importação, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do REPORTE e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/PASEP, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e, quando for o caso, do Imposto de Importação.

§ 1º A suspensão do Imposto de Importação e do IPI converte-se em isenção após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

§ 2º A suspensão da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS converte-se em operação, inclusive de importação, sujeita a alíquota 0 (zero) após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do respectivo fato gerador.

§ 3º A aplicação dos benefícios fiscais, relativos ao IPI e ao Imposto de Importação, fica condicionada à comprovação, pelo beneficiário, da quitação de tributos e contribuições federais e, no caso do IPI vinculado à importação e do Imposto de Importação, à formalização de termo de responsabilidade em relação ao crédito tributário suspenso.

§ 4º A suspensão do Imposto de Importação somente será aplicada a máquinas, equipamentos e outros bens que não possuam similar nacional.

§ 5º A transferência, a qualquer título, de propriedade dos bens adquiridos no mercado interno ou importados mediante aplicação do REPORTE, dentro do prazo fixado nos §§ 1º e 2º deste artigo, deverá ser precedida de autorização da Secretaria da Receita Federal e do recolhimento dos tributos suspensos, acrescidos de juros e de multa de mora estabelecidos na legislação aplicável.

§ 6º A transferência a que se refere o § 5º deste artigo, previamente autorizada pela Secretaria da Receita Federal, a adquirente também enquadrado no REPORTE será efetivada com dispensa da cobrança dos tributos suspensos desde que, cumulativamente:

I - o adquirente formalize novo termo de responsabilidade a que se refere o § 3º deste artigo;
II - assuma perante a Secretaria da Receita Federal a responsabilidade pelos tributos e contribuições suspensos, desde o momento de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 7º O Poder Executivo relacionará as máquinas, equipamentos e bens objetos da suspensão referida no *caput* deste artigo.

Por seu turno, o art. 15 da Lei nº 11.033/2004 tratou dos beneficiários do regime nos seguintes termos:

Art. 15. São beneficiários do REPORTE o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto.

Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal estabelecerá os requisitos e os procedimentos para habilitação dos beneficiários ao REPORTE.

Pois bem, o que se verifica é que o § 7º do art. 14 da Lei nº 11.033/2004 concedeu poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo para relacionar as máquinas, equipamentos e bens objeto da suspensão, veiculando norma de eficácia limitada.

Com esboço neste fato, o MM. Juiz *a quo* denegou a segurança.

Sucedee que o fundamento utilizado na sentença para a denegação da segurança não pode prevalecer porque o Decreto nº 5.281, de 23 de novembro de 2004, já havia estabelecido o rol de máquinas, equipamentos e bens aos quais seria aplicável o REPORTO.

Destaco que, embora referido decreto tenha sido editado ainda quando em vigor a Medida Provisória nº 206/2004, regulamentando o seu art. 13, o fato é que, quando de sua conversão em lei, a matéria já estava regulamentada, dispensando a edição de novo decreto pelo Chefe do Poder Executivo.

E assento, ainda, que o Decreto nº 5.281/2004 elencou os “guindastes, incluídos os de cabo” no rol das mercadorias passíveis de venda e importação pelo REPORTO.

Calha verificar, então, se a apelante preenche os requisitos previstos em lei para gozar do benefício fiscal.

A impetrante apresentou certificado de registro de operador portuário e cópia do Ato Declaratório Executivo nº 12, de 23 de fevereiro de 2005, que a habilitou a operar o regime tributário para incentivo à modernização e à ampliação da estrutura portuária (REPORTO) exclusivamente no Porto de Santos. Apresentou, também, *atestado de inexistência de produção nacional*.

Ocorre que, ao prestar suas informações, a autoridade impetrada deu conta de que a Declaração de Importação nº 05/0645518-6 foi parametrizada no canal amarelo da conferência aduaneira e que durante o exame documental foi solicitado ao importador informar o futuro local de utilização dos equipamentos importados, tendo obtido a resposta de que seriam *alugados* para terminais alfandegados, sendo: 01 equipamento destinado ao IPA MARINEX em Santos; 01 equipamento ao terminal LIBRA, em Santos; e 02 equipamentos destinados ao terminal Santos/Brasil/TECON, também em Santos (fls. 109/112).

Nos termos do art. 14, *caput*, da Lei nº 11.033/2004, o REPORTO é um é um benefício fiscal subjetivo, isto é, concedido em caráter individual, com espeque na qualidade do beneficiário.

Trata-se, ainda, de benefício fiscal *condicionado*, eis que concedido, por decisão da autoridade competente, mediante o cumprimento de determinadas condições, qual sejam, que os bens adquiridos sejam destinados ao ativo imobilizado do beneficiário e utilizados exclusivamente em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias.

Ora, a lei que concede benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional. Digo isso porque não existe na lei de regência do REPORTO qualquer exigência de que os bens adquiridos com amparo neste regime especial de tributação sejam utilizados exclusivamente pelo beneficiário. Também não existe nenhuma disposição nesta lei que impeça a locação dos equipamentos adquiridos com suspensão da tributação. O que a lei impõe é que os bens *componham o ativo fixo do beneficiário* e sejam *utilizados exclusivamente em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias*.

Aliás, convém destacar que o § 5º do art. 14 exige a autorização da Secretaria da Receita Federal e o recolhimento dos tributos suspensos apenas na hipótese de transferência, a qualquer título, *da propriedade* dos bens adquiridos no mercado interno ou importados mediante aplicação do REPORTO. Em outros termos, não existe previsão de recolhimento dos tributos no caso de transferência da posse a terceiros.

No caso em tela, a impetrante firmou termo de responsabilidade pelo cumprimento integral das obrigações estabelecidas nos arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 11.033/04 e na Instrução Normativa nº 477/2004, dentre as quais está a destinação dos bens importados ao seu ativo

imobilizado e a utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias.

O fato de ter declarado à autoridade impetrada que os bens seriam locados a terminais alfandegados não lhe retira o direito de importar os bens sob o *Regime Para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO*.

Apenas para corroborar tudo o que já foi exposto, destaco o acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, em processo (nº 11128.000239/2006-93) que contempla discussão análoga à vertente, referente a outra importação realizada pela impetrante, *in verbis*:

A Lei 11.033, de 21/12/2004, dispôs em seu § 5º do art. 14, sobre a transferência, a qualquer título de propriedade. Locação não é forma de aquisição de propriedade, como fez entender a fiscalização.

Lançamento Improcedente.

Pelo exposto, *dou provimento à apelação* para conceder a segurança a fim de que a locação dos bens aos terminais alfandegados não constitua empecilho à concessão do benefício fiscal previsto na Lei nº 11.033/2004.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0900602-04.2005.4.03.6100

(2005.61.00.900602-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: MARCO ANTONIO ESPERANCA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: ApelReex 1457818

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (AIDS) E HEPATITE C (HEPATOPATIA GRAVE) - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – ISENÇÃO.

1. Preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da ação, rejeitada.
2. O ajuizamento da presente ação ocorreu em 28/3/2005, ou seja foi anterior a 9 de junho de 2005, data em que passou a surtir efeitos a Lei Complementar nº 118/2005, portanto adiro ao entendimento firmado pelo C. STF que, no âmbito do RE nº 566.621, em regime de repercussão geral, decidiu que as ações propostas antes de tal data ficam sujeitas ao prazo prescricional de 5 anos, contado este da homologação expressa ou tácita, considerando esta última ocorrida após 5 anos do fato gerador, o que implica no prazo de prescrição de 10 anos.
3. O inciso XIV da Lei 7.713/88 concede isenção do Imposto de Renda relativamente aos proventos de aposentadoria ou reforma portadores de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e hepatite C (hepatopatia grave).
4. O apelado que é aposentado procura afastar a exação do Imposto de Renda sobre os rendimentos de complementação de aposentadoria da Fundação CESP, sendo que segundo entendimento majoritário da jurisprudência desta Corte, os proventos advindos de complementação de aposentadoria são alcançados pela isenção do Imposto de Renda prevista no inciso artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 devido ao princípio da isonomia.
5. Recurso adesivo provido, apelação e remessa oficial não 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 ao recurso adesivo e negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2014

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada, em 14/2/2005, para eximir o autor da exação do Imposto sobre a Renda retido na fonte sobre os rendimentos de complementação de aposentadoria, pago pela Fundação CESP, em virtude de ser portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e hepatite C (hepatopatia grave), comprova tal alegação juntando declarações, relatórios e exames médicos (fls. 11/69). Requer, ainda, a condenação da ré a restituição do Imposto de Renda dos exercícios de 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e até o último desconto do exercício de 2005, devidamente corrigida pela taxa SELIC mais juros de mora. Por outro lado, requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Por fim, pede a condenação da ré nas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor das causas atualizado. Atribuído à causa o valor de R\$ 25.185,64 (vinte e cinco mil, cento e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

A tutela antecipada foi parcialmente deferida, sendo concedidos os benefícios da justiça gratuita (fls. 140/143), inconformada com tal decisão que concedeu a tutela antecipada a União interpôs agravo de instrumento (fls. 154/163), ao qual foi deferida a suspensividade postulada (fls. 177/180).

A União foi regularmente citada (fl. 149), tendo apresentado contestação (fls. 164/170).

Posteriormente, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido, “para o fim de reconhecer a isenção do Imposto de Renda Retido na Fonte - Pessoa Física incidente sobre a aposentadoria privada complementar do autor, em razão de ser portador de moléstia grave (HIV e Hepatite C), prevista no art. 6º, XIV da Lei nº 7.713/88, bem como, para condenar a ré a restituir ao autor o IRRF-PF, incidente sobre os proventos citados, respeitada a prescrição quinquenal a partir da propositura da ação, sendo que os valores a serem restituídos ao autor deverão ser corrigidos em consonância com a Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, incidindo-se juros de mora a partir do Trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo os juros de 1% ao mês sobre os valores reconhecidos em sentença cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1.01.1996, e, a partir de então, incidindo-se apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido.” Por fim, frente a sucumbência recíproca, condenou as partes proporcionalmente e de forma rateada ao pagamento das custas e das despesas processuais, sendo que cada parte deverá arcar com os honorários de seus respectivos patronos, os quais foram fixados em 10% sobre o valor a ser restituído, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil (fls. 198/208).

Apela a União, pugnando pela reforma da sentença, arguindo preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da ação, pois a inicial não foi instruída com laudo oficial, bem como não foi apresentado prova do recolhimento do tributo que foi requerida a devolução. Por outro lado, sustenta a ocorrência da preliminar de mérito, consistente na ocorrência da prescrição quinquenal. No mérito, propriamente dito, alega a legalidade da não concessão do benefício, pois na concessão da isenção a interpretação da legislação deve ser literal, o que não ocorreu na presente ação. Por fim, entende que a isenção deve ser reconhecida depois de comprovada e declarada, através de laudo, a moléstia grave constante da Lei (fls. 220/234).

O apelado apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento do apelo (fls. 242/253)

Posteriormente, o contribuinte apresentou Recurso Adesivo, para ser repetido o indébito

nos últimos dez anos (fls. 254/260).

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de ação concernente a isenção tributária do imposto de renda aos rendimentos de complementação de aposentadoria auferidos por contribuinte, portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e hepatite C (hepatopatia grave), sendo que o artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 concede tal benefício.

Inicialmente, analiso a alegação do contribuinte, constante do recurso adesivo, de que na repetição do indébito deve se observar a prescrição decenal, ocorre que o ajuizamento da presente ação ocorreu em 28/3/2005, ou seja foi anterior a 9 de junho de 2005, data em que passou a surtir efeitos a Lei Complementar nº 118/2005, portanto adiro ao entendimento firmado pelo C. STF que, no âmbito do RE nº 566.621, em regime de repercussão geral, decidiu que as ações propostas antes de tal data ficam sujeitas ao prazo prescricional de 5 anos, contado este da homologação expressa ou tácita, considerando esta última ocorrida após 5 anos do fato gerador, o que implica no prazo de prescrição de 10 anos. Desta feita, acolho a alegação de que o prazo prescricional da restituição deverá ser prazo decenal.

Nesse passo analiso a preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da ação.

Ocorre que, as declarações e relatórios médicos (fls. 11/13) e os exames-médicos (fls. 14/62), comprovam ser o apelado portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e hepatite C (hepatopatia grave), que são moléstias graves. Ocorre que, a jurisprudência entende de forma pacífica que no julgamento das causas idênticas à presente, que a comprovação da doença grave por laudo oficial não é indispensável, pois o magistrado é livre na apreciação das provas, tal entendimento foi sintetizado no julgado abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE. ISENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inicialmente, não houve contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, inexistindo omissões sobre as quais se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. O órgão julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, o que se verifica no acórdão recorrido.

2. Por outro lado, consoante já proclamou a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 673.741/PB (Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 9.5.2005, p. 357), “a norma contida no art. 30 da Lei nº 9.250/95 condiciona o reconhecimento da isenção do imposto de renda à comprovação oficial das doenças relacionadas no inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88. Contudo, a determinação do art. 30 da Lei nº 9.250/95 tem como destinatária a Fazenda Pública, impondo-lhe a concessão da isenção tributária nas circunstâncias nela previstas; e, de outra forma, não poderia se conduzir a Administração porque, em se

tratando de isenção tributária, não há discricionariedade. Todavia, em sede de ação judicial, em que prevalecem os princípios do contraditório e da ampla defesa, pode a parte utilizar-se de todos os meios de provas em direito admitidos na perseguição do reconhecimento de seu direito, de forma que não está o magistrado adstrito aos termos do mencionado dispositivo legal, uma vez que é livre na apreciação das provas. Por conseguinte, não está adstrito ao laudo médico oficial, podendo valer-se de outras provas produzidas no curso da ação cognitiva. O Código de Processo Civil, nos termos dos arts. 131 e 436, consagrou o princípio da persuasão racional em matéria de interpretação de prova”.

3. Agravo regimental desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, AGRESP 200702665770 - Agravo Regimental no Recurso Especial 1015940, relatora Ministra DENISE ARRUDA, em 9/9/2008, publicada em 24/09/2008)

Por outro lado, observo que a retenção do Imposto de Renda sobre os proventos de complementação de aposentadoria foi efetuada pela fonte pagadora, que reteve tais valores e os repassou para a Receita Federal, portanto é a Fundação CESP que possui os comprovantes de recolhimento do Tributo. Por outro lado, observo que o contribuinte comprovou que recebe a complementação de aposentadoria da Fundação CESP, portanto o valor da restituição deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Portanto, fica afastada a preliminar de ausência de documentos essenciais à propositura da ação.

Feitas estas considerações iniciais, assinalo que a matéria limita-se a verificação da abrangência dos dispositivos legais que tratam da exação, preceitua o artigo 6º, XIV, da lei 7.713/88 que os rendimentos percebidos por pessoas físicas portadoras de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e hepatite C (hepatopatia grave) são isentos do Imposto de Renda.

O dispositivo sob comento traz a seguinte redação:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos por pessoas físicas:
XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

Por outro lado, observo que na presente ação o apelado, que é aposentado procura afastar a exação do Imposto de Renda sobre os rendimentos de complementação de aposentadoria da Fundação CESP, sendo que segundo entendimento majoritário da jurisprudência desta Corte, os proventos advindos de complementação de aposentadoria são alcançados pela isenção do Imposto de Renda prevista no inciso artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 devido ao princípio da isonomia, entendimento este que foi sintetizado pela Desembargadora Federal Consuelo Yoshida no julgado abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE ESPECIFICADA EM LEI. ISENÇÃO. ART. 6º, INC. XIV, DA LEI Nº 7.713/88. ART. 39, § 6º, DO DECRETO Nº 3.000/99. 1. A Lei nº 7.713/88 e o Decreto nº 3.000/99 garantem a isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria percebidos pelo portador de neoplasia maligna, tal qual a hipótese

dos autos, em que o impetrante foi aposentado por invalidez, em decorrência de tal moléstia, conforme carta de concessão do INSS, com início de vigência em 25/06/2003.

2. A isenção do imposto de renda, em face da existência de moléstia grave que acomete o contribuinte, visa desonerá-lo devido aos encargos financeiros relativos ao próprio tratamento da doença.

3. No caso, o impetrante, como participante contribuinte do BANESPREV, em virtude de sua aposentadoria por invalidez, teve direito ao resgate de 100% (cem por cento) do saldo existente em seu nome no respectivo plano de previdência privada. Trata-se, portanto, de benefício recebido a título de complementação à aposentadoria do impetrante, em virtude da doença especificada em lei.

4. Em respeito ao princípio da igualdade tributária, a isenção do IRRF, prevista no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, abrange também os valores oriundos de aposentadoria complementar, em decorrência da neoplasia maligna que afligiu o impetrante, e que se encontra documentalmente comprovada nos autos.

5. É de se observar que o art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99 prevê que a isenção do referido tributo também se aplica à complementação de aposentadoria.

6. Precedentes deste E. TRF e do E. TRF 4ª Região. 7. Remessa oficial improvida.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sexta Turma, REOMS 00044748620044036100 - Reexame Necessário Cível - 291978, relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, em 21/10/2010, publicado em 28/10/2010).

Assim, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da economia processual, tomo como paradigma o citado julgado, bem como os seus fundamentos.

Por outro lado, assinalo que a sentença fixou de forma correta a correção do indébito nos termos da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, ocorre que esta foi substituída pela Resolução 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, portanto de acordo com esta deverão ser atualizados os valores a serem restituídos.

Por fim, frente à sucumbência mínima do apelado, condeno a União ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso adesivo e nego provimento à apelação e à remessa oficial, para que a repetição do indébito observe o prazo prescricional decenal, consequentemente condeno a União ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no montante de 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado, mantendo o julgado contido na sentença em todos os seus demais termos.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016471-41.2010.4.03.6105
(2010.61.05.016471-0)

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP

Apelada: ASPEN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO

Classe do Processo: AC 1927129

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2014

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA ANP - COMBUSTÍVEL ADULTERADO - POSTO AUTUADO A TER ADQUIRIDO GASOLINA DE DIVERSOS DISTRIBUIDORES - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ART. 18, LEI 9.847/99, INAPLICÁVEL À ESPÉCIE, POR AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS.

1. De fato, premissa a tudo, revela-se a recordação sobre a natureza cognoscitiva desconstitutiva, inerente aos embargos à execução, âmbito no qual incumbe à parte embargante conduzir aos autos os elementos de convicção hábeis a desfazer o comando emanado do título exequendo, como ônus elementar, voltada a então afastar-se a presunção de certeza e decorrente liquidez do título executivo fiscal.

2. Consoante o todo apurado, inexistente aos autos prova de que o polo recorrido tenha praticado o evento lesivo, ou que tenha distribuído combustível adulterado, muito menos presente sua responsabilização, assim ausente nexo de causalidade para com a constatação de revenda irregular no Big Posto Ltda, fundamental.

3. A Fiscalização apurou que a gasolina “C”, do tipo comum, comercializada pelo revendedor, tinha 90% de evaporação fora dos padrões da ANP, por tal motivo autuou a empresa pela irregularidade, constatando que o produto havia sido adquirido de diversas distribuidoras, passando então a aplicar multas a estes entes.

4. Objetivamente frágil a intenção da ANP de aplicar a solidária responsabilidade elencada no art. 18, Lei 9.847/99, porquanto esta tem incidência, evidente, à medida que comprovada a participação da distribuidora ao episódio.

5. Adquirindo o posto autuado produtos de vários fornecedores, irrazoável a extensão dos efeitos a todos os (desejados) participantes da relação negocial, tendo-se em vista ser desconhecida a exata procedência do combustível adulterado, se vendido por “a”, “b” ou “c”, ao passo que, diante do indício flagrado ao tempo da fiscalização, poderia a ANP ter fiscalizado as próprias distribuidoras, com o fito de encontrar a raiz do problema, mas não o fez.

6. Por inexistirem provas que apontem que o combustível adulterado foi comercializado pela Foker Distribuidora de Combustíveis Ltda (sucédida pela Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda), incabível a autuação alvo de insurgência nestes embargos, devendo a r. sentença ser mantida.

7. Para que a responsabilidade solidária almejada fosse aplicada, liame de pertinência deveria ser estabelecido entre o produto adulterado e a revenda por parte de certa e

determinada distribuidora, não como amplamente visado pela ANP.

8. Procedência aos embargos. Improvimento à apelação.

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 apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2014.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator):

Cuida-se de apelação, em embargos à execução fiscal, deduzidos por Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda em face da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

A sentença, fls. 418/423, julgou procedentes os embargos, asseverando que, ainda seja cogitada a responsabilidade solidária do posto de combustíveis e da distribuidora (a autuação flagrou que o posto autuado havia adquirido combustíveis de quatro distribuidoras distintas), para os casos de adulteração do produto, é necessário o estabelecimento de nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o ilícito verificado, destacando que a ANP não realizou nenhuma diligência nas sedes das empresas distribuidoras para verificar se a armazenagem de combustíveis era compatível com o produto repassado pelo revendedor, portanto firmou o descabimento da responsabilização sobre fato cometido por outro ente. Condenou a parte embargada ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10%\$ sobre o valor da causa (R\$ 38.601,60, fls. 388).

Apelou a ANP, fls. 425/429, alegando, em síntese, que o Big Posto Ltda comercializou combustível fora das especificações normativas, assim sofrendo autuação por sua conduta, defendendo a responsabilidade solidária de todos os envolvidos no processo desde a distribuição até a revenda do produto, colimando a redução da verba honorária sucumbencial.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 433/442, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33) e do artigo 35, Lei 6.830/80.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator):

De fato, premissa a tudo, revela-se a recordação sobre a natureza cognoscitiva desconstitutiva, inerente aos embargos à execução, âmbito no qual incumbe à parte embargante conduzir aos autos os elementos de convicção hábeis a desfazer o comando emanado do título exequendo, como ônus elementar, voltada a então afastar-se a presunção de certeza e decorrente liquidez do título executivo fiscal.

Efetivamente, considerando-se ser ônus probatório da parte embargante conduzir ao centro dos autos elementos hábeis a comprovar a quitação integral do débito, circunstância que viabilizaria ou não, então, sua vitória, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do Direito Positivo Pátrio, de rigor se revela a procedência aos embargos.

Com efeito, afigura-se imperioso deva proceder-se ao circunstanciamento do que efetivamente ocorreu, nos termos das provas carreadas aos autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

Destarte, consoante o todo apurado, inexistente aos autos prova de que o polo recorrido tenha praticado o evento lesivo, ou que tenha distribuído combustível adulterado, muito menos presente sua responsabilização, assim ausente nexos de causalidade para com a constatação de revenda irregular no Big Posto Ltda, fundamental.

Ora, a Fiscalização apurou que a gasolina “C”, do tipo comum, comercializada pelo revendedor, tinha 90% de evaporação fora dos padrões da ANP, por tal motivo autuou a empresa pela irregularidade, fls. 29, constatando que o produto havia sido adquirido de diversas distribuidoras, fls. 31, passando então a aplicar multas a estes entes, fls. 48/49, 51/52 e 54/55.

Neste contexto, objetivamente frágil a intenção da ANP de aplicar a solidária responsabilidade elencada no art. 18, Lei 9.847/99, porquanto esta tem incidência, evidente, à medida que comprovada a participação da distribuidora ao episódio.

Em outras palavras, adquirindo o posto autuado produtos de vários fornecedores, irrazoável a extensão dos efeitos a todos os (desejados) participantes da relação negocial, tendo-se em vista ser desconhecida a exata procedência do combustível adulterado, se vendido por “a”, “b” ou “c”, ao passo que, diante do indício flagrado ao tempo da fiscalização, poderia a ANP ter fiscalizado as próprias distribuidoras, com o fito de encontrar a raiz do problema, mas não o fez.

Deste modo, por inexistirem provas que apontem que o combustível adulterado foi comercializado pela Foker Distribuidora de Combustíveis Ltda (sucédida pela Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda), incabível a autuação alvo de insurgência nestes embargos, devendo a r. sentença ser mantida.

Em suma, para que a responsabilidade solidária almejada fosse aplicada, liame de pertinência deveria ser estabelecido entre o produto adulterado e a revenda por parte de certa e determinada distribuidora, não como amplamente visado pela ANP.

Por fim, de rigor a manutenção dos honorários advocatícios arbitrados pela r. sentença, os quais objetivamente consentâneos ao trabalho, a natureza e ao tempo despendidos à causa, consoante as diretrizes estampadas pelo art. 20, CPC.

Portanto, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como o art. 18, Lei 9.847/99, art. 3º, CPC, art. 5º, XLV e XLVI, CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo improvimento à apelação*, mantida a sentença, tal qual lavrada.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0000570-10.2013.4.03.0000

(2013.03.00.000570-1)

Agravantes: TRANS GRUPAL TRANSPORTES E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. E VANESSA DA RESSURREIÇÃO CORTAT

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Partes Rés: TRANS LOC TRANSPORTES ESPECIAIS LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AI 494718

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/04/2014

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE ATIVO PERMANENTE RELEVANTE. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS NÃO PERTENCENTES AO ATIVO FIXO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- As hipóteses de ajuizamento de medida cautelar fiscal - que por sua vez, tendo deferimento seu pedido inicial, implicam na decretação de indisponibilidade de bens, artigo 4º da lei 8397/92 - estão elencadas no artigo 2º deste mesmo diploma. Dentre elas estão possuir débitos que ultrapassem trinta por cento do patrimônio (inciso VI) e, uma vez sendo o contribuinte notificado para recolhimento do crédito fiscal, colocar seus bens em nome de terceiros (inciso V, letra b).

- As empresas integrantes do grupo econômico que, mesmo em análise perfunctória, existe, são solidariamente responsáveis pelas obrigações fiscais decorrentes de seus atos, como reza o art. 124, I e II, do CTN.

- O fato do nome de Vanessa da Ressurreição Cortat não constar do executivo fiscal em relação ao qual foi proposta a cautelar fiscal que originou o presente agravo não obsta o gravame imposto. No caso dos autos, a trama narrada na inicial da cautelar dá conta de ativos financeiros de monta, movimentados todos pela mesma família, da qual a agravante faz parte.

- A finalidade do reconhecimento do grupo econômico, tal como o caso dos autos, é justamente a de evitar que os reais devedores se eximam da responsabilidade por suas dívidas fiscais.

- No presente feito, da leitura da inicial da cautelar, verifica-se a presença de diversos indícios a embasar a decisão ora agravada.

- Por primeiro, há ativos financeiros de monta movimentados por uma mesma família, a da agravante Vanessa da Ressurreição Cortat.

- Depois, constata-se que a suposta nova empresa criada, também ora agravante, realiza prestação de serviços na mesma área da anterior empresa que faz parte do grupo econômico. Há movimentação de mesma conta bancária da empresa anterior pela agravante Vanessa e seus parentes, carros da empresa pretérita que foram passados para seu nome (fls. 93, 94 e 97) e um aumento substancial de movimentação bancária

por parte de Vanessa Cortat, exatamente no período em que começam a minguar os recursos de seus predecessores empresariais (*vide* fls. 374, 376/380 e 392).

- Não se verifica o alegado excesso da medida liminar porquanto a restrição de valores que diferem dos bens do ativo fixo é justificada pelo fato de que as empresas do grupo são prestadoras de serviços, não tendo, portanto, bens do ativo fixo em montante relevante, ao menos em relação ao enorme passivo tributário que têm.

- Não há falar-se, destarte, em violação ao comando inscrito no art. 4º, § 1º, da Lei 8397/92, a vedar, em regra, que a indisponibilidade sobre bens que não integrem o ativo permanente. Em situações excepcionais, tais como a ora enfrentada, a medida se revela plenamente cabível, mormente em se considerando a alta circulação de dinheiro nas empresas do grupo econômico de fato, tendo como finalidade assegurar a satisfação do crédito tributário, nos limites da obrigação, ou seja, na exata proporção do valor reclamado.

- Por sua vez, foi constatado no processo administrativo acostado às fls. 74/181 que a executada não possui bens passíveis de arrolamento suficientes para a garantia do crédito tributário constituído e que os débitos concernentes ao auto de infração ultrapassam 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido da sociedade.

- Com relação à conta-poupança, entretanto, têm entendido esta Corte da impossibilidade de se bloquearem valores impenhoráveis nos termos do inciso X do artigo 649 do CPC (TRF3, AI 2007.03.00.097865-0, relator Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO, j 26.06.2008), razão pela qual foi deve ser mantida a liberação do bloqueio dos valores inferiores a 40 (quarenta) salários mínimos constantes da consta-poupança no banco HSBC em nome de Vanessa da Ressurreição Cortat.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por TRANS GRUPAL TRANSPORTES E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. e VANESSA DA RESSURREIÇÃO CORTAT, em face de decisão que, em sede de medida cautelar fiscal, concedeu a liminar para determinar a indisponibilidade dos bens das agravantes até o montante do crédito tributário apurado.

Alegam as agravantes, em síntese, que não são partes legítimas da medida cautelar fiscal visto que não figuram no pólo passivo da execução fiscal n. 0006909-78.2010.403.6114 ajuizada pela União Federal. Aduzem, ainda, que não tiveram participação societária nas empresas às quais a União atribui formação de grupo econômico. Pedem de plano, a antecipação dos

efeitos da tutela recursal.

Dispensada, na hipótese, a requisição de informações ao MM. Juiz “a quo”.

Foi deferida a antecipação parcial dos efeitos da tutela recursal (fls. 497/49).

Houve a correção da contradição observada na decisão interlocutória de fls. 497/499 (fls. 512/514).

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): As hipóteses de ajuizamento de medida cautelar fiscal estão elencadas no artigo 2º da Lei 8397/92. O deferimento da decretação de indisponibilidade de bens tem os seguintes requisitos, quais sejam, o devedor deve possuir débitos que ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio e, uma vez sendo o contribuinte notificado para recolhimento do crédito fiscal, colocar seus bens em nome de terceiros.

As empresas integrantes do grupo econômico são solidariamente responsáveis pelas obrigações fiscais decorrentes de seus atos, como reza o art. 124, I e II, do CTN. Nessa linha, a ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO.

1. Não há no acórdão embargado qualquer omissão, obscuridade ou contradição a esclarecer via embargos de declaração, até porque restou claro que não houve afronta ao disposto no art. 2º da Lei 8397/92, no art. 267, VI, do CPC e no art. 146, III, da CF/88. 2. A Lei 8397/92, que instituiu a medida cautelar fiscal, dispõe que a indisponibilidade de bens do requerido poderá “ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais” (art. 4º, § 1º). 3. Os documentos que instruem o agravo de instrumento, conforme exposto no voto e na ementa, não deixam qualquer dúvida quanto à existência do grupo econômico. 4. E não há que se falar em afronta ao disposto no art. 146, III, da CF/88, visto a solidariedade instituída pelo art. 30, IX, da Lei 8212/91 tem respaldo no art. 124, II, do CTN. 5. Não podem ser acolhidos os embargos de declaração com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada, e ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciados os pressupostos indicados no art. 535 do CPC. 6. Embargos rejeitados. (TRF3, 5ª Turma, AI 228574, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJ 18/03/10).

O fato do nome de Vanessa da Ressurreição Cortat não constar do executivo fiscal em relação ao qual foi proposta a cautelar fiscal que originou o presente agravo não obsta o grave imposto.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MEDIDA CAUTELAR FISCAL - INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS E EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO: POSSIBILIDADE - MEDIDA LIMINAR: PRECARIIDADE - AGRAVO PROVIDO.

1. A medida cautelar fiscal é prevista pela Lei nº 8.397/92, que visa, em última análise, dar maior segurança à Fazenda Pública para recebimento de seus créditos, tributários ou não,

cuja concessão passa, obrigatoriamente, pelo exame dos pressupostos dos seus artigos 2º e 3º.

2. *A existência de fortes indícios de fraude autoriza medidas assecuratórias contra os devedores, ainda que desprovidos do “poder de gestão”, por isso que a matéria probanda, própria, se o caso, dos embargos à execução.* Somente pela via ordinária (exercício do contraditório) se poderá definir a real participação de cada sócio nas empresas, como os poderes que detinham e quais atos que praticavam. Possível fraude ocorrida, ademais, pode levar à “desconsideração da personalidade jurídica” (que não se confunde com “responsabilidade tributária solidária”), atingindo seus sócios, independentemente do “poder de gestão” ou de configurar sua submissão (da empresa) ao interesse maior do grupo econômico.

3. O só fato de não constar da CDA o nome das empresas outras integrantes do grupo econômico não inibe a concessão da medida cautelar fiscal nem, tampouco, a inclusão delas no pólo passivo do executivo fiscal. De mais a mais, a indisponibilidade é, em princípio, medida excepcional que em nada se confunde com “penhoras” ou “arrestos” de bens, e deve ser adotada sempre sem exageros, na medida da garantia do débito.

4. A indisponibilidade dos bens não implica transferência de propriedade e é medida apenas, e tão-somente, garantidora da execução fiscal, necessária e legítima a assegurar, suficientemente, e por enquanto, o ressarcimento ao erário sem comprometer a subsistência do(s) devedor(es).

5. Agravo provido.

(TRF 1ª Reg., AG 200301000192815, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, SÉTIMA TURMA, DJ 03/08/2004)

A finalidade do reconhecimento do grupo econômico, tal como o caso dos autos, é justamente a de evitar que os reais devedores se eximam da responsabilidade por suas dívidas fiscais.

No presente feito, da leitura da inicial da cautelar, verifica-se a presença de diversos indícios a embasar a decisão ora agravada.

Por primeiro, há ativos financeiros de monta movimentados por uma mesma família, a da agravante Vanessa da Ressureição Cortat.

Depois, constata-se que a suposta nova empresa criada, também ora agravante, realiza prestação de serviços na mesma área da anterior empresa que faz parte do grupo econômico. Há movimentação de mesma conta bancária da empresa anterior pela agravante Vanessa e seus parentes, carros da empresa pretérita que foram passados para seu nome (fls. 93, 94 e 97) e um aumento substancial de movimentação bancária por parte de Vanessa Cortat, exatamente no período em que começam a minguar os recursos de seus predecessores empresariais (*vide* fls. 374, 376/380 e 392).

Não se verifica o alegado excesso da medida liminar porquanto a restrição de valores que diferem dos bens do ativo fixo é justificada pelo fato de que as empresas do grupo são prestadoras de serviços, não tendo, portanto, bens do ativo fixo em montante relevante, ao menos em relação ao enorme passivo tributário que têm.

O próprio C. STJ admite este mecanismo de indisponibilidade de bens, como revela a ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI N. 8.397/92. SÚMULA N. 7/STJ. INDISPONIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. BENS ESTRANHOS AO ATIVO PERMANENTE. PRECEDENTES. ART. 294 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO-CONFIGURADA.

(...)

3. A Lei n. 8.397/92 (art. 4º, § 1º) põe a salvo do gravame da indisponibilidade bens de pessoa jurídica que não integrem seu ativo permanente; todavia, o STJ já firmou entendimento de que, em situações excepcionais, admite-se a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam seu ativo permanente.

4. Recurso especial do INSS não-conhecido. Recurso especial dos contribuintes não-provido. (STJ, 2ª Turma, REsp 365546/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04/08/2006)

Logo, não há que se falar em violação ao comando inscrito no art. 4º, § 1º, da Lei 8397/92, a vedar, em regra, a indisponibilidade sobre bens que não integrem o ativo permanente. Em situações excepcionais, tais como a ora enfrentada, a medida se revela plenamente cabível, mormente em se considerando a alta circulação de dinheiro nas empresas do grupo econômico de fato, tendo como finalidade assegurar a satisfação do crédito tributário, nos limites da obrigação, ou seja, na exata proporção do valor reclamado.

Por sua vez, foi constatado no processo administrativo, acostado a fls. 74/181, que a empresa executada não possui bens passíveis de arrolamento suficientes para a garantia do crédito tributário constituído e que os débitos concernentes ao auto de infração ultrapassam 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido da sociedade.

Com relação à conta-poupança, entretanto, têm entendido esta Corte pela impossibilidade de se bloquearem valores impenhoráveis nos termos do inciso X do artigo 649 do CPC (TRF3, AI 2007.03.00.097865-0, relator Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO, j 26.06.2008), razão pela qual foi deve ser mantida a liberação do bloqueio dos valores inferiores a 40 (quarenta) salários mínimos constantes da consta-poupança no banco HSBC em nome de Vanessa da Ressurreição Cortat.

Já quanto à vedação de circulação dos veículos indisponíveis, observo que a r. decisão agravada não traz comando neste sentido, não cabendo apreciação nesta sede processual, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, somente para manter a liberação do bloqueio dos valores inferiores a 40 (quarenta) salários mínimos constantes da consta-poupança no banco HSBC em nome de Vanessa da Ressurreição Cortat.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Sentenças



AÇÃO PENAL

0008647-36.2006.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Denunciados: BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2014

1. Trata-se de ação penal derivada de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal originariamente em face de Boris Abramovich Berezovsky (também chamado Platon Elenin), russo, casado, nascido em 23.01.1946, portador do passaporte britânico nº C00165789, Kiavash Joorabchian (também chamado Kia Joorabchian ou Kia Kiavash), iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 093023841 e inscrito no CPF sob nº 005.776.939-72, Alberto Dualib, brasileiro, casado, nascido em 01.01.1920, portador do RG nº 1.029.682-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 027.896.208-49, Nesi Curi, brasileiro, viúvo, portador do RG nº 1.244.183-1-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 007.024.598-36, Renato Duprat Filho, brasileiro, casado, portador do RG nº 6.610.836-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 567.734.638-15, Alexandre Verri, brasileiro, casado, advogado, portador do RG nº 12.277.216-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 082.290.548-51, Paulo Sérgio Scudiere Angioni, brasileiro, casado, portador do RG nº 2.300.914-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 097.699.277-91, e de Nojan Bedroud, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 094538819 e inscrito no CPF sob nº 059.967.527-60, por meio da qual se lhes imputou a prática dos *delitos tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/1998*.

A denúncia, acostada às fls. 02/21, principia por relatar a evolução patrimonial de Boris Abramovich Berezovsky (doravante denominado apenas Boris).

Narra a peça inicial acusatória que, em 1986, Boris teria investido, na Rússia, juntamente com outros quatro sócios, o equivalente a 5.000 dólares dos EUA numa joint venture firmada entre o Instituto de Ciências e Controle da Academia de Ciências (Autovaz) e a empresa italiana Logosystems. Passados 5 anos, em 2001, o patrimônio desses sócios, entre os quais Boris, teria atingido a espantosa quantia de 20 milhões de dólares, o que seria bastante suspeito.

Posteriormente, entre 1992 e 1999, Boris teria ampliado seu poder econômico e ganhado ascendência política na Rússia durante os dois mandatos sucessivos de Boris Yeltsin. Também participou ativamente da campanha de Vladimir Putin, sucessor de Yeltsin, em 2000. Na mesma eleição foi eleito representante da Duma, casa legislativa da Federação Russa.

Ainda em 2000, foi preso Nikolai Gluchkov, seu associado empresarial. Boris, supostamente temendo o mesmo destino, fugiu para a Inglaterra, obtendo asilo político naquele país.

2. Segundo a imputação, o aumento patrimonial de Boris teria decorrido da prática de crimes cometidos contra a Federação Russa. Documentos encaminhados pela Procuradoria Geral daquele país dão conta de que Boris lá responderia a três investigações policiais.

A primeira diz respeito à Aeroflot – Linhas Aéreas Internacionais Russas, criada em 1993 pelo governo russo, sendo o Estado titular de 51% das ações. Um ano depois, Boris e Nikolai Gluchkov constituíram a empresa Andava, na Confederação Suíça. A Andava, por sua vez, criou a Corporação Financeira Unida FOK. Boris teria se valido de sua influência para designar como diretor-geral, vice-diretor geral e vice-diretor para comércio e propaganda da Aeroflot, respectivamente, Cheinin, Nikolai Gluchkov e Krasnenker.

Em comum acordo com Kryzhevskaya, contadora-chefe da Aeroflot, Boris, Gluchkov e Krasnenker, sob pretexto de manutenção de recursos no exterior, teriam desviado para a conta corrente nº 423237, mantida pela Andava junto ao UBS, em Lausanne, recursos da Aeroflot no valor de duzentos e cinquenta e seis milhões de dólares. Dessa conta, teriam sido transferidos valores para contas pessoais de Gluchkov, Krasnenker, Kryshevskaya e Cheinin, bem como para a conta corrente nº 90-254.646.1 no UBS, de titularidade da empresa Ruko Trading, cujo proprietário seria Boris. Para justificar a transferência dos recursos, teriam sido forjados contratos e títulos com a FOK, gerando juros e multas contratuais simulados.

Em decorrência destes fatos, Gluchkov, Kryzhevskaya e Cheinin foram condenados pela prática do delito previsto no artigo 159, parte 3 (b) do Código Penal da Federação Russa. Tal conduta, sustenta o Ministério Público Federal, equivale ao crime de peculato tipificado no artigo 312 do Código Penal brasileiro. Boris teria sido processado e estava sendo investigado, ainda, pelo delito previsto no artigo 174, parte 3, do Código Penal da Federação Russa, que seria correspondente, em nossa legislação penal, ao delito de lavagem de capitais.

3. A segunda investigação criminal remonta aos anos de 1994 e 1995, quando Boris teria comandado um grupo organizado do qual participaram Badri Patarkatsichvili e Dubov. Na condição de presidente do Conselho de Diretores e detentor de 7,7% das ações da Logovaz, empresa que comercializava automóveis, Boris teria obtido 2322 automóveis em consignação da empresa fabricante, a Autovaz. Uma vez comercializados os automóveis, os recursos correspondentes não teriam sido pagos ao fabricante, mas desviados em proveito próprio, visando-se finalidades diversas, entre elas o pagamento de ações da ORT – Televisão Russa Social, adquiridas por Boris, a compra da Editora Ogoniok e a aquisição de imóveis junto à empresa Soiuz International, entre eles um chalé para a filha de Boris, Elena Berezovskaia.

Para justificar a operação, Boris teria simulado a assunção pela Logovaz, através da entrega de títulos, de débitos fiscais que a Autovaz possuía junto ao distrito de Sâmara. Tal compensação de crédito, no entanto, nunca teria ocorrido de fato.

Em decorrência desses fatos, Boris era investigado, à época da denúncia, pela suposta prática de infração ao artigo 159, parte 3 (b) do Código Penal da Federação Russa (antigo artigo 147 do mesmo diploma legal), correspondente, de acordo com o Ministério Público Federal, ao delito de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal brasileiro.

4. A terceira investigação mencionada pelo Ministério Público Federal está relacionada à ABBA – Aliança Automobilística de Toda a Rússia, da qual Boris foi diretor geral. Amparado em decreto presidencial, e sob o pretexto de necessidade de um local para a promoção de encontros com delegações nacionais e internacionais de alto nível, Boris teria obtido a posse de uma propriedade rural na região de Krasnogorski. Em seguida, na qualidade de presidente do Conselho de Diretores da Logovaz, fomentou a eleição de Dubov como seu diretor geral e o instigou a adquirir a casa de campo nº 2 na referida propriedade, transferindo-a para os ativos da Logovaz. Tal imóvel foi, ato contínuo, vendido à filha de Boris, Elena Berezovskaia.

Em decorrência desses fatos, Boris é investigado pela suposta prática de infração ao artigo 159, parte 4 do Código Penal da Federação Russa, correspondente, segundo o Ministério Público Federal, ao delito de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal brasileiro.

Pela possível prática dos delitos mencionados, teria sido decretada a prisão de Boris em cada um dos referidos procedimentos criminais.

Esses crimes antecedentes teriam gerado produtos ilícitos, os quais seriam objeto de ocultação e dissimulação de sua natureza, origem e localização, através de investimentos realizados no Sport Club Corinthians Paulista, conforme prossegue explanando a denúncia.

5. Kiavash Joorabchian (doravante denominado apenas Kia) teria sido apresentado a Alberto Dualib (doravante denominado apenas Alberto), por Renato Duprat, em reunião na qual também estavam presentes Antonio Roque Citadini e Carla Dualib. Kia foi apresentado como um investidor interessado no futebol brasileiro. Propôs a formação de uma parceria entre a empresa que dizia representar, denominada MSI – Media Sports Investment Limited, e o Sport Club Corinthians Paulista.

Segundo o Ministério Público Federal, a MSI sequer existia nessa época, somente tendo sido formalmente constituída em 31 de agosto de 2004.

Segundo a denúncia, Kia é, já há tempos, um “testa-de-ferro” de Boris. Isso estaria claro desde que, em 1999, juntamente com outro iraniano, à frente de um fundo de investimentos recém-constituído e sediado nas Ilhas Virgens Britânicas, adquiriram 85% das quotas do Kom-mersant Publishing House, famoso grupo editorial russo. Os 15% restantes foram adquiridos por Boris, que, algum tempo depois, adquiriu todas as quotas.

6. Em 05 de agosto de 2004, Alberto e Nesi Curi, em nome do Sport Club Corinthians Paulista (“Corinthians”), e Kia, representando a MSI, assinaram um instrumento particular de pré-contrato, segundo o qual o Corinthians manifestava interesse em firmar contrato de gestão exclusiva de seu departamento de futebol e licenciamento de propriedade intelectual com a MSI, que faria jus a 51% do lucro líquido auferido pelo Corinthians; em contrapartida, a MSI obrigava-se a aportar o equivalente a US\$ 35 milhões no clube.

Em 07 de agosto de 2004, uma delegação de dirigentes do Corinthians – composta por Alberto, presidente do clube, Nesi Curi, vice-presidente, Andrés Navarro Sanchez, vice-presidente de futebol, e Carla Dualib – embarcou com destino a Londres a fim de conhecer os futuros parceiros da instituição.

Em Londres mantiveram reuniões e participaram de jantares com Boris. Também teriam viajado, a bordo do jato particular de Boris, à Geórgia, ex-república soviética, onde se reuniram com Badri Patarkatsishvili, amigo íntimo de Boris.

Num primeiro momento, Alberto teria afirmado desconhecer que Boris seria investidor da MSI, mas depois reconheceu que, juntamente com Badri Patarkatsishvili e Pinni Zahavi, seria o principal investidor da parceria.

Nos diálogos interceptados com autorização judicial, haveria diversas menções ao fato de ser Boris, em última instância, quem teria o poder de decisão. Ademais, teriam os réus combinado os depoimentos a serem prestados na Polícia Federal.

Boris estaria atuando, ainda, no sentido de obter a concessão de asilo político junto ao governo brasileiro.

7. Quando da apresentação da parceria perante o Conselho Deliberativo do Corinthians, Alberto teria apresentado a MSI como integrante de um grupo de empresas controladas por uma *holding*, de origem inglesa, denominada GIBM.

Após aprovação do conselho deliberativo, o contrato foi assinado em 24 de novembro de 2004. A cláusula 1.1. do instrumento obrigava a MSI a constituir, no Brasil, a empresa MSI Licenciamentos e Administração Ltda. e a cláusula 1.7. determinava a integralização de seu capital no valor equivalente a US\$ 20 milhões, parte do investimento de US\$ 35 milhões previsto no pré-contrato.

8. No Brasil, o escritório de advocacia Veirano foi contatado para criar a estrutura societária que viabilizasse o ingresso de numerário do exterior. O acusado Alexandre Verri (doravante denominado Alexandre) era o responsável pela operação.

A MSI Brasil Participações Ltda. foi constituída apenas em 19 de outubro de 2004, tendo como sócios o réu Alexandre e Carlos Fernando Sampaio Marques, também advogado do escritório de advocacia Veirano. Em 07 de dezembro de 2004, alterou-se a razão social da sociedade para MSI Licenciamentos e Administração Ltda. e Alexandre foi substituído por Maurício Fleury Pereira Leitão, outro advogado do escritório de advocacia Veirano. Já em 09 de fevereiro de 2005, Maurício e Alexandre se retiraram do quadro societário, que passou a ser integrado por três empresas *offshore*: Devetia Limited, Just Sports Inc. – sediadas ambas nas Ilhas Virgens Britânicas – e MSI – Media Sports Investment Limited, sediada em Londres, mas em endereço no qual, segundo o Ministério Público Federal, se constatou funcionar apenas uma academia de ginástica pertencente a Kia.

O réu Paulo Sérgio Scudiere Angioni (doravante denominado apenas Paulo Sérgio) – que, à época, era administrador esportivo do Corinthians – foi nomeado procurador das empresas *offshore*. Kia era um dos diretores da Just Sports Inc.

Na sequência, em 20 de abril de 2005, por ocasião da terceira alteração contratual, a empresa MSI Group Limited ingressou no quadro societário, também sendo representada por Paulo Sérgio como procurador. Tal empresa foi originalmente constituída sob a denominação Exnon Holdings Limited, nas Ilhas Virgens Britânicas, passando a ser denominada MSI Group Limited apenas duas semanas após a primeira apresentação da proposta da MSI ao conselho deliberativo do Corinthians pelo corréu Alberto.

Ao longo de 2005 e 2006, houve sucessivos aumentos do capital social da MSI Licenciamentos e Administração Ltda. Finalmente, em 18 de setembro de 2006, todas as quotas foram cedidas às empresas *offshore* Devetia Limited e MSI – Media Group Limited, ambas sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas. Na ocasião, Paulo Sérgio foi substituído, na condição de procurador, por Alexandre. Já os corréus Kia e Nojan Bedroud (doravante denominado apenas Nojan) constavam, respectivamente, como diretor presidente e diretor sem designação.

Diferentemente do que afirmara Alberto, a Devetia Limited era controlada não pela GIBM, mas por outra empresa denominada GGAW Limited.

Diante desses fatos, conclui o Ministério Público Federal que foi criada uma rede composta de várias empresas *offshore*, cujos proprietários têm suas identidades protegidas pela garantia de anonimato fornecida pelo paraíso fiscal das Ilhas Virgens Britânicas.

9. Expõe a denúncia, então, que o ingresso de valores investidos no Brasil ocorreu entre dezembro de 2004 e abril de 2007. Conforme informações do Banco Central do Brasil e do Banco Bradesco S.A., a MSI Licenciamentos e Administração Ltda. teria recebido da Devetia Limited e, em alguns casos, da Altus Investment Management Limited, a quantia de US\$ 32.541.940,00 (trinta e dois milhões, quinhentos e quarenta e um mil, novecentos e quarenta dólares dos EUA), a título, na maioria dos casos, de investimentos diretos no país, mas também de empréstimos diretos ou pagamento de passes de atletas profissionais.

Os contratos de câmbio, registros de empréstimos estrangeiros e investimentos externos diretos referentes a esses ingressos foram assinados por Kia, Nojan, Paulo Sérgio e Alexandre Verri. Os recursos foram creditados, via de regra, na conta corrente nº 303.247-7, aberta pela MSI Licenciamentos e Administração Ltda. junto ao Banco Bradesco S.A. e posteriormente parte deles foi transferida para a conta corrente nº 209.000-7, de titularidade do Sport Club Corinthians Paulista, mantida na mesma instituição financeira.

O primeiro empréstimo recebido pelo Sport Club Corinthians Paulista após a realização da parceria teve o valor de US\$ 1.999.965,00 (um milhão, novecentos e noventa e nove mil, novecentos e sessenta e cinco dólares dos EUA). Tal remessa foi originária de uma pessoa de-

nominada Zaza Toidze, natural da República da Geórgia. Segundo depoimento de Kia, esses valores seriam referentes a empréstimo contraído anteriormente com a Devetia Limited.

Ressalta o Ministério Público Federal, ainda, que após Boris ser detido e interrogado no Brasil, em 05 de maio de 2006, apenas mais US\$ 3.950.000,00 ingressaram no país, sendo que nos dezoito meses anteriores haviam sido transferidos mais de US\$ 28 milhões – o que indicaria o receio de Boris em relação a seus investimentos. Também se frisa que jogadores como Carlos Tevez e Javier Mascherano foram pagos diretamente no exterior, em datas, valores e contas não revelados.

10. Diante desses fatos, imputa o Ministério Público Federal a todos os denunciados a prática dos delitos tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/1998.

O Ministério Público Federal arrolou, como sua única testemunha, Roque Antonio Citadini (fl. 21).

11. *A denúncia foi recebida em 11 de junho de 2007 (fls. 169/214).*

Na mesma ocasião, foi decretada a prisão preventiva de Boris, Kia e Nojan, bem como, entre outras medidas, determinado o bloqueio de valores depositados em contas correntes, fundos e aplicações e investimentos de qualquer tipo mantidos pela MSI Licenciamentos e Administração Ltda. junto ao Banco Bradesco S.A. e de recursos que viessem a ser depositados na conta do Sport Club Corinthians Paulista em decorrência de contratos de câmbio celebrados com as empresas Devetia Limites, Just Sports Inc., MSI Group Limited, MSI – Media Sports Investment Limited ou Altus Investment Management Limited (fls. 212/213).

Os réus foram citados e intimados para serem interrogados, conforme prescrevia o rito procedimental então vigente.

Foram, então, interrogados os réus Alberto (fls. 688/697), Nesi (fls. 698/703), Alexandre (fls. 713/720), Renato (fls. 721/728) e Paulo Sérgio (fls. 733/739). Foi negada aos advogados dos corréus, então, a oportunidade de realizar perguntas aos interrogandos (fls. 708 e 729/730).

Os réus Alberto e Nesi apresentaram defesas prévias, acostadas respectivamente às fls. 812/821 e 824/831, arrolando, cada qual, oito testemunhas, e nas quais se sustentou a ilicitude das interceptações telefônicas realizadas com autorização do Juízo.

A defesa prévia de Alexandre se encontra às fls. 834/836, tendo sido arroladas oito testemunhas.

Renato apresentou sua defesa prévia às fls. 837/839, na qual foi alegada a inépcia da denúncia, sendo arroladas seis testemunhas.

Paulo Sérgio apresentou defesa prévia (fls. 840/843), na qual sustenta a inépcia da denúncia e a ilicitude da interceptação telefônica. Arrolou seis testemunhas.

Por meio da decisão de fls. 1142/1177 foram analisadas as defesas prévias até então apresentadas, sendo rejeitados os argumentos nelas argüidos.

Kia e Nojan apresentaram sua defesa prévia às fls. 1455/1468, na qual, preliminarmente, foram alegadas a ausência de justa causa e a inépcia da denúncia, a nulidade dos documentos juntados aos autos oriundos de contatos diretos entre o Procurador da República e o Ministério Público da Federação Russa, a ilegalidade da imposição de sigilo de documentos encaminhados pelo governo da França, a ilegalidade das interceptações telefônicas e a nulidade decorrente da vedação da realização de perguntas pela Defesa dos corréus nos atos de interrogatório. Requereu a tradução dos documentos redigidos em língua estrangeira e a tradução das gravações dos diálogos monitorados mantidos em língua estrangeira. Foram arroladas oito testemunhas por cada réu.

Boris apresentou defesa prévia (fls. 1469/1486), na qual sustentou sua inocência, defendeu a ilicitude da interceptação telefônica e requereu a revogação de sua prisão preventiva. Foram arroladas nove testemunhas.

Procedeu-se, então, à oitiva da testemunha de acusação Roque Antonio Citadini (fls. 1615/1627).

Por meio da decisão de fls. 1643/1679 foram afastadas as preliminares aventadas pelas Defesas de Boris, Kia e Nojan.

Está juntada às fls. 1700/1764 decisão proferida pelo Juiz Titular então condutor do processo nos autos nos 2007.61.81.014761-7 e 2007.61.81.014762-9.

Dando prosseguimento à instrução processual, foram ouvidas as testemunhas de defesa José de Castro Bigi (fls. 1870/1912), Adhemar Magon Junior (fls. 1913/1921), Wadih Helu (fls. 1969/1998), Calil Leôncio Mathias (fls. 2010/2039).

Foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas Antônio Jorge Rachid Junior, Wagner Caetano Acedo, André Luiz Barone, Germano Augusto, Delphino Russo e Wilson Abussamra Bugarib (conforme termo de fls. 1999/2000) e das testemunhas Renato Camargo, Raif Kurban e Wilson Bento (fl. 2008).

O feito foi, porém, anulado pelo Supremo Tribunal Federal desde os interrogatórios (fl. 3333). Foi, então, determinada a renovação da instrução processual (fls. 3735/3736). Foram ouvidas a testemunha de acusação (fls. 3993/4038 e 4140/4164) e as testemunhas de defesa (fls. 4175/5011, 5519/5527 e 6144). Os réus foram, ao fim, interrogados.

O processo foi definitivamente *desmembrado em relação ao corréu Renato Duprat* por meio da decisão de fl. 5457.

Em razão de seu falecimento, foi decretada a extinção da punibilidade do réu Nesi Curi (fl. 5659).

12. O Ministério Público Federal apresentou suas alegações finais às fls. 7328/7340, requerendo a absolvição de todos os réus, por entender não haver prova da existência do fato. Sustentou, em suma, que não restou demonstrado que ao menos parte do capital recebido pelo Sport Club Corinthians Paulista seria produto dos ilícitos cometidos por Boris na Rússia.

A Defesa de Alberto Dualib apresentou suas alegações finais às fls. 7354/7362, sustentando, preliminarmente, a afronta à indivisibilidade da ação penal. No mérito, sustenta a atipicidade da conduta e a ausência de dolo. Tece considerações acerca do perfil do acusado, bem como sobre as obras, patrimônio e prestígio do clube de futebol.

A Defesa de Paulo Sérgio Scudiere Angioni apresentou suas razões finais às fls. 7365/7373, sustentando que a manifestação do MPF pela absolvição vincularia o magistrado. No mérito, sustenta a inocência do acusado.

A Defesa de Alexandre Verri apresentou suas razões finais às fls. 7374/7437, sustentando a atipicidade de sua conduta, restrita ao exercício regular da advocacia. Aduz que não há dever de vigilância ou comunicação por parte dos advogados a respeito de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Defende que, conforme ressaltado pelo MPF, não teria restado comprovado que os valores movimentados constituíam produto de crime. Argumenta que não houve prova de formação de quadrilha.

A Defesa Kia Joorabchian e Nojan Bedroud apresentou suas alegações finais às fls. 7443/7533. Inicialmente, teceu considerações sobre a criação da MSI. Em seguida, aduziu a necessidade de prova do crime antecedente como requisito necessário à lavagem de dinheiro. Defendeu que não haveria relação entre Boris e o dinheiro investido no Sport Club Corinthians

Paulista. Argumenta que Boris sofreria perseguição política na Rússia. Afirma que, à época em que os crimes antecedentes foram cometidos, não havia, no Brasil, lei de lavagem de dinheiro, de modo que aplicá-la aos fatos deste processo seria ofensivo ao princípio da irretroatividade da lei penal. Sustenta a ausência de dolo, em razão da falta de conhecimento da suposta origem ilícita do dinheiro.

Quanto ao crime de quadrilha, sustentou sua inconstitucionalidade e sua não caracterização.

Teceu considerações a respeito da ausência de autoria de Nojan, que tinha função meramente administrativa na MSI.

Ao final, a Defesa apontou questões preliminares: a) nulidade do feito, em razão de terem sido feitas investigações pela ABIN; b) nulidade das interceptações telefônicas; c) necessidade de aguardar o retorno de todos os pedidos de cooperação internacional; e d) necessidade de transcrição de todas as interceptações telefônicas.

Foram juntados pareceres dos Professores da Faculdade de Direito de Coimbra, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (fls. 7535/7583), e da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Miguel Reale Júnior (fls. 7586/7615).

13. Vieram, então, os autos conclusos, para prolação de sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

PRELIMINARMENTE

I. FALECIMENTO DE BORIS BEREZOVSKY

14. A Defesa de Boris Berezovsky informou seu falecimento, juntando cópia de documento encaminhado pelas autoridades britânicas nesse sentido (fls. 6966/6977).

O Ministério Público Federal requereu o reconhecimento da extinção da punibilidade de Boris Berezovsky, dado se tratar de fato amplamente divulgado na imprensa, tanto no Brasil como no exterior (fl. 6970).

Entendo que o documento juntado à fl. 6977, associado à ampla divulgação na imprensa a respeito do fato, faz as vezes de certidão de óbito, para os fins do artigo 62 do Código Penal.

Assim sendo, reconheço a extinção da punibilidade do réu Boris Abramovich Berezovsky, com fulcro nos artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal e 107, I, do Código Penal.

II. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

15. O Ministério Público Federal requereu a absolvição de todos os denunciados, por entender ausente prova da materialidade do delito.

Esse pedido não vincula o magistrado. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve ensejo de decidir exatamente no sentido de que “*a manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador*, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP” (HC 69957, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julg. 09.03.1993, DJ 25.03.1994).

III. OUTRAS QUESTÕES PRELIMINARES

16. Outras questões preliminares foram levantadas, quais sejam: a) indivisibilidade da ação penal pública; b) nulidade do feito, em razão de terem sido feitas investigações pela ABIN;

c) nulidade das interceptações telefônicas; d) necessidade de aguardar o retorno de todos os pedidos de cooperação internacional; e e) necessidade de transcrição de todas as interceptações telefônicas.

Todas essas questões já foram afastadas em decisões anteriores por mim proferidas. De todo modo, considerando que, como se verá adiante, a sentença é de improcedência da pretensão punitiva, mostrar-se-ia desnecessária sua análise, por aplicação analógica (CPP, artigo 3º) da regra do artigo 249, §2º, do CPC.

MÉRITO

LAVAGEM DE DINHEIRO

I. LEI PENAL APLICÁVEL

17. À época dos fatos imputados na denúncia, ocorridos entre 2004 e 2007, o artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 estava assim redigido (destaquei):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

É essa a norma a ser considerada, à luz do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (Constituição, artigo 5º, inciso XL).

Como se depreende da expressão “provenientes, direta ou indiretamente, de crime”, o delito de lavagem de dinheiro é uma infração penal parasitária, vinculada, dependente de um ou mais crimes antecedentes. Em outras palavras, a prática de um crime antecedente, que gere *produto*, vantagem econômica, é pressuposto necessário para a caracterização da lavagem de dinheiro.

Por imposição lógica, portanto, a primeira análise a ser feita é a da prova ou não da ocorrência de crimes antecedentes, enquadrados no rol taxativo que a Lei nº 9.613/1998 trazia em sua redação então vigente.

Antes de fazê-lo, porém, impõe-se afastar o argumento trazido no parecer subscrito pelos renomados Professores da Universidade de Coimbra Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, no sentido de que “só pode relevar como *crime antecedente* para efeitos

de lavagem de dinheiro o facto que, *ao tempo da sua prática*, detenha, por imposição de lei anterior, aquele estatuto” (fl. 7542).

Com o devido respeito, esse entendimento não é minimamente convincente. O que é relevante é saber, isso sim, se, à época em que auferidos, os valores (que vieram a ser depois “lavados”) constituíam já produto dos delitos (posteriormente) arrolados como crimes antecedentes ou não. Por exemplo, não há até hoje, no Brasil, tipificação de crime de terrorismo e seu financiamento. Assim, evidentemente não seria possível considerar que eventual produto dessa atividade pudesse ser entendido, hoje, como objeto material da lavagem de dinheiro.

Agora, se os valores de fato constituem produto de crimes anteriores, já tipificados, é irrelevante que ainda não estivessem previstos especificamente como crimes antecedentes de lavagem de dinheiro.

Há aí uma confusão entre o *objeto material* do delito e a *conduta* prevista no tipo objetivo.

Os próprios pareceristas reconhecem que os bens de origem criminosa constituem o objeto da ação típica (fl. 7556). Esse aspecto, aliás, é reconhecido pela doutrina e também ressaltado no outro parecer trazido pela Defesa de Kia e Nojan, da lavra do Professor Miguel Reale Júnior, que esclarece que o objeto material é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a ação – que, no caso da lavagem de dinheiro, é o produto do crime antecedente (fl. 7595).

O que o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave exige, com a devida vênia, é apenas que a *conduta* prevista no tipo penal objetivo esteja estatuída em lei vigente antes da sua realização. Não exige que o *objeto material* do delito que, com a tipificação, venha a ser assim considerado, surja após a vigência da lei penal.

Pense-se nos exemplos do furto, que tem como objeto material o bem subtraído, e do homicídio, que tem como objeto material a pessoa vitimada. Ora, a levar a sério o entendimento dos eminentes professores portugueses, toda subtração de *bem já existente antes* do advento da lei que criminaliza o furto seria atípica; assassinatos não caracterizariam homicídios se a *vítima já houvesse nascido* antes do advento da tipificação do delito. O absurdo da conclusão ilustra o equívoco da premissa.

Da mesma forma, no caso da lei de lavagem de dinheiro, o que é relevante a verificar é se a *conduta* de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade” do produto de crimes antecedentes é *posterior* à vigência da lei; se os crimes antecedentes foram praticados antes da vigência da lei é circunstância totalmente irrelevante, pois o seu produto é meramente objeto material do delito.

Nesse sentido, confira-se a lição doutrinária: “E *cada novo ato está sujeito à lei vigente no momento da sua prática, ainda que mais dura que a anterior*. Nesse sentido, se o agente cometeu roubo de cargas, vendeu os bens e depositou o valor na conta de terceiros antes da nova lei – quando o crime não era previsto como antecedente de *lavagem de dinheiro* – não há tipicidade no *encobrimento*, ainda que a ocultação se mantenha vigente, dada a *instantaneidade* do delito. Porém, se o mesmo agente movimentar os valores para outra conta na vigência da nova lei, haverá *lavagem de dinheiro*” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 68, destaqueei).

Superada essa questão, examino os crimes antecedentes.

II. OS CRIMES ANTECEDENTES

1) Prova dos crimes antecedentes cometidos no exterior

18. À época dos atos imputados aos réus da presente ação penal, como exposto, o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998 trazia um rol de crimes antecedentes.

Já o artigo 2º, inciso II, estava assim redigido:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

(...)

II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país;

Depreende-se dos dispositivos que: a) somente poderia se falar em “lavagem” do produto de delitos oriundos de um daqueles crimes arrolados no artigo 1º; b) tal crime antecedente, contudo, poderia ter sido praticado, inclusive, no exterior.

19. E como se comprova a prática de um crime antecedente no exterior?

Em primeiro lugar, é possível que, mesmo não havendo um processo específico para a apuração desse delito antecedente, ainda assim se consiga provar, no próprio processo referente à lavagem de dinheiro, a ocorrência da infração penal antecedente. Mas essa é uma hipótese de ocorrência mais teórica do que real, pois a prova seria virtualmente impossível.

Agora, no caso em que a infração penal foi apurada e reconhecida pelo Poder Judiciário do Estado estrangeiro, a situação é bastante diferente. Entende a doutrina, nessa hipótese, que, como regra, a sentença condenatória será prova suficiente da materialidade e autoria do crime antecedente, desde que estejam presentes alguns requisitos.

Confirmam-se, nesse sentido, as percutientes lições de Isidoro Blanco Cordero (*El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Thomson Reuters/Arazandi: Navarra, 2012. p. 333):

Es posible que una *sentencia de un tribunal extranjero declare la existencia de un delito previo*. Siempre y cuando el proceso se haya llevado a cabo con las debidas garantías de un proceso justo, ante un tribunal independiente, con reconocimiento del derecho de defensa, con posibilidad de recursos jurídicos, en definitiva, con reconocimiento de los principios de un Estado de Derecho, *la sentencia extranjera se puede utilizar como medio de prueba sin necesidad de proceder a la práctica de otras pruebas*. Al juez le corresponderá entonces valorar si los comportamientos descritos, esto es, los hechos probados en la sentencia, son constitutivos de un hecho típico y antijurídico, y si son subsumibles o no en los tipos relativos a la clase de hecho previo exigido en la normativa penal: ya sea un delito relativo a las drogas o un delito grave. Se ha de probar que los hechos son típicos y antijurídicos, pero no que el autor es culpable. Es indiferente, por tanto, que el presunto autor resulte o no absuelto por falta de pruebas; imaginemos el caso de que varios inculpadados se encuentren involucrados en el hecho, pero no se puede probar quién de ellos es el responsable del delito.

20. Vê-se, pois, dessas considerações, que me parecem acertadas, que a sentença proferida pelo Poder Judiciário estrangeiro é suficiente, por si só, para comprovar a materialidade do delito antecedente, desde que: a) seja possível reconhecer que foi proferida em um processo justo; b) a sentença estrangeira reconheça a materialidade de um delito que, independentemente da classificação jurídica do país de origem, enquadre-se na forma típica de uma infração penal antecedente à lavagem de dinheiro de acordo com a legislação do país em que praticados os atos de ocultação/dissimulação.

Esses requisitos, aliás, são praticamente os mesmos que devem ser examinados quando do julgamento, de competência do Supremo Tribunal Federal, de um pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro.

Com efeito, conforme entendimento sedimentado pelo STF, “a ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apóia. O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro. Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses” (Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 13.06.2008).

Veja-se, então, que, abstração feita ao exame da ocorrência da prescrição penal – que é indiferente no caso da lavagem de dinheiro, por força da previsão expressa do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998 –, o STF verifica, ao julgar o pedido de extradição, se (a) há observância ao princípio da dupla tipicidade e (b) se o delito atribuído ou as razões do pedido de extradição possuem caráter político.

Essa convergência de requisitos não é mera coincidência. Pelo contrário, ilustra de forma clara que a cooperação internacional em matéria penal é ampla e segue princípios comuns. Os atos jurisdicionais de outros países devem ser reconhecidos e surtir todos os seus efeitos no Brasil, desde que observados tais requisitos mínimos.

Postas essas premissas, são esses, pois, os pontos a serem verificados, a fim de constatar se as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário Russo, juntadas às fls. 6974/7315, são suficientes para comprovar a materialidade dos delitos antecedentes aos atos de lavagem imputados na presente ação penal.

Passo a examiná-los separadamente.

1.1) A questão da dupla tipicidade

21. Na primeira sentença juntada aos autos (tradução às fls. 6974/7050), Boris foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 159, parte 3, do Código Penal da Federação Russa. Segundo consta da fundamentação, ele era Vice-Secretário do Conselho de Segurança da Federação Russa e, valendo-se dessa função, desviou mais de US\$ 4 milhões da empresa estatal Aeroflot para contas na Suíça.

Na segunda sentença trazida aos autos (tradução às fls. 7054/7292), Boris foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 147, parte 3, do Código Penal da Federação Russa. O enquadramento típico é, em verdade, o mesmo da primeira sentença, já que o artigo 159, parte 3, representa o mesmo tipo do antigo 147, parte 3. Neste caso, de acordo com a fundamentação, valendo-se de sua “posição oficial”, Boris desviou valores da empresa Autovaz.

Para a verificação da dupla tipicidade, o delito cometido no exterior deve ser juridicamente qualificado como um dos crimes antecedentes arrolados no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. É indiferente o *nomen juris* atribuído ao delito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado de longa data em relação à possibilidade de extradição: “O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação

constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos” (Ext 1073, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 30.04.2008, DJe 29.08.2008).

No mesmo sentido, há vários outros julgados (Ext 1293, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 11.06.2013, DJe 12.08.2013; Ext 1145, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 18.12.2008, DJe 26.02.2009; Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 12.06.2008; Ext 1039, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 21.06.2007, DJe 22.11.2007; Ext 953, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 28.09.2005, DJ 11.11.2005).

Os crimes imputados a Boris seriam enquadráveis, no Brasil, grosso modo, na figura típica do peculato, previsto no artigo 312 do nosso Código Penal (“Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”), dado que houve desvio de valores aos quais Boris tinha acesso em razão de sua função na Administração Pública russa.

Assim sendo, está suficientemente demonstrada a prática por Boris de delitos antecedentes contra a Administração Pública, restando preenchido o elemento normativo previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, na redação vigente à época dos fatos.

1.2) A alegação de que a sentença seria fruto de perseguição política

22. Por outro lado, a Defesa de Boris, desde o início do processo, vinha sustentando o caráter político da persecução penal dirigida contra si na Rússia.

Analiso-o. Valho-me, para tanto, da vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição. Como expus anteriormente, a rica experiência da Suprema Corte nessa matéria pode ser aplicada no exame de processos de lavagem de dinheiro em que a infração penal antecedente foi cometida no estrangeiro, porquanto os fundamentos do sistema de cooperação internacional em matéria penal são os mesmos.

Como dito, o Supremo Tribunal Federal não se permite “qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional”. Não obstante, reconhece que “não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do ‘due process of law’ (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante” (Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 13.06.2008).

Em pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se constatar a existência de alguns julgados nos quais, reconhecida situação de excepcional instabilidade política no país requerente, foi negada a extradição. Isso ocorreu, por exemplo, em julgamento de 1961, relativo a pedido formulado por Cuba, que se encontrava em plena revolução (Ext 232 segunda, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julg. 09.10.1961, DJ 17.12.1962).

Também há precedente em que se reconheceu a existência de perseguição política contra um nacional chinês pelo governo comunista de Pequim (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 28.08.1996, DJ 06.04.2001). Nesse último caso, o caráter político da persecução penal somente foi reconhecido devido ao vasto conjunto probatório reunido pelo extraditando e por outras pessoas, instituições e organizações não governamentais, como a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a Comissão Teotônio Vilela e a

Chinese Democratic Developing Association. Destaco, ademais, que o referido extraditando seria condenado à morte na China.

Na imensa maioria dos casos, contudo, reconhece-se a inexistência de caráter político do processo criminal em que se baseia a extradição. Vê-se, pois, que o reconhecimento da imparcialidade do Poder Judiciário estrangeiro, embora comumente alegado, é excepcional, e deve ser suficientemente demonstrado por quem o alega.

Nesse sentido, inclusive, vale destacar outro julgado do STF, no qual se afastou a parcialidade do Poder Judiciário da Eslováquia, ex-integrante da URSS. Na ementa, restou consignado que “não se presume a parcialidade do Juiz do Estado Eslovaco, por ressentir do regime político e econômico anterior, que impunha limitações a atuação do Poder Judiciário; esta discussão está ultrapassada desde a desintegração da extinta União Soviética” (Ext 646, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. 21.06.1995, DJ 18.08.1995).

No famoso “Caso Battisti”, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há que se falar em “crime político” se o agente cometeu um crime previsto na legislação penal e foi julgado, com plena garantia de seus direitos, no âmbito da normalidade institucional de Estado Democrático de Direito.

A ementa, na parte que aqui interessa, restou assim registrada:

(...) 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. *Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados*. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, *em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo*.

4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando *não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado*.

(...)

(Ext 1085, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe 16/04/2010)

23. Não desconheço que, mesmo após o advento da democracia, a Rússia tem sido notícia na imprensa internacional, devido a alegadas ofensas a direitos humanos e à aplicação excessivamente gravosa de sua lei penal (citem-se, por exemplo, os casos das integrantes da banda *Pussy Riot*, presas quando encenavam uma prece “punk” numa catedral ortodoxa de Moscou, e dos ativistas do *Green Peace*, presos no Ártico ao protestar contra a extração de petróleo).

No caso concreto, entretanto, não foi comprovada de forma suficiente a alegação de caráter político da perseguição penal.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que as infrações penais cometidas na Rússia por Boris não consistem em um mero “vandalismo”, como nos casos *Pussy Riot* e *Green Peace*, mas em crimes contra a Administração Pública.

Em segundo lugar, o depoimento de Alexander Goldfarb (fls. 6142/6144) tampouco foi suficiente para tal demonstração, dado que se trata de pessoa cujo salário era pago por Boris e que, portanto, não se encontra em condições de imparcialidade sobre esse tema. Além disso, trata-se de simples alegações, sem qualquer comprovação concreta.

Em terceiro lugar, as sentenças juntadas estão longamente fundamentadas e indicam a observância do devido processo legal, sendo necessária uma clara demonstração de parcialidade pela Defesa para que pudessem ser desconsideradas.

1.3) Identificação do titular dos valores investidos no Sport Club Corinthians Paulista

24. Demonstrada a prática, por Boris, de delitos na Rússia, passíveis de enquadramento no rol de crimes antecedentes vigente à época dos supostos atos de lavagem no Brasil, resta verificar se os valores investidos no Brasil possuem vínculo, direto ou indireto, com o produto dos ilícitos antecedentes.

Para tanto, a primeira verificação a ser feita consiste em saber se, ao menos, o dinheiro era oriundo de Boris.

Quanto a esse ponto, entendo que restou largamente comprovado. Sem aprofundar a motivação – especialmente considerando que a sentença será favorável às Defesas – indico alguns dos elementos que fundamentam essa conclusão:

a) relatório do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizada (GAECO) (fls. 220/234), com várias indicações de que Boris (juntamente com Badri Patarkatsishvili) era o verdadeiro investidor;

b) transcrição de fita de vídeo de Alberto Dualib (fls. 215/216), em que aquele afirma que Boris é o investidor;

c) perante a Polícia Federal (fls. 80 e 83), Alberto Dualib disse que Pinni Zahavi, Badri Patarkatsishvili e Boris eram os principais investidores;

d) Nesi Curi também disse que os mesmos eram os investidores (fl. 86);

e) em Juízo, tanto Alberto Dualib como Nesi Curi disseram que viajaram a Londres com a finalidade específica de conhecer os investidores. Não é crível que, no entanto, tenham se encontrado com Boris, que não seria o investidor;

g) a tentativa de “apresentar” um suposto investidor, chamado Rafael Filinov, no fim da instrução, mostrou-se absolutamente infrutífera – ninguém no Corinthians jamais ouviu falar de tal pessoa e Kia não deu nenhuma razão plausível do anonimato de tal pessoa desde o início da parceria;

h) na ligação nº 3037570, Andrés Sanches conversa com interlocutor que lhe diz que “Seu Nesi” (Nesi Curi) mencionou conversa com Boris Berezovsky (mídia à fl. 646);

i) Renato Duprat negou que Boris fosse o investidor, mas ligou para ele quando teve problemas com Kia e, logo em seguida, Kia, voltou a lhe telefonar (fl. 725);

j) em vários momentos, os réus alegaram que o investidor seria Badri Patarkatsishvili. Ocorre que, com o falecimento de Badri, Boris ajuizou ação contra o seu espólio, na Inglaterra, afirmando justamente ser o verdadeiro proprietário de metade de todos os bens de Badri, com exceção de casas, em razão de parceria “informal”;

k) Kia já havia atuado como “testa-de-ferro” de Boris em negócios anteriores;

l) logo após a curta detenção de Boris no Brasil, os investimentos diminuíram substancialmente e, em seguida, cessaram.

1.4) Prova de que os valores, de propriedade de Boris Berezovsky, investidos no Sport Club Corinthians Paulista, tem origem, direta ou indireta, nos crimes antecedentes

25. Como já ressaltado por diversas vezes no curso desta sentença, o artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 previa, à época dos fatos imputados na denúncia, que, para a caracterização do delito, os atos de lavagem deveriam incidir sobre “bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” previsto no rol taxativo então vigente.

Reitero: o tipo penal exige que os valores objeto da lavagem sejam bens, direitos ou valores *provenientes* do crime antecedente. A palavra “proveniente” se refere àquilo “que provém; oriundo, procedente” (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1.649). A referência àquilo que provém só pode aludir, no âmbito do direito penal, aos produtos ou aos proveitos do crime, ou seja, à vantagem econômica auferida com a prática do crime, seja direta ou indiretamente.

A doutrina especializada, invariavelmente, interpreta tal expressão como alusiva a produto ou proveito do crime (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38; CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. pp. 169-170; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116). Rodolfo Tigre Maia menciona que “O tipo refere objetos ‘provenientes’ (resultantes, decorrentes, originários, produzidos) dos crimes que menciona, qual seja, quaisquer bens gerados como desdobramento direto ou indireto de um crime” (*Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

26. E como se faz a prova de que os valores objeto da lavagem são aqueles oriundos do crime antecedente?

Também à época dos fatos, o § 1º do artigo 2º dispunha que “a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”. O dispositivo indica que a decisão de recebimento da denúncia, caracterizada por juízo de cognição sumária, não deve exigir prova contundente do delito antecedente, bastando sua demonstração indiciária. Por decorrência lógica, se sequer o delito antecedente precisa estar comprovado de plano, também a determinação de que os bens objeto da lavagem tem naquela infração penal sua procedência não é, ainda, necessária.

É dizer que se mostra admissível a postergação, para o curso da instrução processual, da prova, acima de qualquer dúvida razoável, tanto da existência dos crimes antecedentes como da vinculação do respectivo produto aos atos de lavagem de dinheiro.

Muitas vezes, essa prova é bastante difícil. Em crimes complexos, o produto do crime será, geralmente, convertido e transformado em outros bens, por diversas vezes, tornando pouco provável o rastreamento, com margem de certeza, do seu destino específico. Essa dificuldade se agrava no âmbito da criminalidade mais sofisticada, envolvendo transações internacionais.

Por isso, admite-se a prova indireta, desde que convincente, para demonstrar a ligação entre o bem e o crime. Assim, por exemplo, seria possível demonstrar a lavagem se verificada a condenação de alguém por tráfico de drogas, com elevado potencial lucrativo, seguida da

aquisição, em nome de parentes seus, de imóveis de elevado padrão, sem que se verifique, em contrapartida, qualquer origem lícita que justifique essa compra.

Um indício comum de lavagem de dinheiro é, justamente, a utilização de “laranjas”, “homens-de-palha” ou “testas-de-ferro” para realizar os atos em nome do detentor do produto do crime (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173).

Essa circunstância foi verificada no caso concreto, em que, como dito anteriormente, os réus fizeram um grande, porém inútil, esforço no sentido de esconder que o verdadeiro titular do dinheiro investido no Sport Club Corinthians Paulista fosse o acusado Boris Berezovsky. Kia era, evidentemente, pelas razões expostas anteriormente para demonstrar que o dinheiro provinha de Boris, um mero “testa-de-ferro”, um “fantoche” de Boris.

É claro que toda a gama de artifícios utilizada para esconder o verdadeiro proprietário do dinheiro causa espécie e conduz à suspeita de que, de fato, se trate de dinheiro “sujo”. Afinal, se o dinheiro tem origem lícita, o que justificaria procurar de todas as formas ocultar a identidade de seu titular?

27. Não obstante, a suficiente comprovação de que o titular do dinheiro investido no Sport Club Corinthians Paulista era, de fato, Boris Berezovsky, não é um indício que, por si só, se mostre apto para a condenação.

Em primeiro lugar, embora a alegada perseguição política na Rússia não caracterize, como visto, fundamento para afastar a possibilidade de consideração dos crimes antecedentes para o presente processo, é uma razão bastante plausível para que Boris, exilado no Reino Unido por desavenças com o governo russo, procurasse manter todos os seus investimentos ocultos, a fim de evitar medidas constritivas, legítimas ou ilegítimas, tomadas pelo Kremlin.

Em segundo lugar, a denúncia sustenta que Boris teria cometido crimes entre 1994 e 1995. Não houve nenhuma demonstração do caminho tomado pelo produto desses crimes desde essa data até a transferência de valores para o Sport Club Corinthians Paulista, que se iniciou somente aproximadamente dez anos mais tarde.

Por outro lado, a denúncia afirma que, entre 1992 e 1999, Boris viu seu poder político e econômico crescer, sem asseverar – muito menos demonstrar – que essa ascendência adviria apenas de atividades ilícitas.

28. Não foi demonstrado nos autos, tampouco, que Boris Berezovsky fosse um criminoso profissional. Alegações genéricas de que se trata de um “mafioso” ou de um “gângster” precisam ser sustentadas por provas para legitimar uma condenação criminal. Não importa o que a imprensa divulga ou o que é vox populi: no Estado de Direito, o que é relevante é o que se comprova nos autos da ação penal.

Nesta ação penal, não há qualquer prova da profissionalidade criminosa de Boris Berezovsky. É o próprio Ministério Público Federal que reconhece que “não se pode equiparar Boris Berezovsky a um traficante de drogas que não possui, além de seus negócios escusos, fonte de renda lícita, situação que permite inferir que todos os seus bens são oriundos de atividade criminosa” (fl. 7337).

Alguns países preveem presunções específicas a respeito da ilicitude do patrimônio quando se está diante de um criminoso profissional. No Reino Unido, por exemplo, o *Proceeds of Crime Act* (2002) estabelece, em sua Seção 10, que se deve presumir – no caso de réus que tenham “estilo de vida criminoso” (*criminal lifestyle*), isto é, que sejam criminosos profissionais – que: a) toda a propriedade transferida ao acusado no período de seis anos an-

tes do início do processo teria sido obtida como resultado de sua atividade criminosa; b) toda propriedade mantida pelo acusado após a data da condenação teria sido obtida como resultado de sua atividade criminosa; c) todo gasto havido pelo acusado no período de seis anos antes do início do processo seria financiado por sua atividade criminal; e d) para fins de avaliação da propriedade adquirida pelo acusado, não haveria outros interesses ou direitos pendentes sobre ela (cf. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/10>).

Em Portugal, a Lei nº 5, de 11.01.2002, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê, em seu artigo 7º, presunções específicas a serem aplicadas para o confisco relacionado a determinados crimes previstos em rol específico (cf. http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/combate_crimin_organ.pdf).

Nos EUA, a jurisprudência também tem admitido a utilização de algumas presunções, como a de que, se provado que o acusado obteve dinheiro decorrente de fraude antes da realização de transações financeiras, é possível presumir que o dinheiro empregado seja o objeto do crime antecedente [*United States v. Habhab*, 132 F.3d 757 (7th Cir. 1993)]. Também se entende que não é necessário que o dinheiro seja rastreado até uma fraude específica se demonstrada a prática de atos criminosos à época dos atos de lavagem [*United States v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Cir.1990)]. Ademais, admite-se que somente parte do dinheiro envolvido na transação derive da atividade ilícita [*United States v. Marbella*, 73 F.3d 1508, 1514 (9th Cir.)].

De toda forma, nota-se que, em todos esses países, a aplicação legítima da presunção exige que estejam demonstradas circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, com um grau razoável de probabilidade, que os bens lavados são aqueles obtidos por meio de prática criminosa anterior.

29. No caso concreto, essas circunstâncias não estão presentes. Como visto, não há prova de que Boris não detivesse ganhos lícitos, de modo que não é possível presumir que todo seu patrimônio seja oriundo dos crimes pelos quais foi condenado na Rússia. Mas, ainda que se pudesse considera-lo como criminoso profissional e habitual, fazendo do crime seu modo de vida, seria razoável presumir que os valores aplicados no Brasil são provenientes de crimes praticados dez anos antes? No Reino Unido, como dito, mesmo para criminosos profissionais a presunção vai apenas até seis anos.

Não é razoável a aplicação dessa presunção no Brasil, cujo ordenamento jurídico sequer tem uma previsão legal nesse sentido, para admitir que todos os valores aplicados por Boris no nosso país seriam ilícitos. Até porque, se assim fosse, todos os investimentos que ele realizou durante esse período no Reino Unido deveriam também ser assim considerados e ele deveria responder por lavagem de dinheiro igualmente perante a justiça britânica.

Concluo.

O princípio do Estado de Direito e o conexo princípio da legalidade manifestam no direito penal sua particular relevância. Nos termos do artigo 5º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Decorre daí, na inspirada formulação de Karl Engisch, que “ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a ‘sã consciência do povo’, porque praticou uma ‘ordinarice’ ou um ‘facto repugnante’, porque é um ‘canalha’, ou um ‘patife’ – mas só o pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descritos no ‘tipo (hipótese) legal’ de uma lei penal ...” (*Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. pp. 79-80. destaquei).

Se, conforme aponta o MPF, a parceria entre MSI e Sport Club Corinthians Paulista era “temerária” ou “irresponsável”, se Alberto Dualib e os demais conselheiros que aprovaram a parceria “dobraram-se a interesses econômicos e fecharam os olhos para as suspeitas que

recaíam sobre o pretendente rico que cortejava o SCCP”, se Kia era “mero testa de ferro” de Boris, se ambos (Kia e Alberto Dualib) eram “pessoas despreparadas”, se Kia e Alberto Dualib “foram inescrupulosos ao ocultarem a participação de Boris no empreendimento”, *nada disso é suficiente para uma condenação penal*, porquanto não está preenchido pressuposto essencial para a caracterização de lavagem de dinheiro: a comprovação, acima de dúvida razoável, de que o dinheiro investido no Brasil era proveniente de crimes antecedentes previstos no rol da legislação então vigente.

QUADRILHA

30. A denúncia imputou, ademais, o delito de quadrilha aos réus. Este delito estava assim tipificado à época dos fatos:

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

O delito de quadrilha é tido como um crime de perigo abstrato, que exige uma associação estável e permanente de pessoas para o fim de cometer uma série indeterminada de delitos.

Entende-se que o bem jurídico tutelado seria a paz pública, de modo que somente uma associação criminosa voltada à permanente prática de ações criminosas caracterizaria o delito. Essa estabilidade ou permanência é um dos traços mais importantes a diferenciar a quadrilha do simples concurso de pessoas.

31. No caso concreto, no qual, como visto anteriormente, não se comprovou sequer a prática de um único delito, nem se apontou que a suposta “quadrilha” estaria interessada na prática de outros crimes, está evidentemente descaracterizada a prática do crime.

O que se verificou, na prática, foi apenas a atuação de cada um dos acusados de acordo com seus papéis sociais com a finalidade de realizar os investimentos combinados no clube de futebol. Descaracterizada a suposta lavagem de dinheiro, afasta-se, por decorrência lógica, a perpetração do delito de quadrilha.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *julgo improcedente a pretensão punitiva* deduzida na denúncia, para, com fulcro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, *absolver* os réus KIAVASH JOO-RABCHIAN, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 093023841 e inscrito no CPF sob nº 005.776.939-72, ALBERTO DUALIB, brasileiro, casado, nascido em 01.01.1920, portador do RG nº 1.029.682-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 027.896.208-49, ALEXANDRE VERRI, brasileiro, casado, advogado, portador do RG nº 12.277.216-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 082.290.548-51, PAULO SÉRGIO SCUDIERE ANGIONI, brasileiro, casado, portador do RG nº 2.300.914-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 097.699.277-91, e NOJAN BEDROUD, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 094538819.

Declaro *extinta a punibilidade do réu* BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY (também chamado PLATON ELENIN), russo, casado, nascido em 23.01.1946, portador do passaporte

britânico nº C00165789, com fulcro nos artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal e 107, I, do Código Penal.

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

São Paulo, 31 de março de 2014.

Juiz Federal MARCELO COSTENARO CAVALI

6ª Vara Criminal de São Paulo

AÇÃO PENAL

0001445-79.2010.4.03.6112

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: TNM E ELP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAIGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2014

Vistos, em sentença.

I - RELATÓRIO:

O Ministério Público Federal, lastreado em inquérito policial, ofereceu denúncia em desfavor de TNM e ELP, qualificados, dando-os como incurso nas penas dos artigos 229 e art. 231, § 2º, IV e § 3º, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP).

Aduziu, em síntese, que os réus promoveram e facilitaram a entrada de mulheres estrangeiras no Brasil para aqui exercerem a prostituição, valendo-se de fraudes e grave ameaça, com o fim de obterem vantagem econômica, e mantiveram casa de prostituição, por conta própria e com finalidade lucrativa, onde ocorria a exploração sexual de mulheres.

A denúncia foi recebida em 22/02/2011 e os réus foram citados cf. fls. 129/130, tendo apresentado defesa preliminar às fls. 121/122.

Pela r. decisão de fl. 136 foi determinado o prosseguimento do feito, posto incorrentes as hipóteses do art. 397 do CPP.

Na instrução processual, foram ouvidas oito testemunhas de acusação (fls. 164, 168/171, 365/368 e 469) e duas de defesa (fls. 175/176). Interrogatório dos réus às fls. 177/178, 179/180 e 485/489.

Não foram requeridas diligências na fase do art. 402, do Código de Processo Penal.

Em alegações finais, o Órgão Ministerial argumentou que foram suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria, postulando pela condenação, cf. fls. 499/526.

Os réus, em alegações finais, aduziram que não incidiram nos tipos penais imputados, rogando absolvição por ausência de prova da ocorrência dos fatos narrados na denúncia (fl. 531/533).

Vieram os autos conclusos para sentença. É o breve relato do que consta do caderno processual.

II - FUNDAMENTO E DECIDO:

Ausentes preliminares a serem apreciadas, ou nulidades a sanar, passo de pronto ao mérito da causa, entendendo procedente a denúncia.

Aos réus foram imputados os crimes previstos nos artigos 229 e art. 231, § 2º, IV e § 3º, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP). Passo à análise de cada uma das imputações.

Do crime de tráfico internacional de pessoas – art. 231, do CP

Conforme definição do Protocolo das Nações Unidas para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, o tráfico de pessoas significa o recrutamento, transporte e recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamento ou benefício para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.

Justamente por se constituir - tal tipo penal - em cumprimento de obrigação assumida pelo Brasil em convenção internacional, advém a competência da Justiça Federal:

Sendo o Brasil signatário de convenção internacional para a repressão ao tráfico de mulheres, competente é a Justiça Federal. Art. 109, V, da Constituição Federal de 1988.
(TRF 1, 4ª Turma. ACR 2000.01.00.030202-6/GO, Rel. Juiz Fed. Francisco Neves da Cunha. Publicação 4.6.2004, pg. 37)

O tipo penal está descrito no art. 231, do Código Penal:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O crime se consuma com a entrada ou a saída da pessoa do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição e do consentimento da vítima.

Pois bem. Da análise dos elementos de prova que instruem os autos tenho que os réus incidiram no tipo penal acima descrito. Vejamos.

Apurou-se que, em janeiro de 2010, os réus promoveram a entrada no País da paraguaia RBMS, a fim de que ela aqui viesse exercer a prostituição, empregando fraude para tanto.

Segundo depoimento de RBMS à Polícia (fl. 08), esta foi procurada pela corré TNM na cidade de Curuguatê – Paraguai, que lhe ofereceu emprego como atendente num restaurante que alegou possuir em Mirante do Paranapanema, SP. Aceita a oferta, vieram as duas de ônibus até uma cidade vizinha a Guaíra, PR, e, desta, foram conduzidas pelo corréu ELP até a cidade de Mirante do Paranapanema, SP, em veículo fornecido por este. Chegando ao local, tomou conhecimento de que na verdade o restaurante tratava-se de um prostíbulo, onde RBMS deveria exercer a prostituição. A vítima, inconformada, fugiu do estabelecimento e foi alojar-se na residência da testemunha Cristiano. No dia seguinte, os réus foram até a casa deste para

buscar RBMS, ocasião em que ela se recusou a voltar, quando foi agredida fisicamente por TNM.

Segundo a testemunha Cristiano (fls. 14 e 171), que confirmou o relato da vítima RBMS, ele foi ameaçado de agressão pelo corréu ELP caso se recusasse a devolver RBMS aos réus. Confirmam estes fatos as testemunhas Ivanilde (fls. 17 e 169), José Cícero (fls. 16 e 170) e Wilson Bento (fls. 19 e 168), além do laudo de exame de corpo de delito acostado às fls. 13, que aponta lesões possivelmente feitas por unhas contra a vítima RBMS.

Assim agindo, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada da paraguaia RBMS no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica, empregando violência, fraude e grave ameaça na execução do delito.

Consta também que os réus, em novembro de 2004, promoveram e facilitaram a entrada de RA no território nacional, mediante o fornecimento de dinheiro a ela para que fizesse a viagem de Vado Facho, Paraguai, até Mirante do Paranapanema, SP. RA foi procurada pela corré TNM em sua cidade no País vizinho, tendo lhe oferecido um emprego como doméstica no Brasil mas, da mesma forma que ocorreu com RBMS, ao chegar no endereço da corré, tomou conhecimento de que este era um prostíbulo, onde deveria se prostituir. Por isso, abandonou o local e se refugiou na casa da testemunha Clóvis, onde foi procurada pela corré TNM que a levou de volta ao prostíbulo, de onde fugiu novamente, após ser agredida por ela, retornando à casa de Clóvis. TNM então foi mais uma vez à casa da testemunha, a fim de trazer a vítima para seu prostíbulo e, diante da negativa, exigiu da testemunha o pagamento de R\$ 1.000,00 pela “compra” de RA. Sem sucesso, a corré ameaçou a genitora de Clóvis, insinuando produzir mal futuro à testemunha e ao filho desta.

Comprovam o acima exposto o depoimento de RA à Polícia (fl. 25/26), e os depoimentos das testemunhas Clóvis (fls. 368) e Maria Jandira (fls. 29/30, e 369).

Assim agindo, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada da paraguaia RA no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica, empregando violência, fraude e grave ameaça na execução do delito.

Restou ainda apurado que os corréus facilitaram a entrada de DCC no território nacional a fim de que exercesse a prostituição no estabelecimento deles. Segundo relato de DCC em sede policial (fl. 58), ela veio do Paraguai ao Brasil após receber convite da corré TNM para trabalhar no bar desta e ali “fazer programas” com os clientes. Da renda auferida com esses “programas”, parte é destinada aos corréus. A testemunha Adaiusa confirmou, no inquérito policial (fl. 70) e em Juízo (fl. 469), o depoimento da vítima DCC.

Dessa forma, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada de DCC no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica.

Todavia, no que tange às vítimas IA e RRF, entendendo não comprovadas a autoria e materialidade delitivas, eis que os únicos elementos que permitiriam imputar aos réus a prática do crime do art. 231 do CP, em relação a elas, são os testemunhos prestados por ambas em sede policial e não corroborados em Juízo, não havendo, pois, prova suficiente à condenação por estes fatos.

Do crime de “casa de prostituição” – art. 229, do CP

A denúncia ainda imputa aos réus a prática do delito de casa de prostituição, assim tipificado no art. 229, do CP:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

E o acervo probatório dos autos é farto quanto à comprovação de que os réus também incidiram nesse tipo penal.

Ora, os réus cometeram o delito de tráfico internacional de mulheres a fim de manterem, por conta própria, o estabelecimento (“bar da Neguinha”, na cidade de Mirante do Paranapanema) onde ocorria a exploração sexual das pessoas traficadas, dentre outras mulheres que ali também se dedicavam ao exercício da prostituição.

Com efeito, dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, bem como dos depoimentos prestados pelas vítimas das condutas dos acusados, extrai-se que os réus mantinham, por conta própria, estabelecimento destinado à exploração sexual de mulheres, com intuito de lucro e mediação dos proprietários (os réus), que auferiam parte da renda obtida pelas prostitutas a título de comissões. Nesse sentido, os depoimentos prestados às fls. 08, 14 e 171, 17 e 169, 16 e 170, 19 e 168, 25/26, 29/30, 368, 369, 52, 56, 58, 70 e 469, e 164.

Ressalto que, conforme a prova testemunhal, os réus eram conhecidos por manterem uma casa de prostituição no bar em que trabalhavam, onde, além das mulheres traficadas, outras exerciam a prostituição, utilizando-se dos quartos que haviam nos fundos do “bar” para realizarem seus “programas”, e pagando parte do lucro destes aos réus, a título de comissão ou mesmo aluguel desses quartos.

E, embora os réus tenham negado que em seu estabelecimento ocorresse prostituição (fls. 47, 179/180, e 490), admitiram que possuíam o bar onde as vítimas e testemunhas referiram a ocorrência dos ilícitos a eles imputados, de forma que suas negativas não encontram ressonância na prova dos autos.

De fato, notam-se severas contradições no interrogatório judicial do corréu ELP (fl. 490), que iniciou o ato negando totalmente as acusações, mas ao ser inquirido pelo Douto Promotor de Justiça admitiu que por vezes trouxe mulheres do Paraguai para “passear” no Estado de São Paulo, cobrando delas o combustível da viagem. Também disse que guardava dinheiro delas, a pedido das mesmas, deixando tudo anotado num caderno que objeto de apreensão pela Polícia Federal. Por fim, admitiu que a assinatura lançada à fl. 47, no seu interrogatório constante dos autos de inquérito policial, partiu de seu próprio punho.

Por sua vez, a acusada TNM negou a prática de qualquer dos crimes imputados (fls. 179/180, e 490), em que pese todos os demais elementos de prova não lhe serem favoráveis.

Bem por isso, não merecem credibilidade as alegações dos réus, também não aproveitando ao corréu ELP eventual confissão por ele exarada em sede policial, eis que posteriormente retratada em Juízo.

E nem se diga que o fato de os réus explorarem sua atividade (“bar”) a menos de cem metros do posto da Polícia Militar de Mirante do Paranapanema lhes tornaria impossível a prática dos delitos imputados. Ao contrário, tal circunstância revela a ousadia com que a atividade criminosa era desenvolvida, a par de evidenciar a ineficiência crônica dos órgãos de segurança pública.

Patente, pois, que os réus cometeram o crime de “casa de prostituição”, previsto no art. 229, do Código Penal.

Ausentes causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade dos crimes ora reconhecidos, passo à dosimetria das sanções.

Dosimetria

I - *Corréu ELP*:

1 - *crime de tráfico internacional de mulheres*:

1-a) praticado em relação a RBMS: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-b) praticado em relação a RA: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-c) praticado em relação a DCC: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa.

2 - *crime de casa de prostituição*:

Em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena para este fato definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus.

Tratando-se de concurso material de crimes, somo as penas impostas, na forma do art. 69 do Código Penal, totalizando 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa.

II - *Corré TNM:*

1 - *crime de tráfico internacional de mulheres:*

1-a) praticado em relação a RBMS: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-b) praticado em relação a RA: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-c) praticado em relação a DCC: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa.

2 – *crime de casa de prostituição:*

Em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena para este fato definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus.

Tratando-se de concurso material de crimes, somo as penas impostas, na forma do art. 69 do Código Penal, totalizando 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa.

III - DISPOSITIVO

Com essas razões, acolho parcialmente o pedido constante da denúncia e condeno:

1 - ELP à pena de 12 (doze) anos de reclusão e 30 dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 231, do Código Penal, por três vezes em concurso material; e à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 229 do Código Penal. Em face do concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), somo as penas, que totalizam 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, em valor vigente ao tempo dos fatos.

2 - TNM à pena de 12 (doze) anos de reclusão e 30 dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 231, do Código Penal, por três vezes em concurso material; e à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 229 do Código Penal. Em face do concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), somo as penas, que totalizam 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, em valor vigente ao tempo dos fatos.

Custas pelos réus.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome dos réus no rol dos culpados e oficiem-se aos órgãos de estatística e informações criminais.

Tendo os réus respondido ao processo em liberdade, poderão permanecer soltos até o trânsito em julgado da condenação, salvo ulterior demonstração da presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar.

Cópia desta sentença, devidamente instruída com o Termo de Apelação, servirá de CARTA PRECATÓRIA, com prazo de 30 (trinta) dias, à JUSTIÇA ESTADUAL DA COMARCA DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, para INTIMAÇÃO dos réus.

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

Juiz Federal BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0050508-23.2011.4.03.6182

Embargante: ELMO DE ARAUJO CAMÕES FILHO

Embargada: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

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

Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2014

Trata-se de embargos à execução fiscal movida para cobrança de multa pecuniária imposta pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, com fundamento no art. 11, inciso II, par. 1º inciso I da lei nº 6.385/76. Alega a parte embargante que:

a) Não há nexo de causa entre os elementos fáticos nos quais se baseia a sanção pecuniária aplicada;

b) Não houve danos ou prejuízos à Ordem Econômica Nacional, tampouco aos investidores ou às Bolsas de Valores que justificassem a aplicação da sanção pecuniária;

c) A CVM não tem competência legal para fiscalizar e regular o mercado face à atuação das Bolsas de Valores Mobiliários;

d) Violação ao devido processo legal, por ocasião da tramitação do inquérito administrativo;

e) A decretação da liquidação extrajudicial e consequente solidariedade do embargante, com indisponibilização de seus bens, desconstituiu o débito em cobro;

f) Ocorrência da prescrição;

g) A citação editalícia foi nula.

Emenda da petição inicial a fls. 528/529, para juntada de documentos essenciais a fls. 531/567.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo a fls. 568.

O embargado apresentou impugnação a fls. 595 e ss, refutando um a um os pontos da petição inicial.

Houve réplica a fls. 966 e ss.

Foram rejeitados os embargos de declaração interpostos em face da decisão que determinou a conclusão dos autos para sentença, tendo em vista tratar a presente lide apenas de matéria de direito (fls. 977).

Vieram os autos conclusos para decisão.

É o relatório. DECIDO.

PRECLUSÃO DE MATÉRIA: CITAÇÃO EDITALÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TORNAR A DECIDIR.

A argumentação referente à nulidade da citação por edital, não merece ser conhecida, pois já foi objeto de deliberação no executivo fiscal a fls. 147/148, conforme segue:

A alegação de nulidade base puramente formal, mas não colhe êxito em vista das particularidades do caso.

Com efeito, a carta de citação foi entregue no endereço que o executado afirma ser seu e foi devidamente recebida.

Além disso, sua residência recebeu visita do Oficial de Justiça, que a certificou a fls. 91.

Desse modo, é evidente que tinha ciência da execução fiscal há muito e que a suspeita de ocultação aventada pela Sra. Oficial de Justiça se confirma.

Por outro lado, o executado está alegando a própria torpeza.

Somente agora, após o bloqueio eletrônico de valores, comparece o executado com o fito de anular os atos processuais, sendo evidente que seu único interesse consiste na ineficácia da constrição.

Em outra execução, conforme certificou a Sra. Oficial, repetiu-se essa conduta típica de litigante de má-fé.

Assim, sobram motivos para repelir sua pretensão:

1. Primeiramente, ninguém pode se beneficiar de sua própria má-fé;
2. A citação por edital que se reputa nula na verdade foi desnecessária, porque o executado já havia sido citado por via postal em seu endereço (que agora confirma ser, realmente, o seu);
3. Suas tentativas de ocultação - bem como de seu patrimônio - têm atravancado esta execução, que se processa desde 1997.

Pelo exposto, indefiro o pedido de nulidade dos atos processuais.

Quanto à nomeação de bens à penhora, não tem o menor propósito, em face do quadro acima explicitado, sendo certo ainda que foi penhorado dinheiro, bem que está no primeiro grau de preferência legal. Recebo esse pedido como pleito de substituição de bens penhorados. E determino que se abra vista ao exeqüente, para que sobre ele se manifeste.

Desse modo, houve PRECLUSÃO. Não há espaço nem ocasião para a parte embargante reiterar sua inconformidade quanto a esse ponto. Houve inclusive interposição de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento. Não cumpre a este Juízo tornar a deliberar matéria que já foi suficientemente decidida.

Não se pode simplesmente reiterar, ad libitum, questões já decididas e a respeito das quais já se consumou preclusão.

É o que reza o art. 473, do CPC:

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Essa vedação, que se aplica à parte, igualmente incide sobre a atividade do Juiz: “Art. 471/ CPC. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, (...)”

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em ocasião similar, que matéria já revolvida em objeção de pré-executividade (portanto matéria de ordem pública, à semelhança do que aqui ocorre) não pode ser reapreciada em sede de embargos à execução fiscal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por meio de exceção de pré-executividade, o que não quer dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil.
2. Aventada a ocorrência de prescrição mediante objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto

da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias dos embargos de devedor.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no REsp nº 795.764, Ministro Castro Meira, DJ 26/05/2006)

Do voto do eminente Ministro Relator CASTRO MEIRA, no mesmo EDcl no REsp nº 795.764, destaco:

A irresignação da embargante cinge-se tão-somente à preclusão de matéria alusiva à ocorrência de prescrição do crédito tributário cuja cobrança foi levada a efeito por meio deste executivo fiscal.

Mediante exceção de pré-executividade, a recorrente argüiu a decretação da prescrição do crédito, pedido acolhido pela sentença primária e rechaçado pelo Tribunal *a quo*.

Nesta instância especial a decisão da Corte revisora foi mantida, afastando-se a ocorrência da prescrição do débito em comento.

Naquela oportunidade, esta Casa rejeitou as razões da recorrente, tendentes a imputar à exeqüente a responsabilidade pelo decurso do prazo prescricional sem qualquer marco interruptivo de prescrição, prestigiando a diretriz aqui assentada sob o verbete sumular nº 7, segundo o qual o simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Reclama agora manifestação acerca da possibilidade de poder travar novo embate sobre o mesmo assunto em âmbito de embargos de devedor.

Ora, é sabido que, muito embora não prevista na legislação pátria, a objeção de pré-executividade perfaz incidente de defesa perante o qual é dada a discussão acerca de questões de ordem pública que contaminem o título executivo de maneira clara, independentemente de dilação probatória. Admite-se que, diante de vício flagrante a vulnerar a execução em curso, a defesa do executado se processe sem os requisitos enumerados no Diploma Processual pátrio, tal como a garantia do juízo.

Contudo não se trata de nova modalidade de defesa do executado, mas apenas de prestígio ao princípio da economia processual, evitando-se, assim, a formação de novos autos apartados para a defesa e, conseqüentemente, a demora na prestação jurisdicional.

Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por intermédio de petição simples, o que não implica dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim sendo, forçoso concluir que, tendo sido aventada a ocorrência de prescrição por meio de objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias. Isso porque a executada já exerceu seu direito de defesa.

Portanto, julgo preclusa a matéria relativa à validade da citação, cuja discussão ficou manifestamente superada.

PRESCRIÇÃO - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA

A natureza jurídica da multa imposta por infração administrativa é a de “Dívida Ativa Não-Tributária”, nos termos do artigo 39, § 2º, da Lei 4.320/64:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária

são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, *multa de qualquer origem ou natureza*, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (GRIFEI)

Sendo assim, não se submete à prescrição prevista no artigo 174, do Código Tributário Nacional, ainda que sua cobrança esteja sujeita às regras da Execução Fiscal, de acordo com o disposto no artigo 2º da Lei 6.830/80.

O E. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para cobrança de multas administrativas é de cinco anos, afastando-se de sua orientação anterior, segundo a qual a prescrição seria vintenária ou decenal, tratadas, respectivamente, pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

Vale mencionar os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. SUNAB. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Inexistindo regra específica sobre prescrição, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos princípios gerais do direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional.

2. O prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa é de cinco anos.

3. As hipóteses em que transcorreu o prazo prescricional, contado da decisão que ordenou o arquivamento dos autos da execução fiscal por não haver sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, estão sob a disciplina do art. 40, § 4º, do Código Tributário Nacional.

4. Tendo a execução fiscal permanecido suspensa por mais de sete anos, sem ao menos ter sido efetivada a citação, ocorreu a prescrição intercorrente, já que o prazo teve início quando do despacho que ordenou o arquivamento (24.10.00).

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1026725/PE; RECURSO ESPECIAL2008/0021849-7; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 15/05/2008; DJe 28.05.2008)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A relação de direito material que deu origem ao crédito em execução - infringência ao art. 1º do Decreto-Lei 5.998/43, que diz:

“As usinas e destilarias somente podem dar saída no álcool de sua produção, quando consignado ao Instituto do Açúcar e do Alcool, ou quando sua entrega a terceiros tenha sido autorizada por esse órgão” - é regida pelo Direito Público, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.

3. Em atenção ao princípio da isonomia, é de cinco anos o prazo para que a Administração Pública promova a execução de créditos decorrentes da aplicação de multa administrativa, se não houver previsão legal específica em sentido diverso.

4. Hipótese de execução fiscal ajuizada em fevereiro/1990, mais de cinco anos depois de encerrada, na seara administrativa (dezembro/1984), a discussão acerca da exigibilidade de auto de infração lavrado em julho/1980.

5. Recurso especial parcialmente provido, para julgar procedentes os embargos à execução, declarando-se a prescrição dos valores cobrados.

(REsp 855694/PE; RECURSO ESPECIAL; 2006/0137090-8; Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126); PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 13/05/2008; DJe 29.05.2008)

Por fim, transcrevo a seguinte ementa, de julgado relatado pelo Em. Min LUIZ FUX:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRAZO QUINQUÊNAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO VINTENÁRIO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O recurso especial é inadmissível para a cognição de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento.

2. Ademais, como de sabença, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula 282/STF).

3. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros.

4. Não há violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação.

5. A Administração Pública, no exercício do *ius imperii*, não se subsume ao regime de Direito Privado.

6. Ressoa inequívoco que a inflicção de sanção às ações contra as posturas municipais é matéria de cunho administrativo versando direito público indisponível, afastando por completo a aplicação do Código Civil a essas relações não encartadas no *ius gestionis*.

7. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas.

8. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

9. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º *caput*: “Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

10. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.

11. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada *in casu*.

12. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo

de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.

3. Recurso especial improvido.”

13. Precedentes jurisprudenciais: REsp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, REsp 436.960/SC, DJ 20.02.2006.

14. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 951568/SP; 2007/0221044-0; Relator(a) Ministro LUIZ FUX; PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 22/04/2008; DJe 02.06.2008)

A execução é de multa administrativa, aplicada por decisão da CVM em 27.12.1994, mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por ato de 26.11.1996 e exigível com acréscimos a partir de 17.02.1997.

Ainda, quanto à interrupção da prescrição, merecem menção os seguintes dispositivos:

- Art. 219, §§ 1º a 4º, do CPC, em sua redação originária:

A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação. Incumbe à parte, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

- Os três primeiros parágrafos, na redação atribuída pela Lei nº 8.952, de 1994:

A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

- O art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830, de 1980:

O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

- O art. 174, par. Único, do CTN, na redação que lhe foi dada pela LC nº 118/2005:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Das regras citadas, o art. 8º, par. 2º da Lei nº 6.830 deve ser entendida em interpretação sistemática com o Diploma Processual Civil, cuja vigente redação não fez senão consagrar o

entendimento que a Jurisprudência sempre atribuiu à originária. Em outras palavras, na execução da dívida ativa da Fazenda, esta deve promover a citação, para que a mesma retroaja à data do ajuizamento (é o que diz, no fundo, a própria Lei nº 6.830, presumindo que o despacho de citação ocorra nessa data; o que nem sempre ocorre, nos locais onde haja distribuição de feitos a mais de um Juízo, mas deveria ocorrer, a bem da celeridade processual). Promover significa fornecer os meios que cabem à parte, quer dizer, as despesas quando devidas e o endereço aonde se postará a carta mencionada pelo art. 8º, I, da LEF.

Se o aviso de recepção não retornar no prazo de quinze dias (art. 8º, III, da LEF), far-se-á a citação por oficial de justiça, ou por edital. Entendo, em face disso, que o exequente beneficiado pelo rito especial da Lei nº 6.830 está vinculado ao seguinte regime:

- dispõe dos dez dias subsequentes ao despacho de citação para fornecer os meios de citação pela via postal (se já não o fez);
- se, em quinze dias, não retornar o AR, o juiz prorrogará (ou, no silêncio da autoridade, prorrogar-se-á automaticamente pelo máximo, já que a disposição é imperativa e não lhe deixa discricção) o prazo até noventa dias, para que o interessado promova a citação por oficial de justiça ou por edital;
- se, nessa dilação, forem fornecidos os meios - isto é, o correto endereço no primeiro caso e as providências de publicação no segundo - o exequente não será prejudicado por eventual demora, que se presumirá imputável à máquina judiciária (já que mais nada se lhe pode exigir, razoavelmente).

Preenchidas essas condições, o exequente gozará da interrupção retroativa à data em que entregou a inicial ao protocolo judiciário, mesmo que a citação tenha sido ordenada por juiz incompetente (*caput* do art. 219, CPC).

A execução fiscal foi ajuizada em 13 de novembro de 1997, sendo o executado, ora embargante, regularmente citado por AR em 10.03.1998 (fls. 06 - executivo fiscal).

Já com a petição inicial foram fornecidos os meios necessários à citação. O ligeiro retardamento deveu-se exclusivamente ao mecanismo judiciário, sem culpa imputável à parte exequente - ora embargada.

Invocável, ao abrigo de qualquer dúvida, o enunciado sumular nº 106/STJ:

PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCÍCIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

Desta forma, fica afastada qualquer especulação a propósito de ocorrência da prescrição.

COMPETÊNCIA - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Compete à CVM, nos termos do art. 8º, I e III, da Lei 6.385/76, regulamentar e fiscalizar as atividades e serviços do mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam, e aos valores ali negociados. À época da aplicação da multa, o par. 1º do referido artigo, tinha a seguinte redação: “O disposto neste artigo não exclui a competência das bolsas de valores com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados.”

No cumprimento desses deveres, a autarquia-exequente atua como Administração Pú-

blica, exercendo poder de polícia, de modo a condicionar e restringir condutas individuais em benefício do interesse social.

A Lei 6.385/76, em seu artigo 11, dispõe sobre as competências atribuídas à CVM e as penalidades aplicáveis aos infratores, prevendo dentre elas, a multa.

Portanto, é descabido o argumento de que a CVM não teria competência legal para fiscalizar e sancionar operações que estão relacionadas com sua própria razão de ser.

Mesmo que a lei não houvesse sido suficientemente clara - e o foi - a atribuição da CVM para o caso decorreria das finalidades de sua criação enquanto pessoa jurídica de direito público.

Na verdade ocorre o oposto do que a parte embargante alega: a competência da CVM é que se impõe malgrado a existência da Bolsa de Valores (pessoa jurídica de direito privado) e não o inverso.

Em notável voto a propósito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, relacionados com a competência fiscalizatória e punitiva da Comissão de Valores Mobiliários, restou reconhecido que essa Autarquia não apenas pode agir, como deve fazê-lo, sendo implícito tal poder-dever no exercício da polícia do mercado de capitais. Transcrevo-o na parte em que interessa ao presente:

Há muito que a leitura do princípio da proporcionalidade não mais se assenta apenas sobre a proibição do excesso, tendo-se expandido, também, para vedar a proteção deficiente dos bens jurídicos, segundo a lição de Lênio Luiz Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (Lênio Luiz Streck. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p. 180).

Ademais, relembro o disposto no art. 11 da Lei nº 6.385/76, que traça o modelo legal de sanções administrativas atribuídas à Comissão de Valores Mobiliários, prevendo as seguintes penalidades: I - advertência; II - multa; III - suspensão do exercício de cargo de administrador de companhia aberta ou de entidade do sistema de distribuição de valores; IV - inabilitação para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI - cassação da autorização ou registro indicados no inciso anterior.

De fato, a interpretação dessa norma deve levar em conta as finalidades do exercício do poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários, com vista à proteção e à guarda dos bens jurídicos e fins sociais, assim previstas pelo mesmo Diploma Legal:

“Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

[...]

II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob

controle de capitais privados nacionais;

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários.

[...]

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

[...]

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.

§ 1º. Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá:

I - suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores;

II - suspender ou cancelar os registros de que trata esta Lei;

III - divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado;

IV - proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular” (sem grifos no original).

Ora, para o cumprimento de tais misteres, não se mostraria razoável restringir o uso das sanções disponíveis à CVM, tendo em vista seu melhor aparelhamento quando da apuração dos fatos ilícitos e da reprimenda do caso concreto.

O silêncio do art. 11 da Lei nº 6.385/76, quanto à possibilidade de aplicação cumulativa de sanções, antes de representar espécie de “silêncio eloquente”, a impedir tal espécie de apenação, deve ser interpretado como técnica legislativa que prestigia a garantia do exercício efetivo, autônomo e independente das funções da Comissão de Valores Mobiliários que, no mais das vezes, depende de um juízo de oportunidade e conveniência quanto ao tipo e grau de reprimenda adequada ao caso concreto, devido à natureza altamente cambiante e complexa do mercado em destaque e dos ilícitos que lhe são peculiares. Desse modo, deixa-lhe margem de liberdade para aplicar a sanção de acordo com a espécie e a gravidade da falta cometida. Ciente dos desafios que o exercício do poder de polícia impõe à Administração Pública, no referente à interpretação dos fatos e à escolha dos meios mais adequados para restringir e condicionar a liberdade dos cidadãos, com vistas ao interesse público, a doutrina brasileira tende a atribuir-lhe o caráter discricionário, máxime quando a lei não detalha a forma como tal prerrogativa pública deverá ser desempenhada, o que ocorre no caso dos autos.

Neste sentido, é o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quando a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário.

Em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar a solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado. O exemplo mais comum do ato de polícia vinculado é o da licença. Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado,

porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará; é o que ocorre na licença para dirigir veículo automotores, para exercer determinadas profissões, para construir. No segundo caso, o ato é discricionário, porque a lei consente que a Administração aprecie a situação concreta e decida se deve ou não conceder a autorização, diante do interesse público em jogo; é o que ocorre com a autorização para porte de arma, com a autorização para circulação de veículos com peso ou alturas excessivos, com a autorização para produção ou distribuição de material bélico.

Diante disso, pode-se dizer que o poder de polícia tanto pode ser discricionário (e assim é na maior parte dos casos), como vinculado” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 106-107).

Na mesma linha, são a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“Reina alguma controvérsia quanto à caracterização do poder de polícia, se vinculado ou discricionário. Em nosso entender, porém, a matéria tem de ser examinada à luz do enfoque a ser dado à atuação administrativa.

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que as autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder discricionário.

[...]

O inverso ocorre quando já está fixada a dimensão da limitação. Nessa hipótese, a Administração terá de cingir-se a essa dimensão, não podendo, sem alteração da norma restritiva, ampliá-la em detrimento dos indivíduos. A atuação, por via de consequência, se caracterizará como vinculada. No exemplo acima dos rios, será vedado à Administração impedir a pesca (não havendo, obviamente, outra restrição) naqueles cursos d’água não arrolados como alvo das medidas restritivas de polícia” (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 80).

(REsp 1130103/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010)

O precedente citado versa sobre punição diversa da aqui cogitada, mas serve como forte apoio à idéia de que a CVM não apenas tinha a potencialidade de atuar com severidade no caso presente - porque detinha atribuição legal - como também devia fazê-lo, sob pena de o Estado vir a ser responsabilizado por omissão.

Rejeito, portanto, a alegação de incompetência da CVM.

INEXISTÊNCIA DE DANO. REQUISITO NÃO IMPOSTO POR LEI PARA FINS DE RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O dano é requisito legal da responsabilidade civil e não da responsabilidade administrativa.

Trata-se de mais um dos muitos argumentos falaciosos dos presentes embargos. Alega-se a ausência de pressuposto que, em verdade, não é previsto em lei para fim da reprimenda administrativa imposta.

Primeiramente, a afirmação sequer foi provada, de modo que não se houve a parte embargante com o cumprimento de seus ônus processuais.

Em segundo lugar, não há necessidade de demonstrar-se dano ao mercado de capitais, ou à ordem econômica nacional, para que se caracterize a responsabilidade administrativa e consequente punição.

Repito, para que não haja dúvida ou mal-entendido: o dano é pressuposto legal da responsabilidade civil e não daquela espécie que se discute nestes autos, nem da respectiva multa.

NEXO LÓGICO ENTRE A CONDUTA E A PENALIDADE APLICADA

A multa foi imposta legitimamente, devendo ser repelidos os fundamentos arguidos pelo embargante em sentido contrário.

Essa penalidade tem origem em operações simuladas realizadas por investidores, atuando em nome próprio e de terceiros, com finalidades antijurídicas e propósito de lucro, coletivamente conhecidas pela infame denominação “caso Nahas”.

Mais especificamente, os investidores criaram condições artificiais de demanda, oferta ou preço e/ou manipularam preços, todas faltas graves devidamente previstas em Regulamento (Instrução CVM nº 08/1979; e na Lei que lhes cominou penalidades (Lei nº 6.385/1976, art. 11, incs. I a IV).

A atuação do embargante ELMO foi individualizada pela autoridade, que lhe aplicou a multa de 8% do valor de operações canceladas pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, no mês de junho de 1989. A respectiva penalidade foi dimensionada de forma pessoal, específica e considerando-se a conduta do agente individualmente.

Apurou-se que o embargante valeu-se de Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (Capitânea DTVM) e de um testa-de-ferro, Roberto Robillota Filho, mas que todos os negócios eram da responsabilidade de Elmo Camões Filho.

O embargante foi especificamente condenado por ter participado diretamente na alta artificiosa das cotações no mercado naquele ano de 1989, relacionada com a concentração de negócios dissimulada pelo emprego de pessoas interpostas.

Empregou a Comissão de Valores Mobiliários a definição corrente e aceita de manipulação, também admitida à época dos fatos pela autoridade norte-americana (SEC). Estava embasada não em uma operação isolada, mas no conjunto das operações realizadas nos mercados à vista, a termo, de opções e futuro de índice, na concentração de posições nesses descritos mercados e no volume de negócios realizados.

Na verdade, não haveria outra maneira de estabelecer os ilícitos, a não ser considerando a concentração, o conjunto das operações simuladas, o emprego de intermediários diversos como indícios que, interpretados como um sistema, apontam para as infrações reprimidas.

A conclusão geral indicou que os vários grupos participantes, dentre eles o embargante, provocaram distorções na livre formação de preços do mercado, em seu próprio benefício. A única peculiaridade foi a de que o Grupo Elmo atuou em menor escala em relação aos demais partícipes da trama. Sua punição por via de reprimenda financeira considerou tais especificidades. Não somente há nexo lógico entre a conduta apenada e a sanção incorrida, como também com a quantidade e natureza dessa sanção. Rejeito, portanto, as alegações do embargante em sentido oposto.

VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFIRMAÇÃO GRATUITA E NÃO COMPROVADA

O devido processo legal integra diversos princípios, dentre eles o da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de recursos. Todos foram indisputavelmente observados pela autoridade administrativa. Mais uma vez, os embargos clamam no vazio, sem supedâneo sério para suas alegações.

O ato impositivo de reprimenda, amplamente motivado, foi precedido do trabalho de comissão de inquérito administrativo, cujo relatório límpido, detalhado e primoroso está colacionado a fls. 411 e seguintes.

À parte embargante foi oportunizada defesa perante a presidência da CVM, reproduzida a fls. 696. Defesa ademais técnica, subscrita por advogado e acadêmico prestigioso.

A ata de julgamento do inquérito CVM nº 07/1989 (fls. 707 e seguintes) está substancialmente fundamentada, definindo a infração investigada e suas balizas; seu conceito na órbita interna e internacional; a conduta de cada qual dos investidores e intermediários envolvidos e a pena aplicada a cada um, de modo detalhado e até perfeccionista.

Observo que o embargante ELMO teve nova oportunidade de, amparado por defensor muito qualificado, apresentar recurso voluntário ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (fls. 922), afinal rejeitado fundamentadamente (fls. 954).

Assim sendo, analiso as frágeis objeções do embargante:

a) É incorreto que o indiciamento no inquérito administrativo tenha prejudicado o exercício da ampla defesa. Pelo contrário, ela foi exercida até o esgotamento da instância administrativa, inclusive com acesso aos recursos a ela inerentes;

b) O embargante, como os demais envolvidos, teve oportunidade de deduzir defesa técnica, assinada por profissional prestigiado, com plena ciência das apurações do inquérito administrativo.

c) A multa aplicada não é de natureza penal, mas administrativa, o que põe por terra a linha de argumentação da parte embargante;

d) O que é chamado nos embargos de “norma ancilar interna” da CVM é na realidade o regulamento que baixou com base no seu poder de polícia sobre o mercado de capitais;

e) A conduta dos agentes, inclusive o embargante, não pode ser reputada lícita à época dos fatos, porque desbordou a simples especulação e tomou os moldes de manipulação do mercado e de seus preços, ampla e tecnicamente demonstrada pela autoridade administrativa;

f) Eventual corresponsabilidade das bolsas envolvidas não elimina a responsabilidade do embargante. E, mesmo assim, aquela primeira existe apenas no plano das cogitações do embargante, não tendo sido analiticamente comprovada;

g) Não apenas havia regulamentação preexistente aos fatos, como os coautores e partícipes tinham plena consciência de seu caráter imoral e antijurídico, tanto que se serviram de pessoas interpostas com a finalidade de ocultar a concentração de operações.

h) Não há que falar em inexistência de defesa que foi efetivamente exercida, em mais de um grau administrativo e cujas peças estão reproduzidas nestes autos.

SUPOSTA DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO PELA DISSOLUÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO DTVM ou PELA INDISPONIBILIDADE DE BENS – RELAÇÃO NENHUMA COM A RESPONSABILIDADE POR ILÍCITO PESSOALMENTE COMETIDO PELO EMBARGANTE

O devedor inscrito como tal no livro de dívida ativa e respectiva certidão é a pessoa

física do embargante. Ele, da mesma forma, foi considerado responsável pela infração reprimida com pena pecuniária. A Distribuidora de Títulos e Valores mobiliários foi considerada instrumento para o perfazimento de atos ilícitos. Portanto, nem a indisponibilidade de bens decretada na esfera administrativa, nem a liquidação da pessoa jurídica guardam qualquer relação com a responsabilidade do embargante com ilícito de sua própria autoria e que lhe foi pessoalmente imputado.

A presente execução é de multa imposta a pessoa física, em resumo e nada tem a ver com a corresponsabilidade de sócio ou de administrador por débito de pessoa jurídica.

O capcioso raciocínio dos embargos dirige-se a uma pessoa jurídica que foi considerada meio para o ilícito, mas que não sofreu, ela própria, a penalidade em curso de cobrança. Esta foi cominada diretamente à pessoa natural do embargante, não havendo nenhum sentido ou nexo lógico na argumentação que, erroneamente, pressupõe a desconstituição do título executivo.

Também neste ponto, a defesa apresentada pela parte embargante sofre do vício de *non sequitur*. Incorre, mais propriamente, no sofisma da *ignoratio elenchi*. Tal se dá quando se aventam premissas irrelevantes para a conclusão desejada.

Argumento irrelevante, repise-se, porque a liquidação de pessoa jurídica não tem nenhuma relação com a multa imposta pessoal e diretamente a uma pessoa natural. Irrelevante, outrossim, porque não há nenhum nexo entre a indisponibilidade de bens, motivada por aquela liquidação e a multa imposta por ato ilícito de pessoa física, em procedimento também diverso.

ORNAMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO PUNITIVO e DA CDA NÃO FORAM ABALADOS

Os atos administrativos que desaguam na inscrição, como essa própria e a certidão dela retirada gozam de presunção de veracidade e legitimidade.

Além disso, a certidão de dívida ativa também goza da liquidez e certeza decorrentes de sua classificação legal como título executivo extrajudicial.

No caso, a CDA apresenta-se perfeita, com a descrição adequada do débito e seus acréscimos legais, cuja legislação de regência foi oportunamente mencionada, abrindo oportunidade para a defesa de mérito do contribuinte.

A principal decorrência desse fato é o de que, em executivo fiscal, o ônus da prova recai integralmente sobre o devedor.

Ele deve, na qualidade de pólo ativo dos embargos do devedor, demonstrar todos fatos constitutivos de sua pretensão elisiva do título executivo.

O exequente nada tem de demonstrar, embora possa eventualmente fazer contraprova. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso a certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório.

(Acórdão da 5ª T. de extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel. Cív. nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11)

Se isso pode-se dizer da Certidão de Dívida Ativa, na mesma toada podem ser lembrados os ornamentos do ato administrativo punitivo que deu origem remota ao débito em curso de cobrança.

Somando-se a isso que o ato administrativo (auto de infração e imposição de multa) é dotado de presunção de veracidade e legitimidade, tem-se a inelutável conclusão de que improcede a linha de defesa da embargante.

Comentam os doutrinadores, acerca desses predicamentos:

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”. São Paulo, Atlas, 1990, p. 150)

Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta característica é comum aos atos administrativos em geral. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 195)

Daí se segue a consequência da

... transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia. (MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. São Paulo, RT, 1988, p. 118)

Dos mencionados ônus, a parte embargante não se desincumbiu adequadamente. De onde a improcedência dos embargos.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e demais elementos dos autos, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS e subsistente o título executivo. Condeno a parte vencida no pagamento de honorários, arbitrados em 10% sobre o valor exequendo devidamente atualizado. Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, em que se prosseguirá.

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

São Paulo, 19 de março de 2014.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO ORDINÁRIA

0007146-26.2012.4.03.6120

Autores: EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA. E OUTROS
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiza Federal: VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2013

Vistos etc.,

Trata-se de demanda ajuizada por EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA., RUI MARTINS DE OLIVEIRA, JOAQUIM CONSTANTINO NETO, HENRIQUE CONSTANTINO, CONSTANTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR e RICARDO CONSTANTINO em face da UNIÃO FEDERAL postulando autorização para o depósito do crédito tributário constituído no PA 18088-720.298/2012-62, para o fim de declarar que possui os mesmos efeitos do pagamento e que representa a integralidade do crédito tributário, permitindo o benefício de redução da multa de ofício em 50% e assegurando a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa SELIC, a partir da data do depósito.

Pleiteiam também a declaração de inaplicabilidade do artigo 806, do CPC e, em caso de procedência da demanda, que:

a) se obtiverem êxito na impugnação administrativa ou judicial, o depósito reverta em seu favor;

b) se não obtiverem êxito na impugnação administrativa ou judicial, o depósito seja convertido em renda da União como pagamento integral do crédito tributário, beneficiando-se da redução no valor da multa;

c) se obtiverem êxito parcial na impugnação administrativa, que o depósito seja proporcionalmente repartido entre as partes e a parte autora seja beneficiada pela redução no valor da multa.

Argumentam na inicial que foram autuados em razão de omissão de receitas decorrentes de ganho de capital na alienação de veículos e de receitas de aplicações financeiras do numerário supostamente decorrente dessas alienações. Ressaltam seu direito ao depósito judicial do crédito tributário controvertido enquanto discutem a legalidade do débito na via administrativa e judicial para evitar os efeitos da mora e a instauração de processo criminal tributário.

De outra parte, defendem a pretensão de terem o benefício da redução do valor da multa conforme artigo 6º, I, da Lei 8.218/91, dizendo que o depósito de R\$ 5.500.00,00 que efetuam equivale ao pagamento da integralidade do débito referido no dispositivo por aplicação dos artigos 110, do CTN e 334, do Código Civil, e os livra da incidência de juros de mora.

Instruem a inicial com auto de infração IRPF no valor de R\$ 5.476.239,27 incluindo R\$ 2.949.538,99 de multa (fls. 60/78), auto de infração CSLL no valor de R\$1.914.142,19 incluindo R\$ 1.030.581,34 de multa (fls. 79/97), relatório de atividade fiscal IRPF e CSLL (fls. 98/176), termo de sujeição passiva de responsabilidade pessoal (fls. 178/187), representação fiscal para fins penais (fls. 189/202), recibo de entrega de arquivos digitais (fl. 204), cópia de minuta de recurso administrativo (fls. 205/223), termos do processo administrativo de fiscalização (fls. 225/232).

Custas recolhidas (fl. 21).

Os autores juntam comprovantes de depósitos no valor de R\$ 5.500.000,00 (fls. 235/243).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, oportunidade em que foi determinada a conversão da medida cautelar para ação ordinária (fls. 244/246).

A parte autora pediu a reconsideração da decisão e interpôs agravo de instrumento, informando que protocolou impugnação administrativa por via eletrônica, conforme extrato processual que comprova a entrega dos arquivos digitais (fls. 251/291), tendo o TRF3 indeferido o efeito suspensivo do recurso (fls. 298/300).

A União apresentou contestação defendendo a legalidade de sua conduta sob o argumento de que o depósito realizado pelos autores não contempla a integralidade do crédito tributário e não pode ser equiparado ao pagamento, motivo pelo qual a parte autora não faz jus à redução da multa. Ao final, requereu a conversão do numerário depositado em juízo em renda, com fundamento no art. 32, § 2º da Lei 6.830/80 (fls. 303/310).

Intimadas a especificar as provas que pretendem produzir, a parte autora requereu a procedência da ação, aduzindo que o depósito e o pagamento produzem os mesmos efeitos perante o Fisco (fls. 313/315), e a União pugnou pela improcedência do pedido (fl. 316).

É o relatório.

DECIDO:

Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

A autora vem a juízo postular a declaração de que o depósito que fez (1) representa pagamento integral do crédito tributário e, portanto, (2) tem os mesmos efeitos do pagamento, mormente o de (3) ensejar o direito ao benefício da redução da multa e (4) implica na não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa SELIC, a partir da data em que realizado. Pedem, também, (5) que no caso de procedência da impugnação administrativa o depósito seja revertido em seu favor.

1) Quanto à *declaração de existência de depósito integral*, ao que consta dos autos houve depósito judicial de R\$ 5.500.000,00 (fls. 238/243).

Todavia, foi lavrado auto de infração IRPF no valor de R\$ 5.476.239,27 (fls. 60/78) e auto de infração CSLL no valor de R\$1.914.142,19 (fls. 79/97), o que totaliza um débito de R\$ 7.390.381,46.

Logo, não houve depósito integral.

2) Se o depósito não é integral, naturalmente, *não tem os mesmos efeitos do pagamento*.

Ora, como já observado na decisão liminar, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (art. 110, CTN), entendendo-se que também não pode alterar os institutos do Código Civil.

Daí porque, os autores invocam a aplicação do artigo 334, do Código Civil que diz que se considera pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

Diferentemente do direito privado, que equipara o depósito ao pagamento para todos os efeitos (art. 334, CC), porém, o *depósito* do crédito tributário limita-se a suspender a exigibilidade da obrigação tributária (art. 151, II, CTN) eis que somente o *pagamento* extingue a obrigação tributária (art. 156, I, CTN).

O pagamento exonera o devedor da obrigação tributária e os valores devidos passam imediatamente para a esfera de disponibilidade da União, com a extinção da obrigação tributária.

Já no depósito, os valores consignados apenas asseguram o cumprimento da obrigação fiscal e permanecem *sub judice* até deliberação definitiva sobre a legalidade e legitimidade do crédito tributário, ou, no caso, a obrigação acessória (multa) discutida. Ou seja, realizado o depósito, a importância monetária somente ingressa definitivamente no patrimônio do credor se for reconhecida a exigibilidade do crédito tributário impugnado na esfera administrativa ou judicial.

Tanto é que a Lei 9.703/98, que cuida dos depósitos judiciais e extrajudiciais dos tributos, dispõe que o pagamento definitivo só ocorrerá após a solução da lide ou do processo litigioso favoravelmente à Fazenda Nacional, nos termos do art. 1º, § 3º, II.

Assim, o depósito realizado nos autos não tem os mesmos efeitos do pagamento.

A propósito, em decisão do STJ já se consignou que “no Direito Tributário, não se confundem os institutos do depósito e do pagamento. O depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), enquanto o pagamento consiste em uma das modalidades de sua extinção (art. 156, I, do CTN)” e que “somente se equipara ao pagamento eventual conversão do depósito em renda da União (art. 156, VI, do CTN)” (AgRg no AREsp 112481/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 02/08/2012).

Também, que “se há discussão judicial não há que se falar em ‘pagamento efetivo’, já que o destino do valor depositado é mutável conforme o que for judicialmente decidido” (AgRg no AREsp 95.530/MG, Ministro Mauro Campbel Marques).

3) No que diz respeito ao pedido principal destes autos, isto é de reconhecimento do direito à redução da multa, no caso, de R\$ 3.980.120,33 para R\$ 1.990.060,16, dispõe o artigo 6º, I, da Lei 8.218/91.

Art. 6º Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais:

I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o *pagamento* ou a *compensação* no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento;

Nos autos de infração, nessa linha, consta que: “fica o sujeito passivo intimado a extinguir o crédito tributário constituído pelo presente lançamento de ofício, por meio do pagamento ou outra forma de extinção prevista em lei, OU impugná-lo, no prazo de 30 (trinta) dias”, e que a multa seria reduzida em “50% (cinquenta por cento), se for efetuado o *pagamento* ou a *compensação* no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência deste auto de infração” (fls. 60 e 79).

Por oportuno, vale observar que a benesse da redução da multa visa desestimular que se prolongue a discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário, incentivando aqueles que optaram por saldar o débito, seja por meio do pagamento ou da compensação.

Pois bem.

No caso, o contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 28/05/2012 (Fls. 163 e 206) e em 26/06/2012 o impugnou administrativamente (fl. 223) e ajuizou a presente demanda.

No mesmo dia 26/06/2012, efetuou o depósito de R\$ 5.500.000,00 nas contas número 5599-0 (fls. 238/239), 5600-7 (fls. 240/241) e 5598-1 (fls. 242/243).

Com efeito, quisesse o legislador conferir ao depósito (causa suspensiva de exigibilidade)

o mesmo tratamento dispensado ao pagamento (causa extintiva de exigibilidade de crédito tributário), teria feito expressamente, como fez com a hipótese de parcelamento (art. 151, VI, do CTN), prevista no art. 6º, inciso II da Lei 8.218/91. Aliás, no caso do parcelamento, o legislador previu a redução da multa em apenas 40%, e não em 50%, por se tratar de causa de suspensão do crédito tributário, e não de extinção.

Ademais, vale lembrar que não cabe ao Judiciário ampliar o alcance dos benefícios fiscais para hipóteses não previstas pelo legislador, pois a técnica interpretativa determina que as situações ali enumeradas (art. 6º da Lei 8.218/91) sejam restritivamente interpretadas:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou *exclusão do crédito tributário*;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, haveria violação ao princípio da isonomia caso o benefício de redução de multa fosse estendido aos contribuintes que optaram por discutir o crédito tributário, pois desestimularia aqueles que prontamente efetuaram o pagamento do débito e incentivaria os que costumam protelar o cumprimento das obrigações tributárias, em detrimento dos interesses do erário.

A situação, então, se equipara à da redução da multa prevista no artigo 27, § 2º, da Lei 9.711/98, que “é claro ao condicionar a redução da multa à ‘liquidação do valor total da notificação fiscal de lançamento’. *A intenção do legislador foi premiar o pagamento imediato e desestimular a litigiosidade.* Nesse aspecto, inviável equiparar depósito judicial à liquidação do valor total da notificação.” (RESP 200300103999, RESP - RECURSO ESPECIAL – 496949, HERMAN BENJAMIN, STJ, DJE DATA: 31/08/2009 RDDT VOL.: 00170 PG: 00178).

Resumindo, se não há como atribuir-se os efeitos jurídicos do pagamento ao depósito, a parte autora não faz jus à redução da multa prevista no art. 6º da Lei nº 8.218/91.

4) Quanto ao pedido de afastamento da incidência dos *encargos moratórios*, porém, é possível acolher a pretensão dos autores.

De fato, o depósito em dinheiro do valor da dívida evita a fluência de juros moratórios e correção monetária (art. 9º, § 4º da Lei nº 6.830/80), possibilitando ao contribuinte a discussão da legitimidade da exação sem que se sujeite aos efeitos da mora.

A instituição financeira então se responsabiliza pela correção dos valores recebidos, consoante Súmula 179 do STJ:

O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

Se após a realização dos depósitos for apurada eventual diferença entre os índices de atualização aplicados e os incidentes sobre os créditos tributários, a questão deverá ser dirimida diretamente entre a Fazenda Nacional e o estabelecimento de crédito, conforme decidido no REsp 1234702/MG (DJe 10/02/2012).

Vale salientar que embora a extinção do crédito tributário esteja condicionada ao depósito *integral* do débito, não seria razoável imputar-se ao contribuinte todos os encargos moratórios somente porque não efetuou o depósito da integralidade do crédito tributário, mas dos valores que reputa “incontroversos”, que correspondem a cerca de 75% do débito.

De outra parte, não seria justo desonerá-lo da totalidade dos ônus moratórios, pois se a controvérsia reside nos 50% da multa que não foram objeto de depósito, o depósito feito nos autos não livra os autores dos efeitos da mora em relação a essa parcela.

Nesse quadro, diante da existência do depósito parcial do crédito tributário, a parte autora estará desonerada dos encargos moratórios no limite dos valores efetivamente depositados devendo-se considerar que houve o pagamento parcial definitivo do crédito tributário, leia-se, extinção parcial do crédito tributário o que permite que os encargos moratórios incidam somente no valor remanescente do crédito tributário.

5) Por fim, quanto ao pedido relativo à destinação do depósito, observo que as hipóteses de reversão em favor da União (total ou parcial) com redução do valor da multa de 50%, não procede como corolário da fundamentação retro.

Por outro lado quanto à hipótese de êxito na via administrativa, cabe lembrar que, uma vez efetuado o depósito, sua destinação está vinculada ao resultado final deste processo.

Nesse ponto, cabe anotar que embora até aqui se tenha falado em crédito tributário, toda a fundamentação com base nisso se faz de forma empírica já que ainda não houve constituição definitiva do mesmo.

Isso porque, embora já conste dos autos Representação Fiscal para Fins Penais por Crime Tributário ante a verificação pela fiscalização de que a empresa autora teria praticado “*evasão fiscal* (economia ilícita) pela prática de OPERAÇÕES SIMULADAS nas vendas de seus ônibus usados para terceiros, cujas notas fiscais foram emitidas em nome de MORASOL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA” (fl. 189), esta, provavelmente, deve estar suspensa em razão da impugnação administrativa (fls. 204/223) o que é indicativo de que a discussão e a constituição do crédito ainda deve estar longe de se tornar definitiva.

A destinação do depósito feito nestes autos, porém, não pode ficar sujeita à eventual (mas bastante provável) demora na solução administrativa da questão.

Em outras palavras, a exoneração dos encargos moratórios somente tem razão de ser considerando-se o depósito como um pagamento parcial do crédito tributário e extinção *parcial* do crédito tributário.

Vale observar que não mais se aplica ao caso o artigo 32, § 2º, da LEF, referido na constatação, que dizia somente que “após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.”

Isso porque a matéria é hoje disciplinada pela Lei 9.703/98 que dispõe:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º *Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:*

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

Sendo assim, não acolhida a demanda principal quanto ao discussão do direito à redução da multa na hipótese de depósito não integral, há que se convir que não existe possibilidade de haver devolução do valor depositado, mesmo na mínima parte em que esta sentença lhe é favorável (não incidência dos encargos moratórios no limite do depósito feito).

Portanto, tendo o contribuinte espontaneamente decidido se antecipar e depositar parte do crédito tributário ainda não definitivamente constituído, não poderá reaver o valor depositado restando-lhe a via de futura REPETIÇÃO DE INDÉBITO há hipótese de, após toda a discussão administrativa e eventualmente judicial que sobrevier, se concluir pela inexistência do mesmo.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da parte autora, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para, considerando o pagamento parcial definitivo do crédito tributário apurado no *Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62*, declarar a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa Selic, sobre o limite do valor depositado R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) a partir de 26/07/2012.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com a verba honorária respectiva. Custas *ex lege*.

Transitada em julgado esta sentença, independentemente da constituição definitiva do crédito tributário, oficie-se à CEF informando a transformação em pagamento parcial definitivo proporcional à exigência relativo ao crédito tributário apurado no *Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62*.

Comunique-se o Relator do Agravo de Instrumento nº 0021735-50.2012.4.03.0000, enviando cópia desta sentença.

Anote-se o sigilo de documentos nos autos.

P.R.I.C.

Araraquara, 9 de maio de 2014.

Juíza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

0007146-26.2012.4.03.6120

Embargantes: EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA. E OUTROS
Embargada: R. SENTENÇA DE FLS. 313/317
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juíza Federal: VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2014

Fls. 326/332: Cuida-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos em face da sentença de fls. 313/317 sob alegação de omissão quanto à apreciação do pedido de suspensão do processo até o julgamento definitivo do processo administrativo e de contradição tendo em conta considerar o pedido principal o de reconhecimento do direito à redução da multa, quando o pedido é de depósito judicial.

Recebo os Embargos de Declaração, eis que tempestivos e os acolho tendo em vista que não foi apreciado o pedido de suspensão do processo e tendo em vista ter sido considerado o depósito como pagamento autorizando-se a conversão em renda sem a constituição definitiva do crédito.

Pois bem.

De fato, dispõe o Código de Processo Civil que o processo suspende-se quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente (art. 265, IV, a).

Assim, tivesse sido esta demanda limitada ao pedido de depósito *integral* do crédito tributário para suspensão da exigibilidade do mesmo (art. 151, CTN), não resta dúvida de que seria caso para suspensão do feito até a constituição definitiva do crédito tributário.

Lembre-se que o mero depósito voluntário facultativo destinado à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e assemelhados não dependeria de autorização judicial (art. 205, Provimento 64/05, CORE/TRF3) e seria suficiente para expedição de certidão com efeitos negativos de débito, configurando-se como uma garantia para o crédito tributário.

Ocorre que a parte autora não fez o depósito integral do crédito tributário (o que nesse momento só pode ter como parâmetro o valor apontado no Auto de Infração recebido pelo contribuinte em 28/05/2012, ou seja, R\$ 7.390.381,46), mas ainda deliberou livremente em incluir na demanda um pedido de natureza declaratória cuja análise não depende da conclusão do processo administrativo e da constituição definitiva do crédito tributário.

A pretensão jurisdicional de natureza meramente declaratória – de ver reconhecido seu direito à redução da multa *sem* ter pago ou compensado integralmente o tributo que lhe foi imputado (art. 6º, I, da Lei 8.218/91) – não está condicionado à constituição definitiva do crédito (logo não incide o artigo 265, CPC), mormente porque não cabe redução da multa para quem, mediante interposição de impugnação administrativa, suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN).

Isso porque, repito, se a benesse da redução da multa visa “*premiar o pagamento imediato e desestimular a litigiosidade*” (Resp 496949) e evitar que se prolongue a discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário, incentivando aqueles que optaram por saldar o débito, seja por meio do pagamento ou da compensação, a ela não faz jus quem impugna o Auto de Infração.

Não obstante, reconheço que embora a resposta à pretensão declaratória (se faz ou não faz jus à redução da multa) não dependa da decisão na esfera administrativa não sendo o caso para suspensão do feito, não se pode autorizar a conversão do depósito em renda o que, de fato, deve aguardar a constituição definitiva do crédito tributário.

Vale observar que a referida decisão com efeitos repetitivos do E. STJ da lavra do Ministro Fux (Resp 1123669) restou igualmente ressaltado que “2. (...). A *caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo*” (fl. 15).

Aliás, conquanto que curiosamente omitido na inicial, consta também da ementa que “9. *In casu*, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução (...)”

Então, se fosse o caso de se aplicar o mesmo entendimento (e não penso que seja já que as situações não equivalem tendo em conta não haver constituição definitiva do crédito), o pedido ação (pedido) cautelar (de depósito) deveria ser extinta sem resolução do mérito.

Assim, acrescentando-lhe a presente fundamentação, declaro a sentença cujo dispositivo passa a ser assim lançado:

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil:

a) **JULGO IMPROCEDENTE** os pedidos (48.1, 48.2 e 48.3) para declarar que o depósito feito nos autos não representa a integralidade do crédito tributário, não tem os mesmos efeitos do pagamento e não permite o benefício da redução da multa de ofício em 50%; e

b) **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido (48.4) para, considerando o depósito parcial do crédito tributário apurado no Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62, declarar a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa Selic, sobre o limite do valor depositado R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) a partir de 26/07/2012.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com a verba honorária respectiva.

Custas ex lege.

Transitada em julgado esta sentença, arquivem-se os autos até que venha notícia de constituição definitiva do crédito tributário para deliberação sobre o destino do depósito conforme incisos I ou II, do § 3º, do artigo 1º, da Lei 9.703/98.

Comunique-se o Relator do Agravo de Instrumento n. 0021735-50.2012.4.03.0000, enviando cópia desta sentença.

Anote-se o sigilo de documentos nos autos.

P.R.I.C.

No mais, a sentença permanece tal como lançada.

P.R.I. Retifique-se o registro da sentença, anotando-se. Cumpra-se.

Araraquara, 29 de maio de 2014.

Juíza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

AÇÃO ORDINÁRIA

0007256-49.2012.4.03.6112

Autora: ELISABETH PACHECO CALISSI
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Juiz Federal: CLÁUDIO DE PAULA DOS SANTOS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2014

I – RELATÓRIO:

ELISABETH PACHECO CALISSI, qualificada na exordial, propõe ação declaratória em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Diz a Autora que adquiriu o imóvel de sua residência por cessão de direitos de contrato particular de compromisso de compra e venda, bem esse originariamente financiado pelo do Programa de Arrendamento Residencial - PAR. Entretanto, a Ré se recusa a reconhecer a avença a despeito do advento da Lei nº 12.424, de 16.6.2011, que veio a admitir a cessão de direitos no âmbito do referido Programa. Argumenta que satisfaz os requisitos para assunção do contrato, pretendendo quitar o saldo devedor e ter adjudicado para si referido bem. Pede ao final a declaração da “validade de seus contratos perante a requerida”.

Medida antecipatória de tutela foi parcialmente deferida para o fim de reconhecer provisoriamente a legitimidade da Autora em permanecer no imóvel, tendo sido vedado o depósito em juízo das parcelas mensais, à vista da informação da Autora de que vinha efetuando os pagamentos regularmente, mantendo-se em dia.

Em contestação a Ré discorre sobre o funcionamento do PAR e a natureza jurídica do contrato firmado com os arrendatários. Diz que a transferência ocorreu sem seu conhecimento e anuência e que o imóvel não aproveitado pelo verdadeiro arrendatário deve ser repassado a outros interessados, visto que se trata de programa destinado a pessoas que não têm recursos financeiros. Defende que o § 3º do art. 1º da Lei nº 10.188, de 12.2.2001, se refere a imóveis vendidos sem arrendamento, o que não é o caso presente, cujo bem se encontra arrendado; ademais, a alteração legislativa não poderia atingir o contrato presente, porquanto posterior à sua assinatura. Destaca que os arrendatários firmaram o contrato cientes das restrições, em livre autonomia de vontade, e que a retomada do imóvel consubstancia exercício regular de direito. Pugna pela improcedência do pedido.

Interposto pela Ré agravo retido em face da medida liminar concessiva de antecipação de tutela.

Replicou a Autora.

Designada audiência, restaram inconciliadas as partes.

Manifestou-se a Autora no sentido de que a CEF vem causando embaraços ao recebimento das prestações mensais, sobre o que foi intimada a Ré para falar, vindo os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

A matéria principal ventilada na presente diz respeito à possibilidade de cessão dos direitos do contrato firmado no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei nº 10.188/2001.

A Autora “adquiriu” o imóvel após ter passado por outro cessionário, que, por sua vez, o adquiriu do arrendatário original. Defende que seu direito está albergado pelo ordenamento, especialmente pela Lei em questão, em seu art. 1º, § 3º, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011, *in verbis*:

Art. 1º. Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

...

§ 3º. Fica facultada a alienação, sem prévio arrendamento, ou a cessão de direitos dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa.

De sua parte, opõe-se a instituição financeira ao argumento de que o dispositivo legal não trata da hipótese vertente, invocando cláusula contratual que dispõe sobre a rescisão do contrato em caso de transferência/cessão dos direitos nele dispostos.

A uma primeira vista, de fato pela leitura do dispositivo invocado tem-se a impressão de que está expressamente prevista a possibilidade de cessão dos direitos oriundos do contrato, tanto que este Juízo, em análise perfunctória da questão por ocasião do deferimento parcial da medida antecipatória de tutela requerida, chegou a consignar haver disposição legal autorizativa.

No entanto, interpretação sistemática leva à conclusão de que não está relacionado à cessão em causa.

O PAR tem por objeto o arrendamento de imóveis adquiridos pelo Fundo de Arrendamento Residencial - FAR especificamente para fins residenciais de população de baixa renda (art. 1º da Lei), com opção de compra pelo arrendatário ao final do prazo contratual. A *propriedade do bem*, portanto, até que ocorra a transferência para o arrendatário ao final do contrato, se vier a optar pela aquisição, *é do Fundo*, que o adquire no mercado ou promove a construção ou reforma, como empreendedor ou como financiador do empreendedor, para o fim específico de atender à demanda do Programa.

O patrimônio do Fundo, de acordo com o art. 2º, § 2º, é constituído por cotas (inc. II) e “pelos bens e direitos *adquiridos pela CEF no âmbito do Programa*” (inc. I, grifei), dentre os quais, obviamente, “os bens imóveis mantidos sob a *propriedade fiduciária da CEF*”, conforme § 3º, ou seja, exatamente aqueles objetos dos contratos de arrendamento.

Nestes termos, quando o § 3º do art. 1º, invocado pela Autora e antes transcrito, faculta a alienação, “*sem prévio arrendamento*”, ou a cessão de direitos dos “*imóveis adquiridos no âmbito do Programa*”, está se referindo a alienação, *pela CEF*, desse patrimônio componente do Fundo, e não pelo arrendatário, como imagina a Autora. Ou seja, *autoriza a gestora do Fundo a eventualmente promover alienação direta (compra e venda) sem o submeter ao regime de arrendamento*.

A redação original do dispositivo era mais clara nesse sentido, pois dizia o seguinte:

§ 3º. Fica facultada a alienação dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa sem prévio arrendamento.

Vê-se, desde logo, que não trata da hipótese de negócio por parte do arrendatário, uma vez que fala de alienação sem prévio arrendamento, a excluir de seu contexto o bem que esteja arrendado, como *in casu*.

A alteração promovida pela Lei nº 12.424 veio a complicar um pouco a inteligência do

dispositivo ao acrescentar a hipótese de “cessão de direitos” – a qual, aliás, não está submetida à ressalva “sem prévio arrendamento”, dada a posição para a qual transferida a expressão, ou seja, após a palavra “alienação”.

O sentido exato da alteração é dado pela Exposição de Motivos Interministerial nº 8/2010¹, que encaminha a MP nº 514, de 1º.12.2010², convertida na Lei mencionada:

(...)

p) o art. 2º da Medida Provisória, ao acrescentar à Lei nº 11.977, de 2009, o art.79-A, combinado com o seu art. 3º, que altera a Lei nº 10.188, de 2001, passa a possibilitar que operações do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, lastreadas nos recursos do FAR, possam adquirir imóveis que ainda não tenham concluído seu processo de desapropriação, permitindo ampliar a atuação do programa, beneficiando, em especial, os projetos de urbanização e regularização fundiária de assentamentos precários;

p.1) a Medida Provisória restringe esse tipo de aquisição ao compromisso do ente público de transferir o direito de propriedade do imóvel, após o trânsito em julgado da sentença do processo judicial de desapropriação, e ainda ao adimplemento das obrigações assumidas pelo beneficiário junto ao FAR.

Assim reza o art. 79-A, então incluído na Lei nº 11.977, de 7.7.2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida:

Art. 79-A. Para construção, reforma ou requalificação de imóveis no âmbito do PMCMV, a Caixa Econômica Federal fica autorizada a adquirir, em nome do FAR, e pelo prazo necessário à conclusão das obras e transferência da unidade construída aos beneficiários do programa: I - os direitos de posse em que estiver imitado qualquer ente da Federação a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso, conforme comprovado mediante registro no cartório de registro de imóveis competente; e

II - os direitos reais de uso de imóvel público, de que trata o art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

§ 1º A aquisição prevista no inciso I do *caput* será condicionada ao compromisso do ente público de transferir o direito de propriedade do imóvel ao FAR, após o trânsito em julgado da sentença do processo judicial de desapropriação.

§ 2º A transferência ao beneficiário final será condicionada ao adimplemento das obrigações assumidas por ele com o FAR.

§ 3º A aquisição prevista no inciso II do *caput* somente será admitida quando o direito real de uso for concedido por prazo indeterminado.

§ 4º Os contratos de aquisição de imóveis ou de direitos a eles relativos pelo FAR serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados no registro de imóveis competente.

O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, por ser mais amplo, acabou por englobar o PAR, sendo ambos destinados a diminuir o déficit habitacional entre pessoas de baixa renda. Na prática, o PMCMV tornou-se sucessor do PAR.

A CEF passou, então, a poder adquirir, dentro do PMCMV e em favor do FAR, direitos de posse de imóveis desapropriados ou direitos reais de uso de qualquer ente público,

1 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm - acesso nesta data

2 “Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e dá outras providências.”

possibilitando parcerias com a União, os Estados e Municípios para o fomento habitacional, pois entre as prioridades do Minha Casa, Minha Vida está a regularização fundiária urbana, mediante doação dos terrenos pelos mencionados entes (art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 11.977). Esses direitos reais adquiridos passam a compor o patrimônio do Fundo, conforme art. 2º da Lei do PAR, ficando também autorizada a cedê-los aos beneficiários do Programa pelo § 3º do art. 1º, ora em causa.

Essa, portanto, a inteligência do dispositivo: a CEF pode *a)* vender diretamente, mesmo sem prévio contrato de arrendamento, os imóveis adquiridos pelo FAR, assim como pode, sempre em nome do Fundo, *b)* *ceder a arrendatários direitos reais sobre imóveis que tenha adquirido de entes públicos*, inclusive, antes mesmo de regular transferência da propriedade, bens que tenham sido objetos de desapropriação com imissão na posse.

Enfim, embora de redação pouco clara, o dispositivo invocado pela Autora, a facultar a *alienação* e a *cessão de direitos* dos imóveis adquiridos no âmbito do PAS está direcionado à CEF, sua gestora, e não aos arrendatários. Não tem relação, portanto, com cessão de direitos sobre o contrato de arrendamento firmado com beneficiário final.

A bem da verdade, a Lei não prevê essa cessão de direitos.

Há outra regra que pode levar a confusão quanto ao tema, estipulada no § 1º do art. 8º da Lei, mas também não está relacionada à cessão de direitos ora em causa. Assim reza esse dispositivo:

Art. 8º. O contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse e as promessas de cessão, bem como o contrato de transferência do direito de propriedade ou do domínio útil ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados em Cartório de Registro de Imóveis competente.

§ 1º. *O contrato de compra e venda referente ao imóvel objeto de arrendamento residencial que vier a ser alienado na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei, ainda que o pagamento integral seja feito à vista, contemplará cláusula impeditiva de o adquirente, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, vender, prometer vender ou ceder seus direitos sobre o imóvel alienado.*

§ 2º. O prazo a que se refere o § 1º deste artigo poderá, excepcionalmente, ser reduzido conforme critério a ser definido pelo Ministério das Cidades, nos casos de arrendamento com período superior à metade do prazo final regulamentado.

§ 3º. Nos imóveis alienados na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei, será admitida a utilização dos recursos depositados em conta vinculada do FGTS, em condições a serem definidas pelo Conselho Curador do FGTS.

Há quem interprete o § 1º no sentido de que a cessão de direitos pelos arrendatários estaria por ele expressamente autorizada, condicionada apenas ao decurso de dois anos da celebração do contrato. Entretanto, tal inteligência também não se sustenta, porquanto não se atém à expressão “alienado na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei”, dispositivo que trata especificamente de política de desmobilização do Fundo de Arrendamento Residencial. Vejamos:

Art. 2º. Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa.

...

§ 7º. A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o *caput* deste artigo será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação

documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e ao destaque de que tratam os §§ 3º e 4º deste artigo, observando-se: I - o decurso do prazo contratual do Arrendamento Residencial; ou II - *a critério do gestor do Fundo, o processo de desimobilização do fundo financeiro de que trata o caput deste artigo.*

São duas situações distintas: uma normal, qual a alienação aos arrendatários ao fim do contrato de arrendamento (inc. I), e outra excepcional, a destinada a desimobilização do Fundo (inc. II).

Essa previsão de desimobilização independe de se tratar de imóvel arrendado ou não, pois, como antes visto, tem a CEF autorização para alienar os imóveis sem prévio arrendamento. Se se tratar de imóvel objeto de arrendamento, pode ser alienado ao arrendatário antes mesmo do vencimento do contrato (§ 1º), para o que, inclusive, está prevista a utilização de recursos que tenha em conta do FGTS (§ 3º). Assim, o arrendatário, além da opção de aquisição do imóvel ao fim do contrato, pode optar por antecipar sua quitação utilizando recursos do Fundo de Garantia.

Nessa hipótese, ou seja, quando vier o arrendatário a adquirir antecipadamente, mesmo à vista, restará impedida a alienação por dois anos, prazo que pode ser reduzido a critério do Ministério das Cidades, se tiver decorrido mais da metade do período contratual do arrendamento (§ 2º).

Portanto, *a cessão de direitos* relativos ao contrato de arrendamento *não está albergada* nem pelo § 3º do art. 1º, nem pelo § 1º do art. 8º da Lei. Um autoriza a CEF a promover venda direta de bens do Fundo sem submissão a arrendamento; o outro impede que imóvel arrendado que venha a ser adquirido por antecipação de quitação do contrato seja vendido em menos de dois anos.

Entretanto, ainda que não a preveja, *a Lei também não a veda expressamente.*

Resta que se trata de impedimento decorrente apenas da cláusula contratual em debate (décima-nona), que prevê as causas de rescisão, entre elas a “transferência/cessão de direitos decorrentes deste contrato” (item III) e a “destinação dada ao bem que não seja a moradia do arrendatário e seus familiares” (inc. V).

O que se deve analisar é a validade dessa cláusula à vista do ordenamento, já antecipado que não tem previsão nem vedação na Lei.

Não procede oposição de que fira o direito de propriedade, já que estaria atingindo elemento básico desta, consubstanciado na livre disposição. Neste ponto não há contrariedade ao ordenamento, uma vez que o arrendatário, como é cediço, não adquire a propriedade, mas apenas os direitos de uso e gozo pelo prazo contratual. O domínio pleno é adquirido apenas ao final do contrato, se exercer a opção contratual.

A Ré destaca que para a assunção do contrato de arrendamento o interessado deve satisfazer as condições legais e contratuais impostas. Deveras, o Programa foi criado, tal como o antigo Sistema Financeiro da Habitação - SFH, para a viabilização de aquisição da propalada “casa própria”, em especial para a população de menor renda. Por isso que é legítima a imposição de condições para a concessão, tais como não ter o futuro arrendatário outro imóvel residencial (ao menos não na mesma localidade); possuir renda compatível com o vulto da prestação mensal; não ser mutuário; destinar o imóvel a residência própria etc.

De fato, é legítima a estipulação de fórmulas de controle pela instituição financeira, a quem cabe verificar o enquadramento nas exigências legais. O contrário seria admitir que

pudesse o arrendatário decidir quem poderia entrar no Programa, eventualmente dispensando-se do cessionário o enquadramento nos critérios legais que o regem, que, contraditoriamente, foram exigidos do próprio cedente, obrigando a instituição a aceitar como tal uma pessoa que não tem, por exemplo, capacidade de pagamento do valor da prestação mensal, que já tenha outro imóvel residencial na localidade ou que tenha renda superior ao limite estipulado.

Isto viabilizaria até o que se pode chamar de uma disfunção ou desvirtuamento do Programa, qual o ingresso de imóveis destinados PAR na especulação imobiliária, quando é certo que este não é um resultado desejável, e deve ser coibido.

Ademais, é de ver que a cessão de débito, sem a anuência do credor, não é um direito do devedor. Leciona o professor SÍLVIO RODRIGUES:

*A cessão de dívida é o negócio pelo qual o devedor transfere para outra pessoa sua posição na relação jurídica, de modo que esta o substitua na obrigação. Trata-se, em rigor, de substituição em a mesma relação jurídica, pois caso contrário haveria novação. E é condição de sua eficácia o consentimento do credor.*³

Por sua vez, a lição de PONTES DE MIRANDA, sobre a necessidade da anuência do credor na substituição de devedor por terceiros, é no mesmo sentido:

*Transferência de dívidas pode haver sem consentimento do devedor: não, sem consentimento do credor. Transferência de créditos há sem que o devedor consinta, razão porque apenas se lhe notifica o acordado para a eficácia em relação a ele. Transferência da posição subjetiva no negócio jurídico exige que consinta o figurante permanente, que é tão interessado no “status quo” quanto o figurante sainte.*⁴

Óbvio. No mais das vezes a concessão de um crédito está diretamente ligada à capacidade de pagamento do devedor, ou em confiança, ou em sua solidez. O contrato em causa, embora reconhecidamente *sui generis*, não foge a essa conclusão; a concessão se dá por que o beneficiário está albergado pelas regras do sistema.

Também não se diga que não há interesse da parte da Ré quanto a quem vai efetuar o pagamento, desde que seja feito, garantida que está por não ter transferido a propriedade. Como antes exposto, o adquirente deve se credenciar à aquisição, por se tratar de um programa oficial e seletivo sob o aspecto econômico (“população de baixa renda”).

Consigne-se ainda que de longa data os programas de financiamento habitacional têm previsto a impossibilidade de transferência direta dos contratos entre particulares, sem intervenção dos agentes financeiros.

Com efeito, assim dispunha o art. 9º do Decreto-lei nº 2.291/86:

§ 3º. A transferência de contratos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação dar-se-á pela concessão de novo financiamento, observadas as normas vigentes para o referido Sistema.

E também a Lei nº 8.004/90:

Art. 1º. O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação - SFH pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

3 in “Direito Civil”, Parte Geral das Obrigações, Ed. Saraiva, 17ª ed., pág. 338 - grifei

4 in “Tratado de Direito Privado”, Ed. Borsoi, 1971, pág. 408

Parágrafo único. A formalização da venda, promessa de venda, cessão (...) dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financeira (...) observados os requisitos legais e regulamentares para o financiamento da casa própria, vigentes no momento da transferência (...).

A própria Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.73) traz o seguinte dispositivo (com redação dada pela Lei nº 6.941, de 14.9.81):

Art. 292. É vedado aos tabeliães e aos oficiais de registro de imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a eles relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) d

Mais, o artigo seguinte ainda dispunha:

Art. 293. Se a escritura deixar de ser lavrada no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da comunicação do alienante, esta perderá a validade.

Parágrafo único. A ciência da comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário.

Ou seja, ao menos desde 1981 era obrigação legal do mutuário do SFH a prévia comunicação ao credor da alienação que pretendia efetuar.

Houve ao longo dos anos algumas anistias promovidas pela legislação do SFH, sendo exemplo a própria Lei nº 8.004 em seu art. 3º, § 3º (“As transferências que, à data da publicação desta lei, tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente, sem a interveniência da instituição financeira, serão regularizadas nos termos desta lei”) e a Lei nº 10.150, de 21.12.2000, em seu art. 20 (“As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei”).

No entanto, sempre dispuseram que as cessões dela carentes poderiam ser regularizadas de acordo com seus ditames, em especial os requisitos regulamentares para assunção do financiamento. Ou seja, ainda que concedidos perdões às infrações contratuais, possibilitando que os novos proprietários finalmente regularizassem sua situação, não dispensavam o enquadramento dos adquirentes a certos requisitos legais.

Pode o mutuário do SFH (sistema hipotecário) vender o imóvel – que já é seu – a quem bem lhe convenha? Sim. Mas isto não significa que o credor hipotecário estará obrigado a aceitar o novo proprietário como seu mutuário sem qualquer restrição. Isto porque, independentemente de quem ocupe as posições de mutuário e de proprietário, a hipoteca acompanha o imóvel, porquanto, a teor do art. 1.419 do Código Civil, “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”. A consequência da venda sem transferência do financiamento é que o novo proprietário estará sujeito a ver seu bem excutido para pagamento da dívida.

No mesmo sentido de exigência de intervenção necessária dispõe a Lei nº 9.514, de

20.11.97, que trata do Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – pelo qual a garantia pelo mutuário final se dá tanto por hipoteca, como no SFH, quanto por alienação fiduciária –, *in verbis*:

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

Por essas e outras razões, o e. Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob o regime do art. 543-C, pela licitude da exigência de prévia anuência para as cessões de contrato no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação:

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO DE CONTRATO DE MÚTUO. LEI Nº 10.150/2000. REQUISITOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

1.2. Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25/10/96, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei nº 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3. *No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura.*

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.

Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 8/2008.⁵

Enfim os programas habitacionais, dada a sua natureza social – já não fosse, conforme legislação e doutrina, por imposição da relação jurídica –, sempre tiveram como regra a necessária intervenção dos agentes financeiros para a alienação dos imóveis a terceiros.

Porém – e isto é importante destacar para o raciocínio que segue – a par da necessidade de anuência do credor, também *sempre previram a possibilidade dessa transferência*, bastando rever os dispositivos antes transcritos. E não parece que no novel sistema do PAR devesse ser diferente.

Esta é uma enorme diferença, pois se no SFH e no SFI, bem ou mal, é admitida a cessão de direitos, sendo vedada e ilícita apenas aquela feita diretamente entre os particulares, sem intervenção do agente financeiro, no PAR, pela defesa feita pela Ré, não se aceita nenhuma cessão, com ou sem sua participação, resultando que o adquirente que por qualquer motivo vier a desistir do negócio sofrerá sempre a perda de tudo que pagou em favor da arrendadora – cuja contrapartida, obviamente, será a apropriação por esta.

Ocorre que a licitude da cláusula pelas exigências sociais do Programa, em especial o

5 REsp 1.150.429/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Corte Especial, julgado em 25.4.2013, DJe 10.5.2013 – grifei

enquadramento restrito dos beneficiários, não autoriza seu uso de forma potestativa, ou seja, dependente apenas da vontade da Ré. Com efeito, o Código Civil veda a estipulação contratual de cláusulas dessa estirpe dispondo no art. 122 que “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”. Por isso que a gestora do Fundo não tem o direito de, unilateralmente e sem motivação, negar a transferência do contrato a adquirente indicado pelo arrendatário se satisfeitos pelo pretendente todos os requisitos necessários para sua assunção. Dependerá o enquadramento na vedação do Código Civil de análise de cada caso; se, satisfeitos os requisitos, o arrendante negar a transferência, haverá sem dúvida violação do direito da parte arrendatária.

E esta constatação vem ainda mais acentuada por se tratar da Caixa Econômica Federal, uma empresa pública, e como tal integrante da administração indireta, que, por força do art. 37 da Constituição da República, entre outros princípios constitucionais aplicáveis, está jungida aos ditames da legalidade, moralidade, publicidade e, em especial, da impessoalidade. Significa dizer que a CEF está obrigada a aceitar como seu novo arrendatário a pessoa apresentada pelo atual, se esta satisfizer as condições legais impostas.

Ocorre que há outra cláusula no contrato (décima-oitava) que estipula a perda de todas as taxas de arrendamento pagas na hipótese de desistência por parte do arrendatário, cujos valores “serão apropriados como taxa de ocupação pelo uso do imóvel no período”. Pela via normal do cumprimento integral do contrato, referidas taxas se destinam a amortização do valor do imóvel, se optar o arrendatário pela aquisição; porém, havendo desistência, há *apropriação* como receita do Fundo, que, além disso, permanecerá com o bem livre e desimpedido para nova contratação.

É certo que referida cláusula pode ser entendida como própria de um contrato de arrendamento, mas, neste aspecto, o PAR apresenta outra diferença enorme em relação aos demais sistemas – e justamente contra as pessoas de menor poder aquisitivo: naqueles não há perda dos valores pagos até a rescisão.

Nos contratos firmados sob regime hipotecário todas as prestações se destinam a pagamento do bem (ao saldo devedor do financiamento) e, assim, não há propriamente perda pelo mutuário, visto que em eventual alienação do imóvel o adquirente assume o saldo devedor já amortizado, tanto para quitá-lo quanto para passar a ocupar a posição do alienante como mutuário. Mesmo na hipótese de rescisão do contrato, ao final da execução extrajudicial que se siga, conforme o DL nº 70, de 21.11.66, tem o mutuário direito à restituição de valores que sobejarem ao valor da dívida e das despesas.

O mesmo ocorre na alienação fiduciária no Sistema Financeiro Imobiliário - SFI (Lei nº 9.514/97):

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

...

§ 4º. Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

No caso presente, pela tese da arrendante, fica o adquirente com as mãos atadas. Não pode transferir a terceiros, mesmo que a procure para tanto, e, de outro lado, se desistir do imóvel e entregar as chaves, perde tudo que pagou em favor dela, que contabiliza como renda sem qualquer contrapartida. Certamente, pela natureza do Programa e do fim a que se destina, não é escopo a obtenção de lucro à custa do empobrecimento de seus beneficiários. Há, obviamente, vantagem exagerada de uma das partes em relação à outra, pela quebra do equilíbrio.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, veda a estipulação de cláusulas que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga” (inc. II) ou que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV). Tais vedações visam ao equilíbrio e harmonização que deve nortear toda a relação de consumo (art. 4º, inc. III) e a igualdade na contratação, também direito básico do consumidor (art. 6º, inc. II).

Ora, em quinze anos muita coisa pode acontecer, como mudanças pessoais e profissionais, eventualmente até impondo a transferência para outras cidades, ou mesmo mera – e nem por isso ilegítima – intenção de melhora no padrão de moradia, em função, por exemplo, de acréscimo no nível de renda.

Nesse sentido, a negativa peremptória de possibilidade de cessão acaba por se tornar contraditória em relação aos fins aos quais se destina o contrato, atendendo contra a função social própria da sua natureza. Como dito, justamente as pessoas de menor poder aquisitivo – lembrando-se que o PAR, diferentemente do SFH e do SFI, se destina unicamente a adquirente de baixa renda – têm a consequência mais drástica por eventuais vicissitudes, previsíveis ou não.

Note-se que a coibição de fraudes ao Programa, com inserção dos bens no mercado especulativo imobiliário, ou ainda prevenção ao acesso a pessoas que não satisfaçam os requisitos regulamentares, podem ser facilmente atendidos com uma análise acurada do caso por parte da Ré, de modo que apenas a imposição de prévia anuência seria suficiente para tanto.

Resta que efetivamente o fundamento único para a negativa seria o não ferimento a ordem de espera de beneficiários, que poderia ocorrer com a transferência direta, o que não procede. Primeiro, porque sequer se ocupa a Ré de provar que de fato exista tal fila de pessoas cadastradas e ainda não contempladas, sendo cediço, ademais, que em regra o cadastramento se dá por empreendimento e para selecionar as famílias que receberão as chaves, encerrando-se após; para outros empreendimentos deve haver nova inscrição. Segundo, porque, sendo apenas o respeito à preferência de outros interessados o objetivo da vedação, *acaba por se tornar desproporcional o gravame causado ao arrendatário*.

Embora previsto apenas implicitamente na Constituição da República, e tendo origem no direito constitucional americano, o princípio da razoabilidade deve ter e tem plena aplicabilidade no direito constitucional brasileiro, como declara a unanimidade doutrina e jurisprudência, em especial do e. Supremo Tribunal Federal⁶. É corolário do princípio da legalidade e da finalidade, porquanto, para que estes sejam observados, além de estar a norma em conformidade à Constituição em termos formais, deve também atender à harmonia entre o objeto pretendido e seu resultado, sem inviabilizar as garantias e direitos individuais nela previstos.

6 E.g. ADC nº 29 (rel. Min. LUIZ FUX, 16.2.2012); ADPF nº 54 (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 12.4.2012); RE 603.191 (rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 1.8.2011); ADI nº 4.125 (rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 10.6.2010); ADPF nº 130 (rel. Min. CARLOS BRITTO, j. 30.4.2009); IF nº 4.176 AgR (rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10.3.2004); ADI nº 2.019 (rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 2.8.2001); ADI nº 2.210 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 28.9.2000); ADI nº 2.010 (rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 30.9.1999); ADI nº 966 (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 11.5.1994); ADI nº 955 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 1.10.1993).

Destaque-se trecho do voto do em. Min. ILMAR GALVÃO no julgamento da ADI nº 2.019-6/MS:

(...)

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, na definição de Luís Roberto Barroso, 'é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça'.

Decorre, para alguns doutrinadores, da instituição do Estado Democrático de Direito, e para outros, da teoria criada e desenvolvida pelo direito norte-americano, do postulado do devido processo legal, reverenciado pela nossa Carta Constitucional em seu art. 5º, inciso LIV.

O princípio se divide em três aspectos: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro cânone indica a aferição da eficácia do meio escolhido em alcançar o fim colimado; o segundo, a necessidade ou exigibilidade, em que se traduz no imperativo de escolha do meio eficaz, porém que imponha menos restrições; e a proporcionalidade em sentido estrito revela a necessidade de ponderação entre os benefícios alcançados com o ato e os danos por ele causados.

Não há razoabilidade, assim, em se determinar a perda de tudo que pagou o adquirente (com conseqüente enriquecimento da Ré), dado que causa prejuízo desproporcional ao fim ao qual se destina.

Ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que "ao aferir a licitude, ou não de uma conduta contratual, o juiz tem que, primeiramente, fixar tal padrão, buscando-o no meio social (usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem). Em seguida, procederá o cotejo entre o padrão ético já delineado e o caso concreto submetido a seu julgamento"⁷, para o que não pode olvidar dos fins sociais aos quais se dirige a lei e das exigências do bem comum (art. 5º, LICC).

Nestes termos, a fim de que não se convole em potestativa e iníqua, por indiretamente impor a perda de tudo que tenha o arrendatário pago até então, deve ser interpretada a cláusula em questão no sentido de que não veda peremptoriamente a cessão a terceiros, mas a impede apenas quando não ocorrida prévia análise, pela arrendante, do enquadramento do interessado nos requisitos legais do Programa, em especial a renda familiar. Jamais poderá ser usada como vedação irrestrita à cessão, como defende a contestação.

Então dirá a Ré que, por esta conclusão, tornar-se-ia de todo modo improcedente a pretensão da Autora, porquanto o negócio se deu sem sua intervenção, vindo apenas a ser comunicado posteriormente. Ocorre que a posição defendida por ela nesta causa deixa claro qual seria o resultado de eventual requerimento administrativo de anuência na cessão, visto como não a admite em nenhuma hipótese, com ou sem prévia consulta e participação dela.

Admitindo-se a cessão de direitos controlada, ou seja, com apresentação do interessado e prévia anuência da Ré, estar-se-ia certamente coibindo o uso indevido do imóvel para fins não próprios do Programa e atendendo mais um beneficiário, ao mesmo tempo em que possibilitaria ao arrendatário que necessite ou simplesmente tencione deixar o bem a recuperação do valor que nele investiu.

Lícita é, assim, a cláusula em questão, em si mesma considerada. Ilícita se torna ao ser utilizada pela Ré para imposição de exigência não prevista no ordenamento (ou, ainda que prevista, ela própria iníqua), no caso de vir o adquirente a satisfazer todas as condições para ingresso no Programa mas assim mesmo lhe negar a gestora.

⁷ in "O contrato e sua função social", Rio de Janeiro, 2003, Editora Forense, pág. 18

A Autora procurou a Ré para regularizar sua situação, mas não logrou êxito, dados os entraves criados pela instituição. Por outro lado, demonstra que satisfaz o requisito de baixa renda, único previsto expressamente na Lei do PAR, não tendo sido apontada pela Ré em sua contestação nenhum outro que lhe retirasse o direito ao ingresso no Programa.

Evidentemente que não procede o critério apontado na exordial quanto ao conceito de baixa renda, qual o limite jurisprudencial para obtenção de direito a assistência judiciária gratuita.

A Lei do PAR não estabelece o limite de renda para efeito de enquadramento em suas benesses, atribuindo ao Ministério das Cidades a estipulação em seus artigos 5º e 6º. Nesse desiderato foi baixada a Portaria nº 493, de 4.10.2007, ainda vigente, que fixava o valor de R\$ 1.800,00 como teto, então equivalente a 5,14 salários mínimos (depois R\$ 2.000,00, com redação dada pela Portaria nº 258, de 14.5.2008 – 4,82 salários mínimos).

Os arrendatários originários apresentaram renda de R\$ 1.739,04 (4,96 SM) à época da assinatura do contrato, em julho/2006 (fl. 100).

De sua parte, demonstra a Autora que tinha salário de R\$ 1.954,47 (fl. 51) em março/2012, equivalente a 3,14 salários mínimos.

Com o advento da Lei nº 11.977/2009 o PAR passou a atender majoritariamente às contratações com base no PMCMV, de modo que os requisitos passaram a se confundir com os deste, sendo inicialmente fixado limite geral de renda de 10 salários mínimos para atendimento (art. 2º, redação original), ou 6 salários mínimos para financiamentos com recursos do FGTS e subvenção do Governo Federal, conforme artigos 5º e 6º (não é o caso presente), o que atendia perfeitamente a Autora por ocasião da assunção do imóvel (fevereiro/2009).

Com o advento da MP nº 514/2010 houve parcial mudança de perfil, pois foram criadas subvenções da União a fundo perdido (art. 2º). Mantido o limite de renda em 10 salários mínimos (art. 1º c/c art. 6º) para as operações em geral, restaram estipulados outros limites conforme origem do recurso, tipo de imóvel, operação e público alvo (art. 3º, § 6º), de 3 salários mínimos para imóveis de “configuração mínima”, participação financeira do beneficiário e subvenção da União com pagamento parcial da prestação mensal por 120 meses (art. 6º-A, § 5º) e 6 salários mínimos para moradores em locais de risco para regularização fundiária, sem participação financeira do beneficiário, ou seja, com subvenção integral da União (art. 6º-A, § 3º).

Como o contrato ora em análise não se enquadra nas duas últimas hipóteses, pois não há subvenção da União, aplica-se o limite geral, de 10 salários mínimos. Assim, não há dúvida que a Autora atende ao conceito legal de baixa renda, podendo se beneficiar do Programa.

III – DISPOSITIVO:

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na exordial, para o fim de declarar a validade, perante a Ré, da cessão de direitos ostentada pela Autora, relativamente ao contrato de arrendamento residencial firmado com VIVALDO JÚNIOR RAMPAZZO JAQUES e sua esposa DAYANE CRISTINA OLIVEIRA DE MOURA JAQUES em 13.7.2006, assegurados à Autora todos os direitos e deveres estipulados no contrato original.

Considerando a manifestação de fls. 138/140, sobre a qual, instada e mesmo se manifestando nos autos, nada falou a Ré, *rerratifico a medida antecipatória de tutela concedida, para o fim de determinar que seja regularizado o envio de boletos de cobrança ao endereço*

do imóvel. Fixo multa diária correspondente a 5% do valor mensal devido na eventualidade de descumprimento da presente, medida esta cabível ex officio (art. 461, caput, in fine, e § 4º).

Condeno a Ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da Autora, que fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), forte no art. 20, § 3º, do CPC, cujo valor deverá sofrer os critérios de correção monetária e juros fixados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF nº 134/2010 e sucessoras).

Custas pela Ré. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Presidente Prudente, 19 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal CLÁUDIO DE PAULA DOS SANTOS

MANDADO DE SEGURANÇA**0008215-65.2012.4.03.6000**

Impetrante: MARIA FÁTIMA ALE

Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM CAMPO GRANDE - MS E FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: RENATO TONIASSO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2014

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, objetivando decisão judicial que declare para todos os efeitos, a não incidência de Imposto de Renda - IR - sobre a parcela de juros moratórios recebidos pela impetrante, dispensando a fonte pagadora de retificar a DIRF e os comprovantes desses rendimentos, assim como que ordene à autoridade impetrada que deixe de exigir da mesma que retifique a sua Declaração de Imposto de Renda, exercício 2008, ano-calendário 2007.

Como fundamentos de tais pedidos, a impetrante informa que é funcionária pública federal, lotada no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul - TRE/MS, e que, em 1997, através do seu sindicato classista, ajuizou ação declaratória (Feito nº 97.3643-0, da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS) buscando a condenação da União Federal a incorporar à sua remuneração os valores equivalentes ao percentual de 11,98%, incidente sobre os seus vencimentos desde 1º de março de 1994. O pedido material da ação foi julgado procedente e esse decisum restou confirmado em sede recursal. Devido a tal ao êxito, a impetrante recebeu as diferenças monetariamente corrigidas e acrescidas de juros de mora. Em 2008, porém, quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual, relativa ao ano calendário de 2007, elaborou uma declaração retificadora, para o fim de retirar dos rendimentos tributáveis, a parte relativa aos juros moratórios, em razão do entendimento pacífico de que esses valores não englobam tais rendimentos para fins de IR.

Ocorre que, em janeiro de 2012, a autoridade apontada como coatora encaminhou ofício ao Presidente do TRE/MS informando que a fonte pagadora deveria proceder a uma retificação da DIRF e dos Comprovantes de Rendimentos dos seus servidores, para que fizesse incidir o IR sobre as verbas decorrentes dos juros de mora calculados sobre o reajuste de 11,98%, bem como para comunicar que os servidores afetados procedessem à retificação espontânea da Declaração de rendimentos, no prazo de 60 dias, sob pena de sujeitarem-se ao procedimento de revisão interna e ação fiscal competente.

Afirma ser indevida a incidência do IR sobre os juros moratórios decorrentes de reposição salarial.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 17-57.

A apreciação do pedido de medida liminar foi postergada para após a oitiva da autoridade impetrada (fl. 60).

A União apresentou petição manifestando interesse na causa e requerendo o seu ingresso no Feito (fl. 64).

Notificado, o impetrado prestou informações, sustentando, em síntese, a legalidade do ato objurgado (fls. 66-74).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 75-79. Mas, contra essa decisão, a impetrante inter-

pôs Agravo de Instrumento (fls. 98-114), recurso ao qual foi negado seguimento (fls. 121-128).

O Ministério Público Federal emitiu cota pela inexistência de interesse que justifique a sua manifestação no Feito (fls. 115-118).

É o que se fazia necessário relatar. *Decido.*

A controvérsia estabelecida nos presentes autos diz respeito, única e exclusivamente, à incidência (ou não) de IR sobre juros de mora recebidos em ação judicial.

O assunto em si sempre foi bastante tormentoso, sendo que o Fisco (conforme, aliás, argumenta neste caso) defende exegese no sentido de que, na espécie, se aplica o princípio de que o acessório segue o principal – *accessorium sequitur suum principale*. Como aqui a verba principal tem natureza remuneratória (e, por isso, sofre incidência de IR), os juros de mora, que lhe são acessórios, também o sofreriam. Aponta posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais nesse sentido.

Todavia, em 10.10.2012, o Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, através da sua Primeira Seção, ao julgar o Resp. 1.089.720-RS, firmou orientação no sentido de que a regra geral é pela incidência do IRRF sobre juros de mora, mesmo havidos em reclamatória trabalhista, salvo quando esses juros foram pagos: 1) no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho; e, 2) quando a verba principal é isenta ou está fora do campo de incidência do tributo. Notem-se julgados nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS RECEBIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA FORA DO CONTEXTO DE PERDA DE EMPREGO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA REGRA DE QUE “O ACESSÓRIO SEGUE A SORTE DO PRINCIPAL”, FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.089.720/RS. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES. CARÁTER PROTETÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 538 DO CPC.

Em 10.10.2012, ao julgar o Resp. 1.089.720/RS, a Primeira Seção, por maioria, nos termos do voto do Min. Rel. Mauro Campbell Marques, firmou orientação no sentido da regra geral de que incide o IRRF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal, salvo: I) quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatória trabalhista ou não; e II) nos casos em que a verba principal é isenta ou fora do campo de incidência do imposto de renda, estendendo-se a isenção aos juros de mora mesmo quando por ocasião de circunstância em que não há perda do emprego, consoante a regra do “accessorium sequitur suum principale”. (...); 3. (...); 4. (...); e, “5. (...)”.

(EDecl nos EDcl no AgRg no REsp 1305039/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe de 29/04/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

(...);

(...);

Por ocasião do julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. 1.227.133/RS, a Primeira Seção firmou entendimento de que não incide imposto de renda sobre juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

(...).

(AgRg. no REsp. 1234294/RS. Agr. Reg. no REsp. 2001/0023122-7. Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142). Primeira Turma. Julgado de 11/04/2013. DJe de 17/04/2013)

Por fim, colaciono (na parte que interessa para estes autos) a ementa do próprio REsp. 1.089.720-RS:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA – IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. PRESERVAÇÃO DA TESE JULGADA NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA RESP. Nº 1227.133 – RS NO SENTIDO DA INSENÇÃO DO IR SOBRE JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE PERDA DO EMPREGO. ADOÇÃO DE FORMA CUMULATIVA DA TESE DO ACCESSORIUM SEQUITUR SUUM PRINCIPALE PARA ISENTAR DO IR OS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE VERBA ISENTA OU FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IR.

1. (...);

2. *Regra geral: incide o IRPF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, caput de parágrafo único da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal (matéria ainda não pacificada em recurso representativo da controvérsia).*

3. *Primeira exceção: são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não. Isto é, quando o trabalhador perde o emprego, os juros de mora incidentes sobre as verbas remuneratórias ou indenizatórias que lhe são pagas são isentos de imposto de renda. A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável (perda de emprego), daí a incidência do art. 6º, V, da Lei nº 7.713/88. Nesse sentido, quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, não basta haver a ação trabalhista, é preciso que a reclamatória se refira também às verbas decorrentes da perda do emprego, sejam indenizatórias, sejam remuneratórias (matéria já pacificada no recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 – RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011).*

3.1. (...);

3.2. (...);

4. *Segunda exceção: são isentos de imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego). (...)*. (Negritos no original. Sublinhei trecho do item 3).

(REsp. nº 1.089.720-RS. Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Primeira Seção do STJ. Julgamento em 10.12.2012)

Porém, pedindo toda a vênia possível àquele augusto sodalício, e mesmo reconhecendo o chamado “argumento de autoridade”, que representam os julgados da Corte Superior de uniformização de jurisprudência do País, como se trata de decisões não vinculantes, prefiro ficar com o meu livre convencimento a respeito, eis que penso de modo um pouco diferente sobre o assunto: entendo que, em se tratando de juros de mora, independentemente da natureza jurídica da obrigação principal, não há incidência de IR; e isso devido ao caráter indenizatório desses juros (aliás, reconhecido no próprio julgado paradigma, já colacionado, e mesmo no texto do artigo 16, *caput* e parágrafo único da Lei nº 4.506/64); com o que sequer há necessidade de se colacionar posicionamentos doutrinários nesse sentido.

Para mim, os juros de mora representam a indenização que o credor deve receber pela não disponibilidade, a tempo e modo, dos recursos financeiros que lhe são devidos, uma vez que, exatamente porque esses recursos não lhe foram pagos na época ajustada, ele foi obrigado a valer-se de outra(s) fonte(s) financeira(s) para atender aos seus compromissos, inclusive àqueles de natureza alimentar.

Por exemplo: João tinha um crédito de R\$ 100.000,00, em face de José, com vencimento para 20 de abril do ano em curso; e com esses recursos pretendia sustentar a sua família, além de adquirir uma máquina necessária para as suas atividades laborais. Ocorre que José não adimpliu essa obrigação, na data avençada, e João foi obrigado a tomar no mercado, os recursos necessários para atender às suas necessidades; com o que foi compelido a pagar juros ao seu credor (remuneratórios). Depois, quando receber o pagamento de José, se não for ressarcido dos juros que pagara ao seu credor, sofrerá uma inegável diminuição do seu patrimônio; exatamente na proporção desses juros; e isso faz com que a natureza dos juros por ele recebidos, por conta do pagamento tardio do seu crédito, seja sempre indenizatória, o que os retira do campo de incidência de IR.

Aliás, nesse mesmo exemplo, ainda que João se valha de recursos próprios, para atender aos referidos compromissos, se não receber juros de mora de José, mesmo assim terá prejuízo, pois não poderá contar com o rendimento (financeiro ou oriundo de uma atividade produtiva) do capital utilizado para suprir a falta de pagamento do seu devedor, o que também atesta a natureza indenizatória de tais juros.

Portanto, tenho que o artigo 16 da Lei nº 4.506/64, em seu *caput* e parágrafo único, ao referir que: “Art. 16. São classificadas como rendimentos de trabalho assalariado todas as espécies de remuneração por trabalhos ou serviços prestados no exercício dos empregos, cargos ou funções referidas no artigo 5º do Decreto-lei nº 5.844, de 27 de setembro de 1943, e no art. 16 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, tais como: (...). Parágrafo único. Serão também classificados como rendimento assalariado os *juros de mora* e quaisquer outras *indenizações* pelo atraso no pagamento de remuneração prevista neste artigo”), não foi recepcionada pela Carta Política de 05.10.1988, uma vez que esta, em seu artigo 153, III, estabelece competência da União para tributar *renda e proventos de qualquer natureza*. Como juros de mora não se confundem com renda e nem são proventos, e tendo eles natureza indenizatória, nos próprios termos da lei, não há que se falar em incidência de IR (Sublinhei).

Assim, mais uma vez pedindo vênias à referida Corte Superior, considero que ela interpretou o instituto dos juros de mora de uma maneira parcialmente equivocada, pois, ao admitir a não incidência de IR apenas aos casos de verba paga em sede de rescisão do contrato de trabalho, ou quando a natureza da obrigação principal seja a de verba indenizatória, a meu ver estabeleceu uma distinção que não se sustenta à luz do Direito.

A esse respeito, é de se perguntar qual a diferença dos juros de mora recebidos em uma ação trabalhista (ou administrativamente) em que não houve a despedida do trabalhador, em relação àqueles casos em que não houve rescisão do contrato de trabalho?

Parece-me que nenhuma, pois em ambas essas situações, os juros de mora, se devidos, destinaram-se a refazer o patrimônio do obreiro, por conta de a obrigação não haver sido adimplida na época em que deveria tê-lo sido. O credor teve prejuízo independentemente da situação em que ficou após a inadimplência: de perda ou não do emprego.

Ainda, parece-me que, ao assim proceder, o Colendo STJ quis dar um enfoque mais de resguardo à situação presumivelmente fragilizada do trabalhador que perdeu o seu emprego: como ele ficará desempregado, convém poupar-lhe da incidência do IR.

Mais uma vez, porém, vislumbro que essa interpretação não se sustenta: primeiro, porque a natureza jurídica dos juros de mora não se altera em qualquer dessas situações, permanecendo como indenizatória; e segundo porque mesmo tal dedução, de caráter pretensamente humanitário, se de fato foi feita, pode se mostrar enganosa. A parte por mim sublinhada, na ementa do REsp. 1.089.720-RS, anteriormente colacionada, indica exatamente nesse sentido: “A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável”.

Note-se, v.g., a situação de um servidor público ou trabalhador (da iniciativa privada) que tinha uma remuneração bastante modesta, pelo seu trabalho, e que passou em um concurso para admissão na Magistratura ou no Ministério Público, com vencimentos notoriamente maiores do que aqueles que até então recebia. Ele terá rescindido, sim, o seu contrato anterior de trabalho, mas passará a receber uma remuneração bem maior do que aquela a que anteriormente fazia jus, e não sofrerá a incidência do IR sobre eventuais juros de mora amealhados na reclamação trabalhista ou fora dela, ao passo que aquele seu antigo colega de trabalho, que continuará a labutar no cargo/emprego anterior, terá praticamente a mesma remuneração, bastante modesta, conforme já referido, e sofrerá a incidência do aludido imposto, sobre o montante de juros de mora que receber.

É também de se indagar sobre qual deles estará em situação mais fragilizada, de sorte a merecer (no sentido sociológico) o benefício da não incidência de IR sobre juros de mora havidos? Parece-me inegavelmente ser aquele que não sofreu interrupção do seu contrato de trabalho, e isso para mim demonstra, agora por outra faceta, que a interpretação feita pelo Colendo STJ é equivocada.

Assim, entendo que a solução para dissídio posto encontra-se em julgados, ainda que anteriores ao referido, do STJ, tanto dessa Corte Superior, como dos tribunais ordinários, que reconhecem a não incidência de IR sobre juros de mora. Notem-se aresto nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA PAGOS EM VIRTUDE DE SENTENÇA PROFERIDA EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. NÃO-INCIDÊNCIA.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que os valores recebidos a título de juros moratórios, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória, razão pela qual não incide a referida exação.

Com relação ao valor pleiteado a título de restituição do imposto de renda, a questão deve ser postergada para a fase de cumprimento de sentença, quando serão apurados os valores devidos. Tratando-se de repetição de indébito tributário, sobre o montante devido deverá incidir a taxa SELIC, a título de juros moratórios e correção monetária, calculada a partir da data da retenção indevida, e vedada sua cumulação com outro índice de atualização, nos termos do disposto na art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

Em face da sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários advocatícios de seus patronos.

Apelação provida.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021362-86.2011.61.00.021362-6/SP. Relatora: Desembargadora Federal MARLI FERREIRA. Número de Origem: 00213628620114036100 25/vr/São Paulo/SP)

Conforme se pode perceber, a posição pela não incidência de IR sobre juros de mora era adotada pelo próprio STJ, anteriormente ao seu julgado de 10.10.2012, sendo ainda de se considerar que essa decisão inovadora não foi unânime – fico com a divergência.

Diante do exposto, *declaro como não recepcionada* pela Carta Constitucional de

05.10.1988, a parte do artigo 16, *caput* e parágrafo único da Lei nº 4.506/64, que institui a incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora, e CONCEDO A SEGURANÇA para reconhecer a não incidência dessa exação sobre a parcela de juros moratórios recebidos pela impetrante, e, bem assim, para *declarar* que a fonte pagadora está dispensada de retificar a DIRF e os comprovantes de rendimentos daquela, conforme determinado pelo ofício nº 1/2012/SAFIS/DRF-CGE/SRRF01/RFB/MF-MS, encaminhado pelo Fisco, ao Egrégio TRE/MS, e, também, que a impetrante está dispensada de retificar a sua Declaração de rendimentos, exercício 2008, ano-calendário 2007.

Dou por resolvido o mérito do dissídio posto, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil - CPC.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Remetam-se os autos ao E. TRF da 3ª Região.

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

Ciência ao MPF.

Oficie-se ao e. relator do agravo.

Campo Grande - MS, 23 de janeiro de 2014.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0002703-37.2013.4.03.6301**

Autora: HOSANA NUNES DOS SANTOS

Ré: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/02/2014

Trata-se de ação proposta por HOSANA NUNES DOS SANTOS, Servidora Pública Federal do Tribunal de Contas da União, em face da UNIÃO, a fim de que seu nome seja retirado do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, bem como indenização por danos morais.

Aduz a autora que, com o advento da Lei Federal nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, regulamentada no âmbito do TCU pela Resolução nº 249 de 02 de maio de 2012, ato contínuo, foi disponibilizado no sítio eletrônico do referido órgão a relação nominal dos servidores e suas respectivas remunerações.

A União, devidamente citada, apresentou contestação pugnando pela improcedência do pedido.

É o resumo do relatório.

Fundamento e decido.

Preliminarmente, mister consignar que o tema objeto da presente demanda foi levado ao STF, por meio do Agravo convertido em Recurso Extraordinário ARE 652777 RG/SP, e que, em 11/12/2013, foi reconhecida a *repercussão geral da matéria*. O feito está pendente de julgamento, atualmente aguardando parecer da Procuradoria-Geral da República, conforme última determinação daqueles autos (www.stf.jus.br – Consulta realizada em 29/01/2014: 12/12/2013 AI provido e determinada a conversão em RE MIN. TEORI ZAVASCKI Em 11.12.2013: “... dou provimento ao agravo para convertê-lo em recurso extraordinário. Após, dê-se vista à Procuradoria-Geral da República para elaboração de parecer. Publique-se. Intime-se.” “DJE nº 250, divulgado em 17/12/2013 // 06/01/2014 Devolução de mandado.”)

Não havendo óbice, passo a analisar o *mérito*.

Acesso às informações

A Constituição Federal de 1988 consagra como princípios da administração pública a legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e dispõe expressamente, em seu art. 37, parágrafo 3º, inciso II, que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”

Ressalta, na parte final, que o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo deve observar o disposto no art. 5º, X e XXXIII, que asseguram que:

X - são invioláveis *a intimidade, a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(grifei)

Notório o intuito do legislador originário em resguardar o direito à intimidade e à vida privada, quando do acesso às informações públicas a que se refere o art. 37, parágrafo 3º, inciso II da CF/88. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada faz parte dos direitos e garantias fundamentais protegidos por cláusula pétrea, conforme art. 60 § 4º inciso IV da Constituição Federal:

Art. 60 (...)

(...)

§ 4º - *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - *os direitos e garantias individuais.*

Nota-se que, ao tornar uma norma imutável, o Poder Constituinte pretendeu que tais disposições jamais fossem alteradas, elevando-as ao patamar mais privilegiado da própria Constituição Federal que são as cláusulas pétreas.

Ademais, a Emenda Constitucional nº. 19/1998 alterou o art. 39 para incluir o § 6º, que determina expressamente que a remuneração dos *cargos e empregos públicos* sejam publicados anualmente.

Vejamos:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

(...)

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração *dos cargos e empregos públicos*. (Redação da EC19/1998)

(grifei)

A determinação trazida no âmbito constitucional determina a publicidade de subsídio e remuneração relativa aos *cargos e empregos públicos*, não sobre subsídio e remuneração nominal de servidores ou empregados públicos, pessoalmente individualizados.

O fenômeno da publicação dos salários *nominais* dos servidores e empregados públicos deu-se após a publicação da Lei nº. 12.527 de 18 de novembro de 2011, conhecida como “Lei de Acesso à Informação”.

Ora, *não existe* determinação *constitucional* nem legal para divulgação de *nomes* com as respectivas remunerações mensais dos servidores ou empregados públicos. A Lei 12.527/2011 dispõe sobre o acesso à informação:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Dentre os normativos da Lei, é possível depreender o esforço do legislador em proteger informações pessoais, incluindo vários dispositivos legais para sua proteção. Vejamos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

A definição de “informação pessoal” é dada pela própria lei, como visto acima, que determina que “informação pessoal” é aquela relacionada à *pessoa natural identificada ou identificável*. Portanto, informação pessoal é toda forma de dados que possa conter identificação da pessoa natural, para efeitos da lei.

A lei determina que o órgão público deverá assegurar a proteção da informação pessoal:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, *assegurar a*:

(...)

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

(...)

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e *com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais*.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados

e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, *sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem*;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Não bastassem os dispositivos já citados, o legislador reforçou ainda a questão da inviolabilidade ao criar o art. 32, que prevê a conduta ilícita a seguir:

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou *informação pessoal*;

Desse modo, a própria administração pública é responsável por zelar pela informação pessoal, sob pena de cometimento de conduta ilícita.

No presente caso, os dados divulgados no sítio eletrônico do TCU permitem a identificação da servidora por expor seu nome completo e respectiva remuneração (fls. 29 pet_provas).

Como já dito, reza a Constituição Federal (art. 39 § 6º) que os *Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos*. Não se trata de nomear seus ocupantes e remunerações, mas, sim, de publicar as remunerações relativas aos cargos e empregos públicos.

A vida privada do servidor ou empregado público não pode ser exposta à população sem sua anuência, sob pena de ferir todas as garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Concerne à população apenas suas ações no exercício de suas funções, em razão do cargo ou valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público. Portanto, sua remuneração mensal (que pode conter compromissos financeiros, decorrentes de ordens judiciais etc) faz parte de sua intimidade e vida privada.

Não resta dúvida de que qualquer indício de irregularidade deverá ser objeto de apuração, sempre que houver suspeita, mas é inconstitucional que a suspeita seja a regra, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento pátrio.

A publicidade garantida pela Constituição e pela Lei de Acesso à Informação é de importância inquestionável para o Estado Democrático de Direito, mas tal finalidade pode ser atingida sem ferir a intimidade e vida privada dos agentes públicos, na medida em que pode

ser veiculado nos sítios oficiais a remuneração, cargo e número de identificação do servidor (registro de matrícula). Desse modo, é possível conciliar ambos institutos constitucionais, de forma coexistirem pacificamente, resultando em situação satisfatória para todos.

O julgado da Ilustre Ministra Eliana Calmon, proferido em 2002, já afastava a situação de ser disponibilizada a remuneração e *nome do servidor público*, a saber:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - CERTIDÃO. 1. A remuneração dos servidores públicos está prevista em lei, com publicidade ampla para conhecimento dos interessados. 2. Diferentemente, *não pode o cidadão ter acesso à intimidade de cada servidor*. 3. *Impossibilidade de conceder a Administração certidão nominal dos ganhos de cada servidor*. 4. Recurso ordinário improvido. (ROMS 200101925089 ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 14163 Relator(a) ELIANA CALMON Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJ DATA: 16/09/2002 PG: 00161 Decisão Por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário). (grifei)

Portanto, a melhor interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, no caso, é a aplicação de forma a coexistirem harmonicamente, sem sobreposição de um princípio ao outro.

Diante do exposto, quanto ao pedido contido no item “c” da petição inicial, julgo-o parcialmente procedente, apenas para que o nome da servidora seja retirado e substituído por seu registro de matrícula, de forma atender tanto aos direitos e garantias fundamentais da publicidade quanto da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal de 1988.

Dano moral decorrente de violação à intimidade e vida privada

Aduz a autora que o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação à intimidade e à vida privada é objetivo e independe de comprovação de dano efetivo. Colaciona julgados.

Para análise deste pedido, necessária a leitura do dispositivo constitucional pertinente, art. 5º inciso X da CF/88:

“5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*”

A obrigação de reparação do dano moral perpetrado decorre da configuração de ato ou omissão injusta ou desmedida do agressor contra o agredido, no concernente à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, de modo a configurar como prejudicadas estas, com o dano medido na proporção da repercussão da violação à integridade moral do agredido.

Da análise dos fatos, constata-se não haver prova de prejuízo concreto decorrente da publicidade supra analisada.

Um aborrecimento, por si, não enseja o dano moral. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

A mera contrariedade ou aborrecimento cotidiano não dão ensejo ao dano moral. Recurso

especial não conhecido.

Indexação VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES. Data Publicação 22/11/2004
Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 592776 Processo: 200301649957 UF: PB Órgão Julgador: QUARTA TURMA – Data da decisão: 28/09/2004 Documento: STJ000579630 Fonte DJ DATA: 22/11/2004 PÁGINA: 359 Relator(a) CESAR ASFOR ROCHA

- Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Cabe à parte autora provar o alegado em sua petição inicial, a teor do disposto no artigo 333-I do Código de Processo Civil.

Tendo em vista que o inciso X da Constituição prevê que será devido dano moral *decorrente* da violação da intimidade e da vida privada, é necessário que exista um dano experimentado e demonstrado pela autora decorrente do fato de ter seu nome publicado na internet. Não havendo prova nos autos nesse sentido, improcedente o pedido de danos morais requerido pela autora.

1 - Em face do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido na inicial, para o fim de condenar a União apenas a retirar o nome da servidora do sítio oficial do Tribunal de Contas da União, *substituindo-o por sua matrícula*, a fim de cumprir todos os dispositivos legais, tanto para cumprir a Lei de Acesso à Informação quanto para proteger a intimidade e vida privada da autora.

2 - Julgo improcedente o pedido de danos morais, nos termos do art. 269 do Código de Processo Civil.

3 - Sem condenação em custas e honorários nos termos dos artigos 55 da Lei nº 9.099/95 e 1º da Lei nº 10.259/01.

4 - Publicado e registrado eletronicamente.

5 - Não havendo pedido de antecipação de tutela, após o trânsito em julgado, oficie-se a ré para que cumpra a presente sentença.

6 - Tudo cumprido, ao arquivo.

7 - Intimem-se.

Juíza Federal MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0000171-81.2014.4.03.6325**

Autor: C. M. G. J. COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DE AR CONDICIONADO LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL (PFN)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE BAURU - SP

Juiz Federal: CLAUDIO ROBERTO CANATA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2014

A independência judicial não é um privilégio ou prerrogativa individual do juiz. Ela é a responsabilidade imposta sobre cada juiz para habilitá-lo a julgar honesta e imparcialmente uma disputa com base na lei e na evidência (...). O cerne do princípio da independência judicial é a completa liberdade do juiz para ouvir e decidir as ações impetradas na corte. (R v Beauregard, Suprema Corte do Canadá (1987) LRC (Const) 180 a 188, por Dickson CJ, cit. em *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*, tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth, Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 45).

Trata-se de ação sob o rito dos Juizados Especiais Federais, movida contra a UNIÃO. Questiona a parte autora o procedimento adotado pela Receita Federal do Brasil para cobrança de débito relativo a tributo federal, a saber, o protesto da certidão de dívida ativa, levado a efeito com fundamento no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei nº 12.767/2012, *verbis*:

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

A pretexto de regulamentar tal dispositivo, foram baixadas a Portaria PGFN nº 321/2006, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; a Portaria Interministerial nº 574-A, de 20/12/2010, do Ministro de Estado da Fazenda (interino) e do Advogado-Geral da União; e a Portaria nº 17, de 11 de janeiro de 2013, do Procurador-Geral Federal.

A ré contestou. Sustenta, em preliminar, a incompetência do Juizado Especial Federal para processar e julgar o pedido, sob o argumento de que a questão debatida não possui natureza fiscal ou previdenciária, mas sim de Direito Civil, mais precisamente de matéria notarial (protesto de título representativo de dívida), devendo a causa ser apreciada por Vara Federal comum.

Quanto ao mérito, alega que:

a) a cobrança de crédito público (de origem tributária ou não tributária) é verdadeiro dever-poder jurídico relacionado à Administração Pública, e o protesto das Certidões de Dívida Ativa consubstancia um dos instrumentos a ser utilizado na recuperação efetiva desses créditos;

b) o protesto das Certidões de Dívida Ativa tem respaldo na constatação dos casos de reduzido custo/benefício na cobrança do crédito pela via, muitas vezes ineficiente, da execução fiscal, em que o dispêndio de dinheiro público nas atividades inerentes à arrecadação não justifica o valor que regularmente ingressa no Erário de forma definitiva;

c) a Lei nº 9.492/97 inovou a ordem jurídica, autorizando não apenas que títulos de crédito, mas também que quaisquer outros documentos de dívidas - inclusive CDAs - pudessem ser

protestados. De qualquer forma, o protesto de CDAs encontra-se hoje previsto expressamente no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/97, por força do art. 25 da Lei nº 12.767/12;

d) não há razões jurídicas para a utilização exclusiva do protesto pelos particulares. O ordenamento jurídico há muito prevê que é possível protestar documentos de dívida, sem haver, todavia, uma distinção entre as espécies desses documentos;

e) estudos realizados pelo IPEA, recomendações advindas do TCU e do CNJ, e a experiência exitosa na recuperação de créditos pela Procuradoria-Geral Federal e pelas Procuradorias Estaduais por meio do protesto das CDAs evidenciaram que essa é uma medida cabível e indispensável à recuperação de créditos públicos e manutenção das receitas que darão concretude às políticas públicas;

f) o protesto das CDAs é corroborado também pela recente edição da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que reconheceu o amplo acesso à informação pública como um direito fundamental do cidadão e impôs ao Estado uma postura de transparência pública de suas informações, reduzindo os custos das relações jurídicas porque, com mais informações, mais claros ficam os riscos negociais;

g) o protesto das CDAs não viola direitos fundamentais e não fere Princípios Constitucionais, tendo em conta que protestar um título, seja ele público ou privado, não implica a inviabilidade da atividade econômica, não afasta a apreciação do Poder Judiciário sobre a constituição e validade do documento objeto do protesto e não consiste em medida desproporcional;

h) não há inobservância do disposto no art. 11, inciso III, alínea “a”, da LC nº 95/98, pois a norma trazida pelo art. 25 da Lei nº 12.767/12 não inova no ordenamento jurídico, não cria procedimento novo, não inaugura instituto, além de estar abarcada pelo objeto da segunda das referidas leis. Ademais, a LC nº 95/98 cuida-se apenas de norma de orientação do processo legislativo, estando previsto no seu art. 18 que eventual colisão formal entre ela e um outro ato normativo não resulta em possibilidade de inobservância e escusa;

i) o protesto da CDA é medida aceita pela recentíssima jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, revelada no acórdão proferido no REsp 1.126.515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013.

É o breve relatório.

Conheço diretamente do pedido, nos termos do que dispõe o artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil.

Rejeito a preliminar. Reconheço a competência do Juizado Especial Federal para processar e julgar a lide, uma vez que a certidão de dívida ativa enviada para protesto veicula cobrança fiscal, nos termos da exceção estabelecida na segunda parte do inciso III do § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.259/2001.

Inicialmente, há de ser posta em evidência a manobra utilizada para modificação da Lei nº 9.492/97, vale dizer, a forma subreptícia de que lançou mão o Governo Federal para transformar a certidão de dívida ativa em título passível de protesto.

Sabedor de que parte considerável da jurisprudência vinha rechaçando tal possibilidade, o Executivo utilizou-se de um expediente ardiloso para inserir, no texto da Lei nº 12.767/2012, o dispositivo que autorizava o protesto da CDA: aproveitou o fato de que enviara ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, e, não se sabe por qual meio, por ocasião da promulgação da Lei nº 12.767/2012 “enxertou” no respectivo texto o art. 25, o qual incluiu entre os títulos passíveis de protesto a certidão de dívida ativa - que nada diz com a matéria tratada no ato, como se verá.

Basta ler a exposição de motivos da MP nº 577/2012 e o próprio texto daquele ato, para perceber que esse dispositivo *não constava da redação original* daquele ato. Tanto que sequer uma palavra a respeito da matéria é dita na Exposição de Motivos (EM) nº 00036/MME/AGU, de 29 de agosto de 2012, subscrita por Edison Lobão e Luís Inácio Lucena Adams.

A citada Medida Provisória, convertida na Lei nº 12.767/2012, tratava de *matéria absolutamente estranha às questões envolvendo protesto de títulos*: ela dispunha sobre a “extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências” (sic).

Ao sancionar a Lei nº 12.767/2012 com o acréscimo de dispositivo que trata de matéria estranha ao seu objeto, a Sra. Presidente da República não observou o que dispõe a *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, cujo artigo 7º, inciso II prescreve:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

A matéria relativa a protesto de CDA em nada se relaciona com a questão central tratada na medida provisória e na lei em que ela se converteu.

Isso revela não apenas a falta de observância de regra essencial de técnica legislativa - o que não é novidade na produção normativa brasileira -, mas mostra que o verdadeiro propósito foi o de *camuflar* alteração tão significativa, a deitar reflexos na vida dos contribuintes, colhidos de surpresa, no apagar das luzes de 2012, com essa inovação legislativa silenciosa e dissimuladamente aprovada.

Resta analisar se a medida adotada fere ou não o Código Tributário Nacional (CTN), lei complementar da Constituição, e se contraria ou não a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nas lições de Maria Helena Diniz, nos primórdios da civilização o devedor respondia, moral e fisicamente, com sua própria pessoa, pelas suas dívidas. Entre os egípcios, adjudicava-se ao credor a própria pessoa do devedor. Entre os hebreus, tornava-se ele escravo do seu credor. Entre os romanos, o credor podia prender o devedor, vendendo-o em três feiras sucessivas, ou ainda, se assim lhe aprouvesse, matá-lo, como permitia a Lei das Doze Tábuas.

Somente em 326 a.C., com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, transferiu-se ao patrimônio material do devedor a garantia do adimplemento das suas obrigações, se estas não proviessem de ato ilícito. A partir de então, a ideia da garantia da dívida ficou jungida ao patrimônio ou aos bens do devedor, deixando este de responder com sua vida e liberdade.

Entretanto, essa garantia genérica foi insuficiente, dando origem a fraudes e simulações. Para contornar isso, foram criadas duas espécies de garantia: 1) a pessoal ou *fidejussória*, pela qual uma terceira pessoa, alheia à relação obrigacional, assumia o dever de pagar, caso o obrigado não o fizesse; e 2) a garantia *real*, pela qual o devedor, ou alguém por ele, destinava parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída.

É natural que o credor de determinada obrigação – seja pública, seja privada – procure cercar-se das garantias previstas em lei com vistas à *efetiva e tempestiva satisfação de seu crédito*.

No campo do direito privado brasileiro, o penhor (em suas diversas modalidades), a hipoteca e a anticrese (Código Civil, artigos 1.431, 1.473 e 1.506) constituem direitos reais de garantia. Por sua vez, a fiança e o aval são garantias pessoais.

No campo do direito público, e, em especial, na seara tributária, não é diferente. As pessoas de direito público têm a prerrogativa de lançar mão dos instrumentos previstos em lei com vistas a assegurar o recebimento do crédito tributário, a proporcionar recursos financeiros indispensáveis para a manutenção dos vários serviços e investimentos a cargo dos governos federal, estadual, distrital e municipal.

Para tanto, a legislação põe à disposição dessas entidades *um vasto arsenal de garantias e privilégios*.

A Constituição da República atribui à *lei complementar* - no caso, o Código Tributário Nacional - a tarefa de dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, e, mais especificamente, sobre *crédito tributário* e, é claro, suas respectivas garantias e privilégios (Const. Fed., art. 146, inciso III, alínea “b”, terceira figura).

De seu turno, no Livro Segundo, Título III, Capítulo VI, o CTN disciplina, em linhas gerais – porém não de forma exaustiva - essas *garantias e privilégios* do crédito tributário. Destacam-se, entre outros:

a) o privilégio geral de que goza o crédito público sobre os bens do devedor (excetuados os absolutamente impenhoráveis), não podendo ser oposta à sua cobrança qualquer gravame, inclusive hipotecas, anticreses, penhores, cauções, usufrutos, cláusulas de inalienabilidade ou de impenhorabilidade, entre outros, independentemente da data de sua constituição (art. 184);

b) a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou de rendas por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa (art. 185);

b) a decretação, pelo juiz da execução fiscal, de indisponibilidade de bens e direitos, caso o devedor tributário, regularmente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora, com imediata comunicação aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais (art. 185-A);

c) a preferência do crédito tributário a qualquer outro, seja qual for a sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos trabalhistas ou relativos a acidente do trabalho (art. 186);

d) a não sujeição do crédito tributário a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento (art. 187);

e) o pagamento preferencial dos créditos tributários vencidos ou vincendos a cargo do *de cujus* ou de seu espólio, exigíveis no decurso do processo de inventário ou arrolamento (art. 189), bem assim dos créditos vencidos ou vincendos a cargo de pessoas jurídicas de direito privado em liquidação judicial ou voluntária, exigíveis no decurso da liquidação (art. 190).

Além disso, a prática de uma série de transações civis e comerciais, como, e. g., a alienação de bem imóvel, reclama a apresentação de *certidão negativa de débito* (CND), de sorte a resguardar o interesse da Administração Tributária (art. 205), visto que o patrimônio do sujeito passivo é a garantia da satisfação da obrigação tributária. Isso sem falar nos amplos poderes de fiscalização conferidos pelo Código às pessoas políticas, expressos nos artigos 194 a 200, incluindo permuta de informações com Estados estrangeiros sobre o patrimônio do sujeito passivo e até mesmo a requisição de auxílio policial, se necessário à efetivação de

medida prevista na legislação tributária (artigos 199, § único, e 200).

E, em se tratando de cobrança *judicial* de tributo, a lei complementar mune a Fazenda Pública da presunção de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita, atribuindo-lhe efeito de prova pré-constituída (art. 204).

O rol de garantias do crédito tributário previsto no CTN não é exaustivo. Permite-se que leis editadas pelas pessoas políticas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – criem *outras modalidades* de garantia do crédito tributário, *em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram*, conforme artigo 183 do CTN:

Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram.

Segundo o magistério de Paulo de Barros Carvalho, “por garantias devemos entender os *meios jurídicos assecuratórios que cercam o direito subjetivo do Estado de receber a prestação do tributo*” (*Curso de Direito Tributário*. 21. ed. Saraiva, 2009, p. 604, grifos meus).

Ao tratar dessas garantias, Luciano Amaro diz que “a preocupação do Código, tendo em vista que o crédito tributário decorre de imposição legal, foi *garnece-lo de normas protetoras que permitam, na eventualidade de o Fisco ter de recorrer à execução, evitar certos obstáculos que poderiam frustrar a realização de seu direito*” (*Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Saraiva, 2005, p. 470, grifos meus).

Por isso, criou-se ao longo do tempo um vasto instrumental legislativo para tornar efetivo o cumprimento de obrigação tributária, *removendo obstáculos à sua satisfação*, a saber:

a) o *arrolamento de bens*, sempre que o valor dos créditos tributários de responsabilidade do contribuinte seja superior a 30% de seu patrimônio conhecido, devendo o termo ser registrado nos órgãos competentes (Lei nº 9.532/97, art. 64);

b) a possibilidade de propositura de *medida cautelar fiscal*, quando evidentes os indícios de que o devedor poderá adotar estratégias e expedientes ilícitos para frustrar a satisfação do débito (Lei nº 8.397/92, art. 2º);

c) execução fiscal com penhora de bens e sua *indisponibilidade imediata, concomitantemente à citação do devedor* (Lei 8.212/91, art. 53, § 1º);

d) a instituição de regime especial de fiscalização, com fiscalização ininterrupta no estabelecimento do sujeito passivo e redução, à metade, dos prazos de recolhimento dos tributos, entre outras medidas (Lei nº 9.430/96, art. 33; Instrução Normativa SRF nº 979/2009);

e) inserção do nome do devedor nos registros do Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN), a restringir-lhe acesso a crédito que envolva utilização de recursos públicos (Lei nº 10.522/2003, art. 6º), etc..

É verdade que várias das medidas baixadas pelas pessoas políticas, sob o argumento de defender o crédito tributário, se mostram legítimas e adequadas, quando confrontadas com a finalidade verdadeira de sua criação. Ninguém dirá ser ilegítima a exigência de prova da quitação de tributos de empresa que vai contratar com o Poder Público (Lei 8.666/93, art. 29, inciso III). Em casos assim, a própria *moralidade administrativa*, enquanto princípio que deve informar a atuação da Administração Pública de todos os níveis (art. 37 da CF), justifica a adoção de tais medidas.

Mas, há de se reconhecer, algumas tantas outras - *a depender da sua verdadeira finalida-*

de e do modo como são implementadas - são de questionável juridicidade, porque extrapolam a ratio essendi que informa a criação das garantias do crédito tributário.

Com efeito, na linha do disposto no art. 183 e seguintes do Código Tributário Nacional, a instituição e a adoção dessas medidas só se legitimará quando o seu objetivo, realmente, for o de proteger o crédito fiscal, assegurando em favor da Fazenda Pública o efetivo e tempestivo recebimento do tributo devido. Jamais, todavia, como instrumento de coação.

Em reiteradas ocasiões, a jurisprudência reconheceu a injuridicidade de certas medidas que, a pretexto de servirem como garantia do adimplemento do crédito tributário, funcionavam como verdadeiras *sanções políticas*, assim entendidas aquelas *restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do tributo*, sem possibilidade de discussão do débito, ou mesmo de retaliá-lo pelo fato haver ido a Juízo pedir proteção contra eventuais desmandos.

Por diversas vezes, a jurisprudência da Suprema Corte enfrentou a questão, prevalecendo o entendimento de que tais expedientes são inconstitucionais.

Assim, no RE nº 57.235/SP, decidiu-se: “Não se permite à autoridade o bloqueio ou a suspensão das atividades profissionais do contribuinte faltoso” (RE 57.235/SP, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, negaram provimento, unânime, j. em 11/05/1965, RTJ 33/99-100). Naquela oportunidade o relator, Min. Evandro Lins, destacou que “as autoridades federais deverão valer-se do processo administrativo e do executivo fiscal, cobrando multa e juros, de acordo com a lei, não podendo, porém suspender o exercício de atividade profissional” (Idem, voto do relator, p. 100).

Tanto que, a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou as *Súmulas nº 70, 323 e 547*:

Súmula nº 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula nº 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula nº 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

As assim denominadas *sanções políticas* fogem ao desiderato visado pelas garantias do crédito tributário, tal como concebidas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal com o “status” de lei complementar.

Tais *sanções* não têm como finalidade dotar a Fazenda Pública de instrumentos que a forem quanto ao recebimento do crédito, mas funcionam como verdadeiros *instrumentos de pressão contra o sujeito passivo, que se vê forçado a pagar determinado tributo, mesmo reputando indevida, ilegal ou inconstitucional a cobrança, sob pena de sofrer gravames a repercutirem, em alguns casos, na sua vida pessoal, sobre comprometerem e até mesmo inviabilizarem a própria manutenção de suas atividades civis, comerciais e profissionais.*

Enfim, *sanção política* é “aquele constrangimento, aquela ameaça feita a um cidadão - pessoa física ou jurídica - para que, submetido à coação ou processo psicológico que lhe leve a sentimento de *fragilidade e falta de opção tempestiva e/ou economicamente viável*, concorde com tudo o que o agente do Poder Executivo deseje, *independentemente de um exame de seus próprios direitos*” (SIQUEIRA, Édison Freitas. *Débito Fiscal. Análise Crítica e Sanções*

Políticas. Tomo I, 3. ed. Porto Alegre: Sulista, 2005. Grifos meus).

Entre essas sanções políticas, rechaçadas pela jurisprudência pátria, destacam-se:

a) a oblíqua *interdição de estabelecimento* - prevista no Decreto-lei nº 5, de 13 de novembro de 1937, baixado por Getúlio Vargas, e rechaçada pela *Súmula nº 70* do STF - como meio de forçar o sujeito passivo à quitação dos tributos dados como devidos (medida admissível noutras situações, como, p. ex., fiscalização sanitária, caso em que a interrupção temporária das atividades é medida natural, até que sejam sanadas as irregularidades encontradas);

b) *recusa, pelo Fisco, de autorização para imprimir documentos fiscais*, enquanto não solvido o pretense débito para com a Fazenda Pública (*Supremo Tribunal Federal*, RE 413.782, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 3.6.2005; *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0191238-94.2012.8.26.0000, v. u., relator Desembargador EDSON FERREIRA, julgado em 10/12/2013; *Superior Tribunal de Justiça*, 1ª Turma, REsp 783766/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 03/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 349);

c) *recusa de fornecimento de CNPJ a pessoa jurídica* em débito para com a Fazenda, ou cujos sócios, pessoas físicas, não estejam, a juízo da repartição fazendária, em situação regular perante o Fisco – Instruções Normativas nº 112/94, 82/97 e 54/98, da Secretaria da Receita Federal (*TRF-3ª Região*, AMS 66500/SP, proc. 1999.03.99.066500-2, Relatora Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO, julgado em 01/10/2003, Quarta Turma; *TRF-4ª Região*, AMS 1800/RS, proc. 1999.71.04.001800-3, Relator VILSON DARÓS, julgado em 18/05/2000, Segunda Turma, publ. DJ de 26/07/2000, p. 83);

d) *apreensão de mercadorias, quando não se limitar ao tempo estritamente necessário à coleta de elementos necessários à caracterização de ilícito tributário*, vedada sua utilização como meio coercitivo para pagamento de tributo ou multa, erigido em condição *sine qua non* para a liberação dos bens (16ª Câmara Civil do TJSP, Ap. nº 143.997-2, rel. o Desembargador Clímaco de Godoy; STJ, 1ª Turma, ROMS nº 10678/PB, rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ 27/9/1999, p. 46, RSTJ 128/82);

e) *recusa de certidão negativa de débito*, quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte e a Administração não aponta objetivamente, mediante consulta aos seus registros, quais os créditos que possui contra o sujeito passivo, a que se referem e a quanto montam (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: certidões negativas de débito*. Organizado por Leandro Paulsen. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 1999, p. 42);

f) a adoção de “*regime especial*” que imponha restrições e limitações desproporcionais à atividade do contribuinte, violando a garantia constitucional da liberdade de trabalho, “constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do STF sempre repeliu” (STF, 1ª Turma, RE 115.452-7-SP, v. u., relator Min. CARLOS VELLOSO, DJU I 16.11.1990, pág. 13.059; Repertório IOB de Jurisprudência, nº 1/91, pág. 7).

Trata-se de medidas que visam a *constranger* o sujeito passivo ao pagamento de dívida tributária, *sem que ele tenha à sua disposição qualquer mecanismo de defesa que lhe permita alegar, v.g., a inexistência do débito, a inconsistência da cobrança, a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da exigência*.

Com efeito, incapazes que são de combater de forma eficaz o déficit público; de planejar e desenvolver uma política tributária que permita a ampliação do universo de contribuintes, de modo a concretizar a verdadeira justiça fiscal e combater os elevados índices de sonegação tributária; e desinteressados também em criar mecanismos que tornem mais ágil o levantamento de créditos tributários e a cobrança administrativa e judicial da dívida ativa da União,

os tecnocratas buscam saídas mais fáceis para arrecadar, ainda que isso implique burlar a Constituição e a lei.

Para alcançar esse desiderato, parecendo ignorar que o incremento da arrecadação está diretamente ligado à ampliação da base de sujeitos passivos e da intensificação das atividades de fiscalização, valem-se das saídas mais fáceis e cómodas, cujo objetivo outro não é senão o de criar toda sorte de empecilho aos sujeitos passivos e às suas atividades lícitas, tudo de modo a convencê-los, por via indireta, a pagar sem discutir.

Mas a proverbial ineficiência da União na cobrança de seus créditos - ineficiência motivada, reitere-se, não pelos nobres Auditores Fiscais, Técnicos do Tesouro Nacional e Procuradores, mas pela falta de melhor gerenciamento dos recursos humanos e materiais -, não pode servir como pretexto para a adoção do mecanismo de cobrança ora combatido, que atribui ao sujeito passivo a pecha de mau pagador, *criando, de forma proposita e com efeitos funestos*, invencível obstáculo ao regular desempenho de suas atividades civis, profissionais e comerciais.

Entendo, nessa senda, que o envio de certidão de dívida ativa para protesto fere o Código Tributário Nacional e a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.

A começar pela própria análise da *natureza da dívida tributária, que difere substancialmente da dívida civil ou comercial*. Como observa Kiyoshi Harada, não se deve confundir o direito público com o direito privado, “submetidos a regimes jurídicos próprios, bem diferenciados que até se contrapõem em termos de princípios informadores. O protesto extrajudicial de título executivo é próprio do direito comum. Visa, de um lado, alertar os comerciantes em geral quanto aos riscos de fazer negócios a prazo com pessoas negativadas com protestos de títulos. De outro lado, serve para comprovar juridicamente a impontualidade no pagamento de título líquido e certo para o efeito de requerimento de falência do devedor” (Protesto da CDA. Portaria equivocada. Disponível em <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/779.pdf>>. Acesso em 20/01/2014).

O protesto de títulos executivos extrajudiciais (promissória, duplicata, cheque etc.) é plenamente justificável porque estes derivam de uma obrigação *ex voluntate, que se presume conscientemente assumida pelo devedor*, ao firmar, de próprio punho ou por meio eletrônico, a cártula ou outro documento que o tenha vinculado ao negócio jurídico (salvo a existência de vício, art. 171, inciso II, do Código Civil). Nessas circunstâncias, vencida e não paga a dívida, o credor tem à sua disposição o protesto, como meio de constituir o devedor em mora e constrangê-lo a cumprir a obrigação *livre e conscientemente assumida* que, sem relevante razão de direito, se nega a saldar.

Basta uma breve consulta à legislação e à jurisprudência para verificar que títulos extrajudiciais passíveis de protesto *sempre derivam de manifestação expressa de vontade*: o termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º); a *duplicata mercantil e de prestação de serviços* (Lei nº 5.474/68, art. 13); a *cédula de crédito bancário* (art. 28 da Lei nº 10.931/2004 e Súmula nº 14 do TJSP).

O mesmo ocorre com a *sentença* (título executivo judicial): a condenação está transitada em julgado, há a indicação do valor a ser pago e de quem deve pagá-lo. Legítimo, pois, o protesto, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou em definitivo sobre a existência da obrigação e indicou quem deve suportá-la.

Mas, no que respeita à dívida tributária, a situação é diversa. *O dever de pagar tributo não nasce da vontade das partes, tampouco da prática de ilícito civil ou criminal (CC, art. 935), assim reconhecido em sentença judicial, mas da vontade da lei, desde que ocorrido o fato jurígeno nela definido.*

Com efeito, tributo é obrigação *ex lege* (art. 3º do CTN), cuja gênese não decorre da vontade do Fisco ou do contribuinte. Tanto que, segundo a melhor jurisprudência, não possuem valor algum certas cláusulas contidas em instrumentos de confissão de dívida tributária, a conferir-lhe caráter de irretratabilidade e a conter declaração do sujeito passivo de que renuncia a qualquer contestação quanto à existência e ao valor do débito (TRF/4ª, 2ª T., AC 2004.04.01.017396-6/PR, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares; TRF/4ª, 2ª T., AC 95.04.19433-8/RS, Rel. Tânia Escobar). Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu inconstitucional lei que atribuiu, ao pedido de parcelamento de crédito fiscal, o efeito de confissão irretratável e de renúncia a qualquer defesa judicial (STF, Pleno, RE 94.141-0, Rel. Min. Soares Muñoz).

Até mesmo quando o contribuinte apresenta declaração, é possível a ele que, em caso de erro quanto ao fato informado, venha a retificá-la (CTN, art. 147, § 1º). Vale dizer, são *retratáveis* as informações declaradas ao fisco.

A certidão de dívida ativa é título executivo extrajudicial criado *unilateralmente* pelo fisco, a partir da *interpretação administrativa* sobre o alcance e a aplicabilidade da lei tributária - interpretação *que nem sempre coincide com a natureza do fato jurídico tributado ou com a orientação firmada pela jurisprudência dos Tribunais*. Nesse ponto, ela destoa dos demais títulos executivos extrajudiciais, que resultam de uma *expressa declaração de vontade do devedor* (v.g., art. 585, incisos I, II, III e V do Código de Processo Civil) ou de arbitramento judicial (idem, inc. VI).

É sabido que, em grande parte dos casos, a cobrança tributária é ilegal, errada, abusiva, até mesmo inconstitucional. Exatamente por isso a Constituição Federal e a legislação ordinária abrem ao sujeito passivo as portas para o questionamento (controle judicial) do débito contra ele apontado.

É de se salientar, neste passo, que *a circunstância de ter sido franqueada ao sujeito passivo a possibilidade de discutir administrativamente a dívida, por meio dos recursos previstos em lei, não é capaz, por si só, de legitimar a cobrança*. O contribuinte *pode até não ter se valido* da faculdade de se defender em sede administrativa, *mas a sua revelia não induz, necessariamente, que a dívida cobrada seja legal*.

O protesto do título, ao equiparar uma dívida tributária, nascida *ex lege*, a uma dívida voluntariamente assumida pelo devedor, impossibilitando que o sujeito passivo se defenda mediante os instrumentos que a lei lhe confere, assume feição de verdadeira *sanção política*.

Basta atentar para o texto do art. 5º da Portaria nº 17, de 11 de janeiro de 2013, baixada pelo Procurador-Geral Federal, que disciplina a utilização do protesto extrajudicial por falta de pagamento das certidões de dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais. Diz o preceptivo:

Art. 5º Sendo *inexitoso (sic)* o protesto, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais e os Escritórios de Representação promoverão, quando for o caso, o ajuizamento das respectivas execuções fiscais.

Vale dizer, *a execução fiscal só será ajuizada se o devedor não pagar o valor apontado na CDA protestada*.

Como se vê, a execução fiscal, que assegura ao devedor, uma vez seguro o Juízo, a interposição de embargos com vistas a discutir a dívida, *está sendo claramente substituída pelo protesto de título*.

Em suma: a Fazenda inscreve a suposta dívida e a envia a protesto (art. 1º da Portaria 17/2013), mas, *de forma deliberada, suspende ou se abstém da propositura de execução fiscal, pois sabe que, nela, o contribuinte poderá oferecer garantia e defender-se.*

A expressão “se for o caso”, constante do citado art. 5º, há de ser entendida nos seus devidos termos. Como se sabe, a União não ajuíza execução fiscal para cobrança de débitos abaixo de determinado valor (Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministro de Estado da Fazenda). *Em casos assim, a dívida será protestada, a execução fiscal não será ajuizada e o sujeito passivo, conseqüentemente, ficará impedido de se defender mediante oposição de embargos à execução ou exceção de executividade*, quando se tratar de matéria de ordem pública (*pagamento, ilegitimidade, nulidade do título, prescrição, decadência*), simplesmente porque não há execução em curso.

É uma constrição oblíqua, verdadeira espada de Dâmocles a pender sobre as cabeças e os negócios das pessoas físicas e jurídicas, com débitos fiscais discutíveis e embargáveis (Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Saraiva, 1999, p. 757).

Cria-se então, propositadamente, um “limbo” jurídico, exatamente para forçar o suposto devedor a pagar o apontado débito, ainda que tenha razões de sobejo para com ele não concordar. Afinal, é mais “prático” e “eficiente” para a Fazenda Pública constrangê-lo a pagar a dívida, sob pena de ter o seu nome apontado como mau pagador, do que utilizar os instrumentos legais – que não são poucos – com vistas a receber o apontado crédito.

A execução fiscal, tal como concebida na Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), bem assim a exceção de executividade, consagrada na jurisprudência, *foram concebidas exatamente para possibilitar ao Poder Judiciário o controle da legalidade das dívidas cobradas pelas Fazendas Públicas de todos os níveis*. Trata-se do sistema de controle judicial, também chamado sistema inglês, cuja principal característica é a separação entre o administrador e o juiz (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 27). Não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Const. Federal).

Esse sistema, adotado no Brasil, foi erigido para coartar a cobrança de débito fiscal *indevido, abusivo, ilegal, confiscatório, inconstitucional, decaído, ou prescrito*, e impedir que o Poder Tributante, que já tem à sua disposição uma miríade de garantias e privilégios para exigir seus supostos créditos, lance mão de outros meios para cometer abusos contra o patrimônio do sujeito passivo.

O envio da certidão de dívida ativa a protesto, sem o ajuizamento de execução fiscal, tal como prevê a já citada Portaria, retira ao Poder Judiciário a possibilidade desse controle.

E nem se diga que o sujeito passivo pode valer-se de ação anulatória. Isto porque o prazo para pagamento do título apontado para protesto é curtíssimo, e as conseqüências da inscrição do nome do contribuinte como mau pagador são imediatas e nefastas, forçando-o a pagar sem discutir.

A alegação de que o sujeito passivo poderia pagar e depois pleitear judicialmente a restituição, caso entenda indevida a exigência, igualmente não se sustenta, pois implica admitir que se esteja ressuscitando o já proscrito *solve et repete* (primeiro se paga o cobrado, para depois discuti-lo), criado durante a vigência da “Polaca”, como ficou pejorativamente conhecida a Constituição de 1937, editada durante o Estado Novo.

É interessante notar que o *solve et repete* veio a ser abolido *em plena época de vigência do Ato Institucional nº 5/1968*, por meio do Decreto-lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, subscrito pelo triunvirato que então governava provisoriamente o País: os ministros da Mari-

nha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

E agora, surpreendentemente, *o solve et repete é, na prática, reinstituído, de forma dissimulada e oblíqua, em plena vigência do Estado Democrático de Direito ...*

Não que se esteja, aqui, fazendo apologia do regime militar, que muitas mazelas produziu. O que se está tentando dizer é que causa pasmo que medida tão arbitrária esteja sendo reinstituída numa República que se constitui em Estado Democrático de Direito, *medida que até mesmo o regime de exceção decidira sepultar.*

Será que a atual Constituição - a “Cidadã”, como a cognominou Ulysses Guimarães - tudo mudou para nada mudar?

Vem-me à mente a célebre frase do personagem Tancredi, do romance *Il Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa (adaptado para o cinema pelo genial Luchino Visconti): “é preciso que tudo mude para que tudo fique exatamente como está”.

Não louvemos a inadiplência. O fisco tem direito de arrecadar todos os impostos devidos, mas deve fazê-lo por meio dos instrumentos previstos em lei.

Chama a atenção, ainda, a *falta de suporte legal* dos atos administrativos editados com a intenção de “regulamentar” o protesto (como se decreto presidencial fosse, conf. art. 84, inciso IV da CF/88). A Portaria Interministerial nº 574-A, de 2010, invoca, à guisa de amparo jurídico, o art. 4º, incisos I e XVIII da Lei Complementar nº 73/1993; o art. 46 da Lei 11.457/2007; e o art. 37-C da Lei nº 10.522/2002. *Mas nenhum desses dispositivos legais dá às autoridades signatárias poder para tanto.*

Com efeito, os incisos I e XVIII do art. 4º da LC 73/93 prevê simplesmente que compete ao Advogado-Geral da União “dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação” e “editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições”. Mas onde está escrito que o Advogado-Geral da União pode “regulamentar” leis federais e estabelecer formas e critérios de protesto de certidão de dívida ativa?

Do mesmo modo, o art. 46 da Lei nº 11.457/2007 e o art. 37-C da Lei nº 10.522/2002 apenas permitem que a Fazenda Nacional, por intermédio da A.G.U., celebre convênios com entidades públicas e privadas para a divulgação de informações. Mas, igualmente, não contêm disposição expressa que autorize o órgão a editar regras sobre protesto de CDA.

O mesmo ocorre com a Portaria nº 17/2013. Ela invoca, como fundamento jurídico de sua edição, o art. 11, § 2º, incisos I e VIII da Lei nº 10.480/2013. Mas essa lei apenas dá poderes ao Procurador-Geral Federal para “dirigir a Procuradoria-Geral Federal, coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação” e “editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições”. Não existe, portanto, regra legal que atribua taxativamente àquela autoridade competência *específica* para editar atos normativos sobre o tema.

É óbvio que o protesto tem por objetivo agilizar a cobrança do crédito tributário mediante coação indireta do contribuinte devedor. Embora o propósito não seja o de denegrir a imagem do devedor, a verdade é que o contribuinte, para não ter a sua imagem arranhada perante os clientes e fornecedores, acaba sacrificando recursos financeiros destinados a outros fins relevantes do ponto de vista político-social e econômico para procurar quitar o débito tributário, nem sempre de natureza indiscutível. Muitas vezes, o contribuinte coagido indiretamente acaba pagando um tributo indevido para ulterior recuperação por via da morosa ação de repetição de indébito (Harada, art. cit.).

Do apontamento decorrem consequências de indiscutível gravidade, a impedir que o contribuinte realize vários atos da vida civil, mesmo os mais elementares, o que, em se tra-

tando de pessoa física, pode até representar atentado contra a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inciso III).

Assim posta a questão, segue-se que constitui sanção política – *não caracterizando genuína forma de garantia do crédito tributário, assim definida no Código Tributário Nacional* – qualquer medida administrativa tendente a impedir, dificultar, inviabilizar ou obstar, direta ou obliquamente, a livre iniciativa ou a prática de atos da vida civil do sujeito passivo, com finalidade nitidamente arrecadatória, sem observância do devido processo legal, submetendo o sujeito passivo a irresistível pressão que o leve a pagar sem questionar.

O protesto de certidão de dívida ativa *não é uma legítima medida de defesa do crédito fiscal*, como tal concebida no CTN. Ele não foi criado para, na eventualidade de a Fazenda Pública ter de recorrer à execução, superar obstáculos que possam frustrar a realização do direito da Fazenda Pública. *Ele foi criado, isto sim, para constranger o devedor a pagar sem discutir, sob pena de sofrer, nas suas relações civis e comerciais privadas, as naturais restrições de crédito que decorrem do apontamento do título para protesto.*

Nas condições em que é levado a efeito, o protesto, no caso de pessoa jurídica, constitui *atentado à liberdade de iniciativa*, com cerceamento – *direto ou por via oblíqua* – do exercício de *atividade econômica lícita* (Const. Fed., art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; art. 170).

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, gozando a CDA desses atributos, o seu protesto é medida desnecessária:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. *O protesto da CDA é desnecessário haja vista que, por força da dicção legal (CTN, art. 204), a dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte.* Precedentes: AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe de 03/09/2010; AgRg no Ag 936.606/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe de 04/06/2008; REsp 287824/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJU de 20/02/2006; REsp 1.093.601/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe de 15/12/2008. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.120.673/PR, Ministro Luiz Fux, DJe de 21.2.2011).

Ainda:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE.* AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.316.190/PR, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.5.2011)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre sanções políticas é pacífica no sentido de que são inconstitucionais as restrições impostas pelo Poder Público ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando utilizadas como meio de coerção indireta ao recolhimento de tributos.

Transcrevo, a propósito, trecho do que decidido pelo Min. Celso de Mello no *RE 523.366*, publicado no DJ de 9.3.2007, que versa matéria análoga à dos autos:

O litígio em causa envolve discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

A orientação firmada pelo STF tem se mantido constante, como se extrai da leitura dos seguintes precedentes: *RE 424.061* (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.08.2004), *RE 409.956* (rel. min. Carlos Veloso, DJ 31.08.2004), *RE 414.714* (rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 11.11.2004) *RE 409.958* (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 05.11.2004), *v.g.*

O E. Tribunal Regional da Terceira Região tem “historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição” (TRF/3ª Região, Quarta Turma, AMS 0047853-19.2000.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, julgado em 14/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/06/2013).

Não há que se cogitar, ainda, da aplicação das disposições da Lei nº 12.527/2011, porquanto a redução dos “custos das relações jurídicas” e a clareza dos “riscos negociais”, na linha da argumentação adotada na contestação, não se incluem entre as diretrizes expressas no artigo 3º daquele ato legal.

Seria muito mais fácil e cômodo para este Magistrado invocar as “razões de Estado”, o “interesse público”, a “necessidade de eficiência arrecadatória”, a “praticidade”, a “racionalização de procedimentos”, ou ainda a “tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado” (REsp 1.126.515/PR), além de outros argumentos metajurídicos semelhantes, para rejeitar a pretensão do autor.

Entretanto, não posso violentar minha consciência e cancelar medidas dessa natureza. Assumi um compromisso ao ingressar na Magistratura: o de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis, quando com ela harmônicas (Lei Complementar nº 35/79, art. 79).

Sei bem que as “razões de Estado” sempre foram e serão o argumento básico do poder para ferir direitos individuais e coletivos. Como acentua Sacha Calmon Navarro Coêlho, “a

liberdade da pessoa humana e sua imanente dignidade sempre foram e serão os fundamentos dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra as intromissões do Estado. Esse tem sido um hábil formulador de teses intromissivas, bastando citar umas poucas: a supremacia do interesse público sobre o privado; a presunção de legitimidade dos atos administrativos; a intocabilidade dos bens do Estado; a tese realenga de que o rei nunca erra (...)” (*Dois Juízos Diferentes*. Artigo disponível em <<http://www.original123.com.br/assessoria/2014/01/19/dois-juzos-diferentes/>>. Acesso em 21/01/2014).

Diante do exposto, concluo que o protesto da certidão de dívida ativa, na forma estabelecida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei nº 12.767/2012:

1) *não caracteriza genuína medida de garantia do crédito tributário, na forma preconizada no art. 183 do Código Tributário Nacional (CTN), lei complementar da Constituição Federal*, mas constitui verdadeira *sanção política*, com o único intuito de forçar o contribuinte a pagar, sem discutir, a dívida tributária contra ele apontada;

2) *não possui pertinência* com o objeto da Medida Provisória nº 577/2012, visto que aquele ato presidencial versava matéria completamente estranha ao protesto (a saber, “extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências”), tendo o dispositivo ora questionado sido “enxertado” de maneira subreptícia ao texto da lei de conversão, com o que restou violado o artigo 95, § 7º, inciso II, da *Lei Complementar nº 95/1998*;

3) foi concebido para servir como *sucedâneo da execução fiscal* (art. 5º da Portaria nº 17/2013, do Procurador-Geral Federal), subtraindo ao sujeito passivo a possibilidade de defender-se, quer mediante exceção de executividade, quer por meio de embargos, forçando-o a pagar o apontado débito, sob pena de sujeitar-se a invencíveis restrições;

4) reinstitui, *por via transversa e dissimulada*, o odioso *solve et repete*, banido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque constrange o sujeito passivo a pagar o débito contra si apontado, mesmo sendo indevida a cobrança, sob pena de ser exposto como mau pagador, remetendo-o depois à morosa repetição do indébito;

5) *afronta* o disposto no artigo 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; e art. 170 da Constituição Federal, causando insuperável óbice à prática de atos da vida civil e às atividades civis, profissionais e comerciais do contribuinte;

6) foi “regulamentado” por meio de atos administrativos que não são decretos (CF/88, art. 84, IV), *desprovidos de embasamento legal específico*;

7) é medida que, embora prevista em lei, não empresta, por si só, legitimidade à restrição do direito, devendo ser observados os parâmetros de *razoabilidade, necessidade, utilidade e proporcionalidade*, aferíveis pelo Poder Judiciário (STF, Representação nº 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, transcrita em RTJ 110, p. 967);

8) é flagrantemente contrário ao entendimento pacífico do *Supremo Tribunal Federal*, expresso nas *Súmulas nº 70, 323 e 547*, já que representa meio coercitivo para cobrança de tributo e causa empeco à prática de atos da vida civil e ao livre desempenho de atividades civis, comerciais e profissionais;

9) não pode ser referendado por uma Magistratura independente e comprometida com a Constituição Federal (Lei Complementar nº 35/79, art. 79; Código de Ética da Magistratura Nacional, art. 1º e 5º).

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO.

Expeça-se, com urgência, *mandado* dirigido ao Sr. Tabelião do Cartório incumbido do protesto, para que proceda à *imediata sustação provisória dos efeitos do protesto* (artigos 64 e 104 das *Normas de Serviço - Cartórios Extrajudiciais - Tomo II, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - NSCGJ*, aprovadas pelo Provimento nº 50/89), devendo o título permanecer no Tabelionato até decisão final da lide, ocasião em que se deliberará por sua eventual devolução à Fazenda Nacional (artigos 58 e 62 do mesmo ato). O cumprimento da ordem independará do prévio pagamento das custas e dos emolumentos (*idem*, art. 63.1).

Do mandado deverá constar o número da protocolização do título no Cartório, caso disponível essa informação nos documentos trazidos com a inicial (art. 30 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - Tomo I, aprovadas pelo Provimento nº 50/89).

Com o trânsito em julgado, proceder-se-á ao *cancelamento* do protesto, nos termos do disposto no art. 26, § 3º da Lei nº 9.492/97, no art. 30, inciso III da Lei nº 8.935/94, e no art. 97 das NSCGJ, no prazo de cinco (5) dias, expedindo-se oportunamente o competente mandado.

Sem custas. Sem honorários nesta instância (LJE, art. 55).

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

Juiz Federal CLAUDIO ROBERTO CANATA

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0008418-26.2014.4.03.6301

Autor: RUBENS LOPES CRESPO

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: NILSON MARTINS LOPES JUNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/03/2014

Trata-se de ação proposta por *Rubens Lopes Crespo* em relação ao *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, na qual pretende renunciar ao benefício percebido, para a concessão de nova aposentadoria como cômputo das contribuições vertidas ao RGPS após a inatividade, independentemente de restituição dos valores recebidos àquele título.

Citado, o INSS ofereceu contestação alegando, em preliminar, a incompetência absoluta deste Juizado em razão do valor de alçada deste Juizado, bem como a decadência e a ocorrência da prescrição quinquenal. No mérito, sustenta a improcedência do pedido.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, defiro os benefícios da justiça gratuita.

Preliminares.

Afasto a preliminar de incompetência em razão do valor de alçada, tendo em vista que não há demonstração nos autos de que a soma das parcelas vencidas e de doze vincendas ultrapassa o valor de alçada deste juizado.

Por sua vez, não há que se falar em decadência, eis que o pedido do Autor não se relaciona com a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

A prescrição, *in casu*, só atinge as parcelas vencidas anteriormente ao lustro que precede a propositura da ação, o que fica desde já reconhecido.

Mérito.

Sustenta o Autor a tese no sentido de que a aposentadoria consiste em direito patrimonial disponível, de forma que a eventual renúncia a tal direito não comprometeria qualquer princípio ou instituto destinado a preservar os direitos fundamentais. Argumenta, também, a impossibilidade de opor-se a qualquer indivíduo alguma restrição de direito em razão da preservação do ato jurídico perfeito em face da Administração Pública.

Também afirma o Autor que o acolhimento de seu pedido não contraria a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que as novas contribuições, vertidas à Seguridade Social pelo aposentado, não faziam parte de tal previsão atuarial, de forma que se apresentam como um acréscimo não programado na arrecadação das contribuições sociais.

Finalmente, sustentado a desnecessidade de restituir o que recebeu a título de aposentadoria por tempo de contribuição até o presente momento, uma vez que tal exigência estaria

equiparando o ato de concessão daquele benefício a eventual fraude contra a Previdência Social, postula a condenação do INSS a reconhecer a renúncia ao benefício atual, com o recálculo do novo benefício a partir da propositura desta ação.

Contra argumentando a pretensão do Autor, em relação ao mérito, a Autarquia Previdenciária alega a existência de vedação expressa contra a utilização de salários-de-contribuição posteriores à inatividade decorrente da concessão de aposentadoria, para recalcular o benefício ou obter-se outro, haja vista a norma disposta no § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, bem como no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99.

Afirma, também o INSS que as contribuições sociais não tem caráter de contribuição especial ou taxa, de forma a possibilitar a contraprestação imediata em razão de seu recolhimento, o que estaria sendo pretendido pelo Autor, além de considerar que a desaposentação dependeria de autorização legal, o que atualmente não se encontra previsto, de forma que, eventual decisão favorável ao pleito do Autor, implicaria em indevida atuação legislativa do Poder Judiciário, com a criação de novo instituto jurídico não previsto pelo Poder Legislativo.

Finalmente, o Instituto Nacional do Seguro Social esclarece que em razão do sistema de repartição simples adotado pelo nosso sistema previdenciário, contrapondo-se, assim, ao regime de capitalização, as contribuições dos segurados, aposentados ou não, destinam-se ao financiamento de todo o sistema e não de benefício próprio, inclusive com autorização constitucional para tanto.

Postula, então, a Autarquia Previdenciária a improcedência da ação, acrescentando, apenas, que na eventual possibilidade de reconhecimento do direito aqui pretendido, que seja a ação julgada parcialmente procedente, a fim de que o Autor tenha que restituir todos os valores recebidos a título de benefício previdenciário que vem recebendo.

A tese proposta na presente ação, totalmente contrariada pelo Réu em sua contestação, impõe a análise de minimamente quatro aspectos relacionados com a pretensão, sendo eles: *a)* possibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria (desaposentação); *b)* possibilidade de concessão de novo benefício com a utilização do mesmo tempo de contribuição computado anteriormente; *c)* necessidade, ou não, de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior; *d)* hipóteses de reconhecimento do direito pretendido sem configurar em revisão periódica da aposentadoria.

Possibilidade de renúncia ou desistência ao benefício de aposentadoria (desaposentação).

Dispõe o artigo 7º da Constituição Federal serem *direitos dos trabalhadores urbanos e rurais*, dentre outros, a *aposentadoria*, assim prevista no inciso XXIV daquele dispositivo, tratando-se, portanto, de direito social inserido no Título II do texto constitucional que trata dos *Direito e Garantias Fundamentais*.

Em que pese a qualidade de direito fundamental, a aposentadoria, como espécie de benefício previdenciário, já foi qualificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça como *direito patrimonial disponível*, sendo, portanto, passível de desistência ou renúncia, conforme transcrevemos abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA A OBTENÇÃO DE NOVO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento Resp nº 1.334.488, SC,

processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento” (DJe, 14.5.2013). Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1348291/SP - 2012/0214350-8 - Relator Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador Primeira Turma - Data do Julgamento 04/02/2014 - Data da Publicação/Fonte DJe 13/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RESP 1.334.488/SC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência do STJ, a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos termos do Recurso Especial 1.334.488/SC, representativo da controvérsia, os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento.

3. Assentou-se, ainda, que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1332770/SC - 2012/0137530-1 - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - Órgão Julgador Segunda Turma - Data do Julgamento 17/12/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 05/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RESP N° 1.334.488/SC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Recurso Especial Repetitivo 1.334.488/SC.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1333341/RS - 2012/0146538-5 - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - Órgão Julgador Segunda Turma - Data do Julgamento 10/12/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 16/12/2013)

De tal maneira, parece-nos supera da questão da possibilidade do segurado desistir ou renunciar à sua aposentadoria, até mesmo pelo fato de que, mesmo sendo um direito fundamental, a sua própria concessão depende de provocação do segurado, de forma que, caso ele não a requeira pessoalmente junto ao órgão de previdência social, exceção feita apenas na hipótese prevista no artigo 51 da Lei n° 8.213/91, o benefício não será concedido, o que demonstra, claramente, a disponibilidade do direito.

Note-se que, no julgamento dos Embargos Infringentes n° 0008213-97.2010.4.03.6119/SP, quando o Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região negou provimento ao recurso do INSS, mantendo a decisão majoritária que reconheceu o direito do segurado re-

nunciar à aposentadoria, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Baptista Pereira pronunciou-se exatamente no sentido de tal possibilidade de renúncia, conforme transcrevemos:

...

A Previdência Social está inserida dentre os direitos sociais fundamentais outorgados pela Constituição Federal (Art. 6º) e, portanto, indissociável do princípio da dignidade humana. Estabelecer que a Previdência Social é um direito fundamental não implica em incompatibilidade à situação visada nos autos, pois a pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados.

Dessarte, o Decreto 3048/99, ao prever, em seu Art. 181-B, que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis” extrapolou o campo normativo a ele reservado. Referida norma só deve ser invocada quando o ato implicar em prejuízo aos beneficiários (deve ser norma protetiva dos segurados); jamais quando beneficiá-los.

Há de se cogitar, ainda, que *a circunstância de a inércia ou ausência de iniciativa do titular que preencheu todos os requisitos ao direito caracteriza, na prática, verdadeira renúncia*, tornando insustentável, em que pesem opiniões em contrário, a defesa da impossibilidade de abdicação de um benefício em proveito de outro mais benéfico.

(*não há destaques no original*)

...

Indica, ainda, Sua Excelência, Relator para o acórdão, posicionamento precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, transcrito naquele voto, que ora reproduzimos:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL.

É possível a renúncia ao benefício de aposentadoria pelo segurado que pretende voltar a contribuir para a previdência social, no intuito de, futuramente, formular novo pedido de aposentadoria que lhe seja mais vantajoso (precedentes das ee. 5ª e 6ª Turmas deste c. STJ). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 958.937/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 10/11/2008)

Importante, ainda, apenas para completar a remissão aos embargos infringentes mencionados acima, a transcrição de sua ementa:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. REVERSÃO DE APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS BENÉFICA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DA APOSENTADORIA A QUE SE RENUNCIOU. DESNECESSIDADE. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES NÃO CONHECIDO. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1. Não conhecido o pedido formulado em contrarrazões, por extrapolar os limites da divergência 2. A Previdência Social é um direito fundamental. A pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados. O Decreto 3.048/99 extrapolou o

campo normativo a ele reservado.

3. O Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao estabelecer que novas contribuições recolhidas após o retorno do segurado à atividade não lhe darão o direito a todos os benefícios previstos pelo Regime, não repercute na situação em comento, porque o segurado, ao requerer a substituição de sua aposentadoria por outra, deixa sua condição de aposentado, passando, assim, a fazer jus às prestações da Previdência Social em decorrência do exercício da atividade que exerceu no período em que esteve aposentado. O efeito *ex tunc* operado na espécie elide a aposentação anterior, restabelecendo as coisas *in status quo ante*.

4. A usufruição da aposentadoria renunciada dá-se dentro do princípio do equilíbrio atuarial, levando-se em conta as contribuições recolhidas até o ato concessivo. Retornando à atividade, o segurado verte para o sistema um excedente financeiro com o qual o Regime não contava, portanto desnecessário, para a preservação do referido equilíbrio.

5. A aposentadoria, devida enquanto perdurou, não gera enriquecimento, antes, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, dispensada a devolução dos valores recebidos. Esse o entendimento consagrado no julgamento do REsp 1.334.488/SC, sob o regime dos recursos repetitivos.

6. Contudo, ante os limites objetivos dos presentes embargos infringentes, o acórdão deve ser preservado tal como exarado.

7. Pedido formulado em contrarrazões não conhecido. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0008213-97.2010.4.03.6119, Rel. JUIZA CONVOCADA RAQUEL PERRINI, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/10/2013)

Não há que ser acolhido, portanto, o posicionamento da Autarquia Previdenciária no sentido da existência de vedação expressa à renúncia ou desistência do benefício, nem mesmo a necessidade de existência de legislação específica a autorizar tal conduta por parte do segurado, uma vez que as normas indicadas na contestação, artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, devem ter interpretação e destinação diferenciada daquela pretendida pelo Réu.

O § 2º do artigo 18 da Lei de Benefícios da Previdência Social, na redação que lhe fora dada pela Lei nº 9.528/97, estabelece que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

De tal maneira, não se pode interpretar a mencionada norma legal, apresentada de forma genérica, como fator de restrição de direitos dos Segurados da Previdência Social, pois sua finalidade consiste na proibição de acumulação de benefícios ao longo do tempo, devendo, assim, ser interpretada em combinação com o artigo 124 da mesma legislação, está sim apresentada como norma específica restritiva de direitos:

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;

II - mais de uma aposentadoria; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV - salário-maternidade e auxílio-doença; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

V - mais de um auxílio-acidente; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Tomando-se tal norma legal restritiva de direitos para o caso em concreto, temos a proibição expressa de recebimento em conjunto de mais de uma aposentadoria, conforme previsto no inciso II acima transcrito, o que, porém, não é a pretensão do Autor, uma vez que seu pedido consiste em verdadeira substituição de sua aposentadoria por outra mais vantajosa, não consistindo jamais em qualquer acumulação de benefícios.

O que se veda, assim, com a interpretação integrativa das normas contidas nos artigos 18, § 2º e 124, ambos da Lei nº 8.213/91, é a possibilidade de que novas contribuições trazidas ao Regime Geral de Previdência Social, pelo retorno à atividade do Segurado já aposentado, possam gerar a concessão de benefícios cumulativos, haja vista que o aposentado já estaria acolhido pela proteção social que lhe fora devidamente outorgada em seu benefício de prestação continuada.

Com isso, renunciar à aposentadoria, consiste em fazer com que se retorne à qualidade de segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, sem que seja beneficiário do mesmo regime, pois, cessada a aposentadoria anterior, os impedimentos impostos pela norma contida nos artigos 18, § 2º e 124, ambos da Lei nº 8.213/91, não mais se aplicam.

No que se refere ao artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto nº 3.265/99, que estabelece que *as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis*, não se pode negar, ter ele trazido uma inovação originária ao mundo jurídico, o que não lhe cabe fazer, uma vez que, conforme dispõe o artigo 84 da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República, dentre outras, *sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução* (inciso IV).

Assim, a norma constitucional estabeleceu que os decretos têm como principal característica a de serem regulamentares, devendo estar completamente vinculados à lei, pois sua finalidade precípua é permitir ou viabilizar a fiel execução e aplicabilidade da legislação, não podendo jamais serem editados de forma autônoma e independente, o que já se encontra devidamente pacificado em nossa jurisprudência e doutrina.

Tal entendimento já fora apresentado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região, conforme transcrevemos abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FORMA DE CÁLCULO DA RMI. PEDÁGIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL DO NOVO BENEFÍCIO.

I - Nos termos do inciso II do § 1º do artigo 9º da EC nº 20/98, deve ser descontado o “pedágio” para a apuração do percentual do salário-de-benefício que corresponderá à RMI, o qual deverá corresponder a 70% do salário-de-benefício acrescido de 5% por ano completo.

II - No caso em apreço, constata-se que o autor, em 16.12.1998, contava com 26 anos, 07 meses e 14 dias de tempo de serviço. Desse modo, considerando que o “pedágio” (40% do tempo que faltava para completar 30 anos) é de 01 ano, 04 meses e 06 dias, na DER, a parte autora contava apenas com o tempo mínimo para a concessão do benefício (31 anos, 04 meses e 06 dias). Assim, a renda mensal inicial do benefício deve corresponder a 70% do salário-de-benefício.

III - O pedido de inclusão dos salários-de-contribuição relativos ao período de 09.09.2003 a 30.07.2004, para fins de revisão do benefício nº 129.503.932-7, não merece prosperar, visto que no cálculo do salário-de-benefício somente são considerados os salários-de-contribuição anteriores ao requerimento administrativo.

IV - Não há que se cogitar da incidência dos juros de mora sobre os valores devidos entre a DIB e a DIP, ante a ausência de previsão legal de pagamento de juros na seara administrativa.

V - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

VI - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício.

VII - *Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita.* (não há destaques no original)

VIII - Esta 10ª Turma consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

IX - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

X - O novo benefício é devido desde a data da citação, quando o INSS tomou ciência da pretensão da parte autora.

XI - Apelação da parte autora parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0001304- 47.2012.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 18/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/02/2014)

Não nos parece, portanto, necessária qualquer legislação expressa no sentido de autorizar o Segurado a renunciar a sua aposentadoria, como afirmado pelo INSS, pois o simples fato da possibilidade do Segurado, que tenha preenchido todos os requisitos para a obtenção do benefício de aposentadoria, não postular perante a Autarquia Previdenciária tal concessão, demonstra a total disponibilidade do direito à escolha de seu detentor.

É certo que a Administração Pública somente pode fazer aquilo que esteja previsto em Lei, não se lhe aplicando a total liberdade concedida aos particulares que podem fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei, mas ao afastarmos aqui a vedação regulamentar imposta ao particular, nada pode impedir o Segurado de abrir mão de seu direito, para o que tem total liberdade de fazê-lo, sem a necessidade de legislação expressa que assim o autorize.

Não bastasse isso, a norma contida no § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, ao prever que *nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*, impõe a exigência de legislação específica para a criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário, não podendo ser estendida sua exigência para que somente mediante autorização legal o Segurado possa renunciar ao seu benefício.

Além do mais, mesmo aceitando o raciocínio apresentado pelo Réu, a respeito do sistema de previdência social adotado no Brasil, o qual se apresenta sob o regime de *repartição simples* e não de *capitalização*, de forma a estabelecer que as contribuições dos segurados destinam-se a financiar os benefícios que já se encontrem em manutenção à época de tal recolhimento, não há qualquer óbice em aceitar a pretensão do Autor.

A norma contida no artigo 201 da Constituição Federal estabelece que *a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, sendo que a preservação de tal equilíbrio é o verdadeiro objetivo da previsão constitucional contida no § 5º do artigo 195 daquela Carta Magna.

Não pode ser aceita a afirmação apresentada na contestação pelo INSS, no sentido de que a utilização das contribuições pagas pelo Segurado, na condição de aposentado e segurado obrigatório pelo retorno à atividade remunerada, consistiria em desvirtuamento do sistema de repartição simples, criando verdadeira *caixa de previdência ou individualização das contribuições* em favor do próprio Segurado, nem mesmo que isso pudesse configurar as contribuições sociais como contribuições específicas ou taxas.

O retorno do aposentado à atividade remunerada, com a imposição de recolhimento de contribuições sociais, na qualidade de segurado obrigatório, consiste em verdadeiro acréscimo de receita para a Seguridade Social, pois, certamente, no cálculo da matemática atuarial em que se baseia todo o plano de previdência pública de nosso País, tais aposentados passariam a figurar apenas como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, recebendo seus benefício e não mais contribuindo para o financiamento do sistema.

Portanto, a composição do período básico de cálculo para novo benefício a ser concedido após a desaposentação, utilizando-se tanto as contribuições anteriormente contabilizadas para concessão da primeira aposentadoria, quanto as novas contribuições vertidas após aquela concessão, não prejudica de forma alguma o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência social.

Aliás, se tomarmos a regra contida no § 5º do artigo 195 em sua correta interpretação, inclusive com a aplicação do *princípio da contrapartida*, assim denominado pela doutrina, temos que, além da impossibilidade de criação, majoração ou extensão de qualquer benefício ou serviço, *sem a correspondente fonte de custeio*, também teremos que concluir que o surgimento de nova fonte de custeio também só se justifica com a destinação a um novo benefício de previdência social, a majoração daqueles já previstos na legislação, ou ainda a extensão de algum deles a situações anteriormente não reconhecidas.

Assim, seguindo o critério do regime de repartição simples, bem como da solidariedade da Seguridade Social, o que veio a fundamentar a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da cobrança de contribuição social dos aposentados que voltam à atividade remunerada, as novas contribuições pagas pelo aposentado foram efetivamente repartidas entre aqueles que já se encontravam com seus respectivos benefícios em manutenção, inclusive o próprio Segurado.

Portanto, não há qualquer formação de caixa de previdência, individualização das contribuições e muito menos atribuição da qualidade de contribuição específica ou taxa às contribuições sociais, pois a nova aposentadoria do Segurado será financiada exatamente pela contribuição daqueles que estejam atualmente exercendo atividade remunerada e financiando o sistema, e não por aquelas recolhidas após a aposentadoria a que se renuncia, pois estas, em razão do sistema de repartição simples, já foram consumidas para financiamento dos benefícios em manutenção na respectiva época de recolhimento.

Possibilidade de concessão de novo benefício com a utilização do mesmo tempo de contribuição computado anteriormente.

Tal questionamento já fora previamente tratado ao considerarmos a norma prevista no artigo 124 da Lei nº 8.213/91, pois com a vedação de acumulação de benefícios, temos exatamente a previsão legal de que as contribuições vertidas para o sistema de previdência pública devem ser usadas para a concessão de apenas um socorro social, ou ainda que possível mais de um, que sejam em períodos diferentes, ao menos em sua maioria.

É o que acontece, por exemplo, com o tempo de contribuição utilizado inicialmente para a concessão de um benefício de auxílio-doença ou auxílio-acidente, e que futuramente também será utilizado para a concessão de eventual aposentadoria, seja ela em qual modalidade for.

O sistema do Regime Geral de Previdência Social veda a contagem concomitante de tempo de contribuição para concessão de benefícios, uma vez que, mesmo estabelecendo que aquele que venha a exercer mais de uma atividade remunerada concomitantemente será considerado segurado obrigatório em relação a todas elas, define na forma de apuração do salário-de-benefício, prevista no artigo 32 da Lei nº 8.213/91, que tais períodos não serão somados uns aos outros, mas sim considerados os salários-de-contribuição a elas referentes.

A mesma legislação estabelece em seu artigo 94 ser *assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente*, tratando, assim, da contagem recíproca de tempos de contribuição.

Ainda tratando do tema da contagem recíproca, a lei dos benefícios previdenciários faz outra menção à impossibilidade de utilização do mesmo tempo de contribuição para concessão de benefício previdenciário da mesma natureza, estabelecendo no inciso II do artigo 96 ser *vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes*, e no inciso III do mesmo dispositivo legal que *não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro*.

No entanto, não pretende o Autor da ação a contagem recíproca ou a soma de períodos concomitantes para a concessão de benefício previdenciário, mas sim a desconstituição de um benefício anteriormente concedido, mediante sua renúncia, e a subsequente concessão de outra aposentadoria, utilizando sim o mesmo período de contribuição que fora anteriormente utilizado para concessão de sua primeira aposentadoria, mas que já não existirá mais, haja vista sua renúncia, o que implica na não incidência das vedações até aqui consideradas.

Sendo, portanto, possível a contagem daqueles períodos anteriormente utilizados para concessão da primeira aposentadoria, surge um novo questionamento, o qual também é apresentado na contestação, qual seja, o que se relaciona com a necessidade, ou não, de restituir-se aos cofres da previdência social os valores recebidos a título de aposentadoria, o que passaremos a tratar no tópico seguinte.

Necessidade, ou não, de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou expressamente a respeito da desnecessidade de restituição de valores recebidos a título de aposentadoria, mediante o julgamento de recurso especial repetitivo, conforme transcrevemos abaixo:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E RE-APOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.
2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.
3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.
4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposementação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.
5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposementação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.
6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
(REsp 1334488/SC - 2012/0146387-1 - Relator Ministro Herman Benjamin - Órgão Julgador - Primeira Seção - Data do Julgamento 08/05/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 14/05/2013 - RSTJ vol. 230 p. 400 - RT vol. 936 p. 350)

Apresentados embargos de declaração da mencionada decisão, aquela Corte Superior pronunciou-se confirmando a decisão no sentido da inexigibilidade da restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria precedente, bem como esclareceu a possibilidade de computar-se no período básico de cálculo do novo benefício tanto as contribuições anteriores, assim utilizadas para concessão da primeira aposentadoria, quanto das contribuições posteriores, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA A NOVA APOSENTADORIA. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO.

1. Trata-se de Embargos de Declaração contra decisão proferida em Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que estabeleceu que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação”.
2. Considerando a possibilidade de interpretação distoante do contexto do acórdão embargado e do próprio objeto do pedido de desaposementação, deve ficar exposto que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.
3. Ademais, não se afiguram as demais omissões e contradições referidas pelo embargante, já que os trechos que servem de base para tais asserções se referem à ressalva do ponto de vista pessoal do Relator, e não à fundamentação da conclusão do acórdão.
4. Embargos de Declaração acolhidos em parte.
(EDcl no REsp 1334488/SC - 2012/0146387-1 – Relator Ministro Herman Benjamin - Órgão Julgador Primeira Seção - Data do Julgamento 14/08/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 30/09/2013)

Não bastasse tal posicionamento firmado pelo Tribunal Superior em sede de julgamento de recurso repetitivo, não podemos deixar de expressar nossa opinião no sentido de acrescentar outra fundamentação para que se considere inexigível qualquer restituição de valores pagos a título de aposentadoria, regularmente concedida, da qual venha seu titular a renunciar, objetivando benefício que melhor atenda às suas necessidades.

O benefício do Autor, concedido anteriormente, do qual pretende abrir mão para obtenção de outro mais vantajoso, lhe fora concedido de forma regular e nos termos da lei, haja vista a inexistência de qualquer discussão a tal respeito, de forma que por tratar-se do exercício regular de um direito a postulação do benefício naquela ocasião, tal situação não pode, neste momento, equiparar-se a uma concessão indevida ou irregular de benefício previdenciário, a ensejar a devolução de seus valores.

É importante lembrar que na questão da devolução de valores pagos pela Previdência Social, encontram-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o beneficiário não está obrigado a devolver verbas de cunho alimentar recebidas de boa-fé. Nesse sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 9.032/95. REGRA APLICÁVEL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PEDIDO PROCEDENTE.

1. É firme a compreensão jurisprudencial desta Corte segundo a qual a revisão do benefício de pensão por morte concedido anteriormente à edição da Lei nº 9.032/95 deve respeitar a legislação então em vigor, em atenção ao princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

2. Nessa linha de posicionamento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, "(...) seguindo posição adotada pela Suprema Corte, firmou-se no sentido de que não é possível aplicar-se às pensões concedidas nos termos da redação original do art. 75 da Lei nº 8.213/91 a alteração mais benéfica introduzida pela Lei nº 9.032/95, sob pena de afronta ao disposto nos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da Constituição Federal" (AR 4.019/RN, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 8/10/2012).

3. Registra-se, por necessário, que, no caso dos autos, não há se falar em restituição de valores eventualmente pagos a maior, tendo em vista a jurisprudência consolidada por esta Colenda Seção, segundo a qual não é cabível a devolução de valores que possuam natureza alimentar recebidos de boa-fé pela parte beneficiária, em razão de sentença transitada em julgado. O pedido, neste ponto, não prospera.

4. Ação rescisória procedente em parte.

(AR 3816/MG - 2007/0194180-5 - Relator Ministro Og Fernandes - Revisor Ministro Sebastião Reis Júnior - Órgão Julgador Terceira Seção - Data do Julgamento 11/09/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 26/09/2013)

De tal maneira, o recebimento dos valores pagos mensalmente a título de aposentadoria recebida pelo Autor da ação, configuram-se, indubitavelmente, como conduta de boa-fé, pois tinha ele direito ao benefício, assim o postulou junto à Autarquia Previdenciária, a qual, reconhecendo a existência de tal direito, concedeu o benefício e manteve seu pagamento até este momento.

Confira-se, aliás, julgado proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região, que reconhece a manutenção da boa-fé do Segurado, inclusive em situações de fraude comprovada contra o INSS:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE FRAUDE. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. NATUREZA ALIMENTAR. INVIÁVEL A REPETIÇÃO.

1. Cuidam os presentes autos de ação revisional de benefício previdenciário que a Autarquia

reputa eivado de vício concessório por fraude nos documentos que declaram tempo de serviço. O benefício foi concedido por ordem judicial já trânsita, após processo que culminou com sentença confirmada nesta Corte Federal.

2. Operação abrangente da Polícia Federal em combate a fraude s em tese perpetradas por escritórios na cidade de Bauru apreendeu documento do réu que, ouvido perante a Autoridade Inquisitiva, reconheceu a inclusão falsa de vínculo de trabalho em sua Carteira do Trabalho e Previdência Social - CTPS, inclusive apontando o suposto Advogado autor da contrafação.

3. Desde logo cumpre destacar que a situação processual da apelante era, já desde o início do ajuizamento de sua pretensão, bastante peculiar. Capitaneando interesse público, o INSS não poderia deixar de buscar a anulação do benefício concedido sob fraude. No entanto, simples ato de anulação não poderia ser feito já que o benefício decorria de decisão judicial sob a égide da coisa julgada. Pelo mesmo motivo, não poderia intentar ação anulatória. Nem mesmo de ação rescisória poderia cogitar, já que a persecução penal, ao tempo do ajuizamento, estava no nascedouro. Aforou, pois, ação de revisão do benefício. O juízo de origem bem acolheu o intento, julgando-o, corretamente, adequado ao fim colimado.

4. O juiz houve por bem entender que, mesmo em se tratando de fraude confessa, julgando acertadamente suficiente à prolação do edito de mérito civil o depoimento do réu perante a Autoridade Policial, não é devida a repetição de valores recebidos como renda alimentar. Expressamente, o juízo monocrático enunciou que a verba alimentar não é passível de repetição.

5. O direito a prestações alimentícias efetivamente não comporta repetição.

6. A mesma flexibilidade que permite ao juízo cível reconhecer a fraude mesmo antes da condenação penal há que nortear o reconhecimento de que a verba previdenciária, mesmo sendo obtida por meios escusos, ostenta sempre a natureza de verba alimentar.

7. Os reais fraudadores da Previdência Social não são beneficiários que se valem de estelionatários para obter uma renda mínima a fim de sobreviverem. Não. Conquanto mereçam reprimenda, inclusive penal, não merecem mais do que isso. Se o INSS quer preservar o interesse público e lutar pelos valores gastos com a renda indevida, que o faça em face da condenação penal dos que se embalaram na efetiva conduta criminal de falsear e ganhar com isso, não uma renda pequena no fim da vida, mas a taxa delitiva que certamente cobraram de pessoas semialfabetizadas e sem a exata noção do quanto se feriu a própria cidadania pela sedução a que se entregaram, no discurso de alarifes com gravatas e diploma na parede.

8. Apelo do INSS a que se nega provimento.

(TRF3 - JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA – AC 200503990053230 - DJF3 CJ1 DATA: 02/09/2011 PÁGINA: 1845)

Portanto, como bem definido em recurso repetitivo pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não há que ser devolvida qualquer quantia recebida a título de aposentadoria daquele que pretende renunciar ao seu benefício para obter outro melhor, tanto pela boa-fé de seu recebimento, quando pela natureza alimentar de tais prestações.

Registre-se, apenas para finalizar a fundamentação deste tópico, que a imposição da restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, da qual se pretende renunciar, configura-se em situação tão onerosa que, caso fosse reconhecida sua necessidade, estar-se-ia a esvaziar toda a discussão jurídica a respeito da tão debatida desaposentação, pois exigir de quem recebe parques recursos decorrentes de sua aposentadoria, que devolva tudo o que recebeu, apenas para poder obter, a partir de então, um novo benefício mais vantajoso, seria criar uma barreira intransponível para praticamente todos os Segurados.

Hipóteses de reconhecimento do direito pretendido sem configurar revisão periódica da aposentadoria.

De acordo com o estabelecido no inciso I do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, o cálculo do valor do salário-de-benefício para as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição se dá pela *média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário*.

Tomando-se a hipótese da aposentadoria por tempo de contribuição, já que é esta que se encontra em questão posta pelo Autor da ação, temos que seu cálculo é realizado com a consideração de elementos estabelecidos pela legislação acima mencionada, sendo o primeiro deles a apuração dos maiores salários-de contribuição apurados em 80% de toda a vida contributiva do Segurado, dos quais extrair-se-á a média aritmética simples.

Feito isso, o montante apurado será multiplicado pelo *fator previdenciário*, o qual decorre da fórmula prevista no § 11 do artigo 32 do Decreto 3.048/99, que assim dispõe:

§ 11. O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, mediante a fórmula:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria; e

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Tal forma de cálculo do multiplicador se compõe dos quatro elementos especificados pelo dispositivo regulamentar transcrito acima (“Es”, “Tc”, “Id” e “a”), dos quais, a *expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria (Es)*, o *tempo de contribuição até o momento da aposentadoria (Tc)* e a *idade no momento da aposentadoria (Id)*, são variáveis.

Tal variabilidade consiste no fato de que a *idade* será elevada a cada ano, o que carece de qualquer outra fundamentação. Já o *tempo de contribuição*, caso o Segurado se mantenha em atividade, também será acrescido mês a mês, de forma que ambos os elementos implicarão em uma elevação do resultado da fórmula, aumentando, assim, o valor do fator previdenciário, que por sua vez implicará em aposentadoria mais vantajosa.

A *expectativa de sobrevida*, por sua vez, se apresenta como o maior fator de incerteza e variação, uma vez que nos termos do § 12 do mesmo artigo 32 será *obtida a partir da tabela completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos*, de forma que, combinada com o avanço da idade do Segurado, apresentará variação favorável ou não a ele.

Diante, portanto, da certeza da variação dos elementos *idade e tempo de contribuição*, uma vez que o avanço de ambos implica na obtenção de um fator previdenciário mais favorável ao Segurado, a permissão ampla e irrestrita de desaposentação para obtenção de nova aposentadoria, sem determinados limites que aqui iremos estabelecer, implicaria na possibilidade de ser postulada uma nova desaposentação, combinada com a concessão de novo benefício a cada ano, dando lugar, assim, a uma verdadeira revisão periódica por meio de tal instituto.

Veja-se que esta foi a preocupação de Sua Excelência, o Senhor Ministro Herman Benjamin, Relator do Recurso Especial nº 1.334.488-SC, do qual transcrevemos a ementa acima, quando ressaltou seu posicionamento pessoal, no sentido da necessidade de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria precedente.

Não estamos aqui alterando o que já restou fundamentado no tópico anterior desta decisão, mas tão somente reconhecendo a importância daquela ressalva, não pelo seu fim, consistente na exigência de restituição de valores, mas sim pela sua razão, consistente na pretensão de barrar condutas repetitivas no sentido de rever a cada ano o valor da aposentadoria mediante a desaposentação.

Segue a ressalva apresentada no mencionado Voto:

...

Não obstante a adoção, no presente julgamento, da dominante jurisprudência acerca do ressarcimento de aposentadoria renunciada, ressalvo meu entendimento exposto, em voto vencido, no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

Transcrevo a fundamentação que adotei naqueles julgamentos:

Veja-se, pois, que as contribuições da atividade laboral do segurado aposentado são destinadas ao custeio do sistema (art. 11, § 3º), não podendo ser utilizadas para outros fins, salvo as prestações salário-família e reabilitação profissional (art. 18, § 2º). Não é permitido, portanto, conceder ao aposentado qualquer outro tipo de benefício previdenciário, inclusive outra aposentadoria.

Nesse ponto é importante resgatar o tema sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria para afastar a alegada violação, invocada pelo INSS, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Este dispositivo apenas veda a concessão de prestação previdenciária aos segurados que estejam em gozo de aposentadoria, não sendo o caso quando esta deixa de existir pelo seu completo desfazimento. Ou seja, se a aposentadoria deixa de existir juridicamente, não incide a vedação do indigitado dispositivo legal.

...

A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada.

Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, *data venia*, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. *Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição.* (não há destaques no original) Exemplificando: o segurado se aposenta em abril/2012 e continua trabalhando e contribuindo. Em maio/2012 pediria a desaposentação de abril/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de abril. Em junho/2012 pediria a desaposentação de maio/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de maio e assim sucessivamente. A não devolução dos valores do benefício culminaria, pois, na generalização da aposentadoria proporcional.

Nenhum segurado deixaria de requerer o benefício quando preenchidos os requisitos mínimos. A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido *resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida.* (não há destaques no original)

Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional. Indispensável, portanto, o retorno ao *status quo ante* para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas.

Assim, é bom frisar que a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado pretende renunciar é condição para que as contribuições possam ser utilizadas para novo benefício da mesma espécie, inclusive de outro regime.

Nada impede, por outro lado, que o segurado renuncie com efeito ex nunc, o que o desoneraria da devolução dos valores, mas não ensejaria o direito de utilizar as contribuições já computadas.

...

Portanto, a preocupação que apresentamos se assemelha ao posicionamento daquele Eminentíssimo Relator, qual seja, a necessidade de impedir que a autorização da desaposentação se torne uma forma de recálculo mensal ou anual do benefício, exatamente pela possibilidade de que os elementos variáveis do cálculo do fator previdenciário podem ensejar uma vantagem progressiva para o valor da aposentadoria.

Para que possamos, então, melhor nos expressar em tom conclusivo a respeito de nosso posicionamento, é importante utilizarmos uma classificação dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social quanto à sua natureza e espécie, de forma que passaremos a considerar os benefícios previstos para os Segurados, divididos em três ordens de natureza, *aposentadorias, auxílios e salários*.

Dentro dos benefícios de prestação continuada com natureza de *aposentadoria*, temos uma outra subclassificação que os apresenta como de quatro espécies: *invalidéz, idade, tempo de contribuição e especial*.

Pois bem, assim considerados os benefícios de aposentadoria, temos que, apesar de todos eles constituírem-se em benefícios de prestação continuada destinada a suprir as necessidades do Segurado, substituindo seu salário-de-contribuição, as espécies são diversas, principalmente pelos requisitos exigidos para a concessão de cada um deles, o que é escusável de aqui se esclarecer.

Assim consideradas as aposentadorias em suas espécies, temos que a obtenção de nova aposentadoria mediante o instituto da desaposentação, somente poderá ocorrer quando se tratar da postulação de espécie diferente de aposentadoria, não se permitindo, assim, tal conduta para verdadeiro recálculo do valor da mesma aposentadoria da qual já é beneficiário.

Sendo assim, entendemos que a possibilidade da desaposentação, para obtenção de novo benefício, somente poderá ocorrer quando a nova aposentadoria, pretendida pelo Segurado seja de espécie diferente, pois, a renúncia para obtenção de benefício da mesma espécie configura-se em verdadeira revisão do valor daquele benefício, assim como poderia levar à periodicidade de tal procedimento, haja vista os motivos já acima especificados.

Da repercussão geral reconhecida ao tema.

Conforme decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, a questão da possibilidade de renúncia à aposentadoria para obtenção de outra mais vantajosa, teve a repercussão geral reconhecida em recurso extraordinário, conforme transcrevemos abaixo:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA.

Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo se serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso.

(RE 661256 RG/DF - Relator Ministro Ayres Britto - Julgamento: 17/11/2011 - Publicação DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

Em que pese tal reconhecimento por parte da Suprema Corte, não ocorre o automático sobrestamento dos feitos que estejam sob julgamento em instâncias inferiores, conforme já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E. APLICAÇÃO.

...

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: “Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.”

13. *O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.* (não há destaques no original)

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. *Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.* (não há destaques no original)

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária,

pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Processo REsp 1143677/RS - 2009/0107514-0 - Relator Ministro Luiz Fux - Órgão Julgador Corte Especial - Data do Julgamento 02/12/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2010 DECTRAB vol. 207 p. 41)

De tal maneira, independentemente de eventual sobrestamento de recursos extraordinários a serem remetidos ao Supremo Tribunal Federal, não devem os processos ser sobrestados de maneira geral, o que permite o julgamento da presente causa.

Da questão específica nos autos.

Tomando-se o caso do Autor, é importante ressaltar que a espécie *aposentadoria por tempo de contribuição*, até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, era denominada de *aposentadoria por tempo de serviço*, dividindo-se em duas sub-espécies, assim conhecidas como *aposentadoria por tempo de serviço proporcional* e *aposentadoria por tempo de serviço integral*.

Com essa subclassificação, decorre da fundamentação acima, que a diversidade existente entre as aposentadorias por tempo de serviço *proporcional* e *integral*, permite a renúncia a uma delas para obtenção de outra mais vantajosa, ou seja, devemos permitir ao Segurado que se aposentou por *tempo de contribuição/serviço* em período inferior a 35 (trinta e cinco) anos quando homem e inferior a 30 (trinta) anos quando mulher possa buscar uma nova aposentadoria, para que possa obter a anteriormente denominada *aposentadoria por tempo de serviço integral*.

Apenas para que não reste dúvidas a respeito do posicionamento aqui adotado, caso o Segurado, tomando-se como exemplo o do sexo masculino, tenha se aposentado com 30 (trinta) anos de contribuição/serviço, não poderá desaposentar e requerer uma nova aposentadoria a cada novo ano, até completar os 35 (trinta e cinco), pois estaria abrindo mão de um benefício para obter outro da mesma espécie, permitindo-se, assim, que apenas o faça quando venha a implementar o tempo necessário para obtenção da aposentadoria de outra espécie, ou seja, a por tempo integral.

A *Carta de Concessão/Memória de Cálculo*, apresentada pelo Autor, demonstra ser ele beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida a partir de 30/04/2009, com base em 32 (trinta e dois) anos, 03 (três) meses e 02 (dois) dias, sendo que o Autor comprova nos autos, mediante apresentação de cópias do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a manutenção de sua qualidade de segurado obrigatório, na condição de empregado por mais 03 (três) anos, conforme especificado:

1 - abr/09 a ago/09 - *Atlântico Cargas e Encomendas Ltda.* - ME;

2 - ago/10 a mar/13 - *Mundial Tractor Comércio, Importação e Exportação Ltda.*

Com isso, deve ser reconhecido o direito em obter junto à Autarquia Previdenciária sua desaposentação daquele benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, para que passe a receber novo benefício, computando-se as contribuições anteriores e as novas, assim consideradas aquelas a partir da aposentadoria a que se renuncia, pois o novo benefício que se pretende consiste em outra espécie de aposentadoria, a de tempo de contribuição integral.

Dispositivo.

Posto isso, *julgo procedente o pedido*, resolvendo o mérito com amparo no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar o INSS a:

a) aceitar o pedido de renúncia do Autor em face da aposentadoria pro tempo de contribuição proporcional - NB nº 148.410.980-2;

b) conceder ao Autor nova aposentadoria por tempo de contribuição integral, utilizando-se, para tanto, do tempo de contribuição anteriormente computado para a concessão da primeira aposentadoria, assim como as contribuições posteriores àquela data;

c) após o trânsito em julgado, proceder à elaboração dos cálculos dos valores das prestações vencidas, decorrentes da diferença entre as aposentadorias renunciada e concedida, desde a propositura da ação, atualizadas na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009. O valor da condenação deve ser apurado pelo réu e apresentado, para fins de expedição de ofício requisitório, no prazo de 30 dias do trânsito em julgado.

Sem condenação em custas e honorários nesta instância, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.099/95.

P.R.I.

Juiz Federal NILSON MARTINS LOPES JUNIOR



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.

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 (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532