JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO CÍVEL
0002060-04.1993.4.03.6100
(2002.03.99.007520-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: MARIA LUCIDA BRANDT DE CARVALHO
Entidade: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO CONRADO
Classe do Processo: AC 777799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2011

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RECEBIMENTO DE SALÁRIOS DURANTE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTAS JUSTIFICADAS. HONORÁRIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A lide cinge-se à definição da presença, ou não, do direito da autora quanto ao percebimento dos salários que deixou de auferir durante o período em que tramitou o Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado por inassiduidade habitual ao trabalho.

2. Para a configuração da inassiduidade é de rigor que as faltas cometidas pelo servidor sejam injustificadas, requisito cuja presença não se constata na espécie, uma vez assim ter concluído o procedimento administrativo instaurado. Tal conclusão é ainda reforçada na medida em que o PAD removeu a autora de ofício para o Estado de São Paulo, sendo exatamente esse o motivo que a levou a se ausentar, justificadamente, no trabalho.

3. Tomada em conta a redação do artigo 44, da Lei nº 8.112/90, é de se considerar que os dias não trabalhados pela autora devem ser tidos como de efetivo exercício, impondo-se, por isso, sua remuneração, com todas as verbas e vantagens remuneratórias decorrentes, observada, porém, a possibilidade de compensação a critério de sua chefia imediata - garantia que não se pode recusar à Administração, pena de se ferir a idéia de legalidade, embora, ao final, deva ser facultado à autora o direito à recusa da compensação (caso seja ela firmada como opção pela Administração), hipótese em que não lhe será devida a remuneração pretendida e os reflexos remuneratórios decorrentes.

4. Os valores em atraso devem ser corrigidos em sua totalidade desde a data em que deveriam ter sido pagos, aplicando-se, em conseqüência, a correção monetária por todo o período, de acordo com a disciplina atualmente firmada, via provimento, pela Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região.

5. Quanto aos juros de mora (que são devidos a partir da citação, nos termos do artigo 219 do CPC), devem ser tomados na conformidade do regime vigente na data do ajuizamento da ação, o que, *in casu*, quer significar que incidirão a 12% ao ano (visto que a ação foi ajuizada antes do advento da Medida Provisória nº 2.180-35/2001). Precedentes.

6. Os honorários advocatícios devem ser pagos integralmente pela ré e no patamar em que fixado na sentença, uma vez que a autora decaiu de parte mínima de seu

pedido, sendo o valor arbitrado em primeiro grau aquele que melhor remunera o trabalho intelectual do patrono da autora, diante do tempo decorrido e da importância da causa.

7. Índices de correção monetária e juros de mora especificados de ofício.

8. Apelação improvida.

9. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA A do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, (i) de ofício, determinar que os valores atrasados sejam corrigidos nos termos da disciplina atualmente firmada, via provimento, pela Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região e fixar os juros de mora em 12% ao ano desde a citação, (ii) negar provimento à apelação e (iii) dar parcial provimento à remessa oficial, fazendo-o de modo assegurar o direito da autora à remuneração pretendida, com a possibilidade de condicionamento à compensação dos dias não trabalhados a critério da chefia imediata da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): Trata-se de ação de rito ordinário distribuída em 22/01/1993 por Maria Lucia Brandt de Carvalho em face da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, objetivando o pagamento de salários e seus reflexos referentes ao período de 21/04/1991 a 31/01/1992, tempo em que transcorreu o inquérito administrativo que visava apurar sua inassiduidade habitual ao serviço, e que, ao final, decidiu favoravelmente à autora.

A ação foi julgada procedente, segundo entendimento de que a ré, ao negar a ocorrência da hipótese legal ensejadora de demissão e conceder a autora a remoção pleiteada, considerou que o cargo se manteve, sendo reconhecido todas as vantagens a ele inerentes. Honorários fixados em 10% do valor da condenação, ficando a cargo da ré (fls. 56/53).

Sentença submetida a reexame necessário.

A ré apelou, alegando que o fato de o inquérito administrativo ter sido favorável à autora não lhe confere o direito à percepção dos salários e seus reflexos, uma vez que de fato abandonou seu posto de trabalho, devendo arcar com as consequências pecuniárias desse ato. Subsidiariamente, requer a redução da verba honorária (fls. 64/70).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): Segundo consta, a autora, antropóloga da FUNAI lotada no Estado do Rio de Janeiro, foi dispensada

dos quadros funcionais da ré em 28/10/1987, mas reintegrada em 24/07/1990, após decisão da 8ª JCJ do Rio de Janeiro.

Durante o período em que ficou afastada, constituiu nova família no Estado de São Paulo.

Ao ser reintegrada, ingressou com pedido administrativo de transferência para o Estado de São Paulo, negado em 1ª instância, em 11/1990, e, em recurso, em 03/1991.

Diante de tal negativa, comunicou a seu chefe imediato que não poderia continuar no desempenho de suas funções naquela localidade em detrimento de sua vida familiar.

A partir de então, a autora deixou de comparecer a seu posto de serviço, sendo instaurado um Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD por inassiduidade habitual, que, ao final, entendeu pela não configuração da aludida falta, removendo-a para o Estado de São Paulo (fls. 16/24).

Esses os fatos que precederam a lide, que se cinge, ao final, na definição da presença, ou não, do direito da autora quanto ao percebimento dos salários que deixou de auferir durante o período em que tramitou o Procedimento Administrativo Disciplinar (21/04/1991 a 31/01/1992).

Pois bem. Sobre a inassiduidade habitual, dispõe a Lei nº 8.112/90:

> "139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, *sem causa justificada*, por 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses.
> Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que:
> I - a indicação da materialidade dar-se-á:
> a) [...]
> b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço *sem causa justificada*, por período igual ou superior a 60 (sessenta) dias interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses;
> [...]" Grifei.

Observa-se, ao que se vê, que para a configuração da inassiduidade é de rigor que as faltas cometidas pelo servidor sejam injustificadas, requisito cuja presença não se constata na espécie, uma vez assim ter concluído o procedimento administrativo instaurado.

Tal conclusão é ainda reforçada na medida em que o PAD removeu a autora de ofício para o Estado de São Paulo, sendo exatamente esse o motivo que a levou a se ausentar, justificadamente, no trabalho.

Partindo dessa premissa (de que as faltas foram, por lógica, tidas como justificadas), vem à luz, então, o disposto no artigo 44 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

> "Art. 44. O servidor perderá:
> I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;
> [...]
> Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício."

Tomada em conta a redação de tal dispositivo, é de se considerar que os dias não trabalhados pela autora devem ser tidos como de efetivo exercício, impondo-se, por isso, sua remuneração, com todas as verbas e vantagens remuneratórias decorrentes, observada, porém, a possibilidade de compensação a critério de sua chefia imediata - garantia que não se pode recusar à Administração, pena de se ferir a idéia de legalidade, embora, ao final, deva ser facultado à autora o direito à recusa da compensação (caso seja ela firmada como opção pela Administração), hipótese em que não lhe será devida a remuneração pretendida e os reflexos remuneratórios decorrentes.

Dito isso, tendo a sentença de primeiro grau silenciado sobre os acessórios do débito, passo a analisá-los.

Os valores em atraso devem ser corrigidos em sua totalidade desde a data em que deveriam ter sido pagos, aplicando-se, em conseqüência, a correção monetária por todo o período, de acordo com a disciplina atualmente firmada, via provimento, pela Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região.

Quanto aos juros de mora (que são devidos a partir da citação, nos termos do artigo 219 do CPC), seguindo a orientação firmada pelas 1ª, 2ª, 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, devem ser tomados na conformidade do regime vigente na data do ajuizamento da ação (precedentes: RESP 1.193.132, DJ 02/09/2010, Rel. Eliana Calmon; AgRg no RESP 1.142.268, DJ 10/08/2010, Rel. Hamilton Carvalhido; AgRg no Agr. Instr. 1.186.528, DJ 19/08/2010, Rel. Humberto Martins; AgRg no Agr. Inst 1.283.825, DJ 10/08/2010, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho; AgRg no Agr. Inst. 1.070.468, DJ 24/08/2010, Rel. Celso Limongi), o que, *in casu*, quer significar que incidirão a 12% ao ano (visto que a ação foi ajuizada antes do advento da Medida Provisória nº 2.180-35/2001).

Anoto, por fim, que em ulterior fase, deverá ser apurado o montante devido, ocasião em que deverão ser compensadas as quantias eventualmente já pagas administrativamente.

Os honorários advocatícios devem ser pagos integralmente pela ré e no patamar em que fixado na sentença, uma vez que a autora decaiu de parte mínima de seu pedido, sendo o valor arbitrado em primeiro grau aquele que melhor remunera o trabalho intelectual do patrono da autora, diante do tempo decorrido e da importância da causa.

Ante o exposto, (i) de ofício, determino que os valores atrasados sejam corrigidos nos termos da disciplina atualmente firmada, via provimento, pela Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região e fixo os juros de mora em 12% ao ano desde a citação, (ii) nego provimento à apelação e (iii) dou parcial provimento à remessa oficial, fazendo-o de modo assegurar o direito da autora à remuneração pretendida, com a possibilidade de condicionamento à compensação dos dias não trabalhados a critério da chefia imediata da autora.

É o voto.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0049516-08.1997.4.03.6100
(2006.03.99.021475-8)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL E OUTROS
Partes Rés: CIA. ENERGÉTICA DE SÃO PAULO - CESP E OUTROS
Apelados: RUI GOETHE DA COSTA FALCÃO, ANTONIO CESAR RUSSI CALLEGARI E NIVALDO SANTANA SILVA (Codinome: NIVALDO SANTANA DA SILVA)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: ApelReex 1120777
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ASSUNÇÃO E REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PÚBLICA MOBILIÁRIA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PELA UNIÃO. LEI Nº 9.496/1997. CONTRATO FIRMADO COM O ESTADO DE SÃO PAULO. PROGRAMA ESTADUAL DE DESESTATIZAÇÃO. LEI ESTADUAL PAULISTA Nº 9.466/1996. VALIDADE. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. INTERPRETAÇÃO AMPLA DA ISENÇÃO PREVISTA NO INCISO LXXIII, DO ART. 5º, DA CF/1988. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DOS AUTORES. RESPONSABILIDADE DOS CORRÉUS PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS.

A União, por meio da Lei nº 9.496/1997, celebrou com o Estado de São Paulo contratos de refinanciamento os quais foram estruturados de modo que parcela da dívida fosse amortizada com bens e direitos, por meio da transmissão direta e de transferência do produto de sua alienação no âmbito do respectivo Programa Estadual de Desestatização. Respaldo no art. 7º, da Lei nº 9.496/1997.

Da análise sistemática dos §§ 2º e 4º, do art. 1º, da Lei Estadual nº 9.466/1996, conclui-se que os créditos que o BANESPA e a Nossa Caixa Nosso Banco têm junto ao Estado e às entidades da Administração Indireta serão adquiridos pela União previamente à celebração do contrato de refinanciamento da dívida (§ 2º). Por outro lado, tais créditos não poderão ser utilizados para efeito do disposto na Lei Estadual nº 9.361/1996 (§ 4º).

A interpretação sistemática entre o art. 14, da Lei Estadual nº 9.361/1996 e o art. 1º, § 4º, da Lei Paulista nº 9.466/1996, indica que a União não poderá utilizar os créditos que possui contra o Estado de São Paulo como moeda de pagamento nos leilões a serem realizados na alienação das estatais paulistas, uma vez que não estão ali previstas.

São requisitos para a viabilidade da ação popular: a condição de eleitor do autor, a ilegalidade do ato impugnado e a lesividade dele decorrente.

Não configurada a ilegalidade, vez que o contrato celebrado entre a União e o Estado de São Paulo atendeu aos ditames normativos que regem a matéria. As condições previstas no Pacto mostram-se equitativas e atendem aos interesses públicos federal e estadual. Ademais, pôde o Estado recuperar a gestão financeira em sua plenitude, permitindo uma melhor administração do Tesouro.

Quanto à lesividade, destaca-se, em um primeiro momento, que a União não poderá

utilizar os créditos que possui contra o Estado de São Paulo como moeda de pagamento nos leilões a serem realizados na alienação das estatais paulistas. Ademais, o laudo pericial afirma que o montante da dívida paulista, caso não implementado o acordo, passaria de R$ 50,3 bilhões em 22/5/1997, para R$ 126,8 bilhões em 30/9/2001, do que se verifica que a celebração do negócio foi vantajosa para o Estado.

Os autores buscaram anular os instrumentos negociais sem a demonstração inequívoca de afronta à legislação vigente e de prejuízo ao erário. Inexistência de elementos que possam levar à reforma da sentença.

O art. 5º, inciso LXXIII, da CF/1988, dispensa o autor popular do pagamento da custas processuais e dos ônus da sucumbência, "*salvo comprovada má-fé*". Esta isenção é justificada pela importância dos interesses que a ação popular visa resguardar: patrimônio público, patrimônio histórico e cultural, meio ambiente e moralidade administrativa.

Os autores não agiram com tal desígnio, mas apenas buscaram, por meio da ação popular, defender os interesse públicos que, supostamente, estariam sendo violados. Reforça tal posicionamento o fato de os corréus não terem sequer alegado a conduta desleal dos requerentes.

O inciso LXXII, do art. 5º, da Carta Magna, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a isentar o autor de boa-fé do pagamento de todas as despesas processuais, inclusive os honorários devidos ao perito oficial. Precedentes do STF e do STJ.

Quando o autor ingressa com a demanda popular, não está defendendo direito ou interesse próprios, e sim de toda a coletividade. Busca, com a referida ação, zelar pela proteção do patrimônio publico, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, assuntos que dizem respeito a todos, indistintamente.

A responsabilidade deve recair sobre a entidade que teve o seu patrimônio protegido pelo autor popular. Isso porque, mesmo que a referida entidade tenha logrado êxito com o julgamento improcedente do pedido, ainda assim o seu patrimônio foi objeto de zelo popular e de fiscalização pelo cidadão. Ademais, o autor popular não ajuíza a demanda em nome próprio, mas sim de toda a coletividade.

A condenação exclusiva da Fazenda do Estado de São Paulo, com a consequente liberação dos demais corréus, implicaria em *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário, o que é vedado pela Súmula nº 45/STJ.

Como todos os corréus tiveram seus patrimônios defendidos, ainda que em diferentes escalas, e estão devidamente legitimados a figurarem no polo passivo da presente demanda, entendo que os honorários periciais devem ser custeados por todos de forma idêntica, nos exatos termos em que ficou estipulado na sentença.

Apelações e remessa oficial a que se negam 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 às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de setembro de 2011.
Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Tratam-se de apelações e remessa oficial em ação popular ajuizada por Rui Goethe da Costa Falcão e outros, em que se pleiteou: a) a nulidade do Protocolo de Acordo celebrado entre o Governo Federal e o Governo do Estado de São Paulo; b) a nulidade do contrato de confissão, promessa de assunção, consolidação e refinanciamento de dívidas; c) a nulidade dos contratos celebrados com a CESP, ELETROPAULO e a CPFL; d) a devolução à Fazenda Pública Estadual e às empresas de sua Administração Indireta de todos os pagamentos referentes aos contratos que forem considerados, total ou parcialmente, nulos ou anuláveis; e) a responsabilização de todos os envolvidos; f) a suspensão imediata de todos os atos e pagamentos das parcelas referentes ao refinanciamento em 360 meses e à desestatização das empresas energéticas relacionadas no âmbito da Lei Estadual Paulista nº 9.361/1996.

Alegam os autores que o Governo Estadual lesou os cofres públicos na condução da consolidação e refinanciamento da dívida pública, uma vez que, sendo credor da União, deixou de adotar os procedimentos adequados para a cobrança o valor que lhe é devido.

Afirmam que os Governos Federal e Estadual firmaram um Protocolo de Acordo em 27/11/1996, ajustando o Programa de Apoio à Reestruturação e Ajuste Fiscal de Longo Prazo do Estado, tendo por meta fiscal básica a redução da dívida financeira total do Estado de São Paulo a valor não superior ao de sua receita líquida real (RLR) anual até 30/6/2008.

Sustentam que, com a edição da Lei Estadual nº 9.466/1996, o Poder Executivo foi autorizado a contrair financiamento das dívidas mobiliárias e contratuais do Estado e das entidades de sua Administração Indireta. Pela mesma norma, autorizou-se que os créditos que o Banco do Estado de São Paulo - BANESPA e a Nossa Caixa Nosso Banco possuíam junto ao Estado e a entidade da sua Administração Indireta, inclusive junto a empresas sob controle acionário do Estado, fossem adquiridos pela União, porém foi vedada a sua utilização para efeito do disposto na Lei nº 9.361/1996, a qual criou o Programa Estadual de Desestatização (PED). Com isso, segundo os autores, pretendeu-se excluir do refinanciamento da dívida a transferência de ativos constantes do PED à União.

Aduzem que o Protocolo de Acordo originou a assinatura de 14 instrumentos contratuais relacionados ao refinanciamento da dívida do Estado perante a União, e que, por força desses contratos, a União aceitou como garantia ações representativas do capital social de empresas paulistas, dentre elas a Companhia Energética do Estado de São Paulo (CESP), o que violaria o § 4º, do art. 1º, da Lei nº 9.466/1996.

Ademais, afirmam que, da dívida confessada pelo Governo Estadual no montante aproximado de R$ 50 bilhões de reais, poderiam ser deduzidos os créditos que tal ente possuiria com a União, o que mudaria o valor a ser cobrado.

Desse modo, entendem os autores que o refinanciamento da dívida nos moldes dos contratos em tela acarretaram lesividade ao patrimônio do Estado, caracterizando verdadeira ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade administrativa, previstos no art. 37, da CF/1988.

O pedido de liminar, requerido para suspender todas as atividades pendentes de realização decorrentes dos contratos e do Protocolo em questão, foi indeferido (fls. 193/199).

Contestações apresentadas às fls. 214/223 (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES), fls. 380/386 (União), fls. 398/403 (Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS), fls. 408/412 (Companhia Energética de São Paulo - CESP), fls. 433/446 (Banco do Estado de São Paulo - BANESPA), fls. 455/481 (Estado de São Paulo), fls. 644/652 (Geraldo José Rodrigues Alckmin), fls. 746/749 (Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A) e fls. 852/865 (Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL).

Determinada a especificação das provas, todos os réus pleitearam o julgamento antecipado do feito (fls. 896, 897, 898, 899, 902). O autor, a seu turno, requereu a produção: a) de prova pericial para apurar o exato montante da dívida consolidada e não consolidada da Fazenda Estadual e as sociedades de sua Administração Direta e Indireta perante a União e demais entes, bem como seus respectivos créditos por ocasião das datas de assinatura dos instrumentos de contratos questionados; b) de prova documental, com a juntada de documentos relativos às Atas de Sessões realizadas no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e na Assembléia Legislativa; c) de prova pericial para comprovar a veracidade do documento nº 29, acostado na inicial a fls. 164/178; d) de prova oral daqueles que tenham participado, direta ou indiretamente, de atos que guardem relação com os contratos relacionados na inicial.

Em decisão de fls. 2.386, deferiu-se a prova pericial.

A Procuradoria do Estado de São Paulo, em petição de fls. 2.403/2.408, aduziu a perda do objeto da ação, sob o argumento de que, em função dos leilões de privatização da CESP, ELETROPAULO e CPFL, a União não utilizou os créditos adquiridos do Estado como moeda de pagamento de privatização. E, com parte do produto dessas alienações, o Estado pagou à União parcelas da dívida refinanciada.

Com a apresentação do Laudo Pericial Contábil (fls. 2.486/2.506), o Sr. *Expert* arbitrou seus honorários definitivos em R$ 20.900,00 (fls. 2.485).

Após as manifestações das partes quanto ao laudo e ao valor dos honorários, fixou o Juízo Singular o valor de R$ 10.000,00, os quais deverá ser pago ao final da ação, nos termos do art. 10, da Lei nº 4.717/1965 (fls. 2.627).

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, entendendo que "o contrato de Refinanciamento celebrado entre os Governos Federal e Estadual está em consonância com o disposto na Constituição Federal, nas Leis nº 9.361/96 e nº 9.466/96, bem como na Resolução nº 118/97 do Senado Federal, não sendo lesivo ao patrimônio público estadual". No que se refere aos honorários periciais, tendo em vista o disposto no inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/1988, determinou que os Réus arcassem com o valor de R$ 9.500,00, dividido em partes iguais para cada um. Custas processuais e honorários advocatícios indevidos, nos termos da mesma norma constitucional. Submeteu a sentença ao duplo grau de jurisdição (art. 19, da Lei nº 4.717/1965).

Apelam o BNDES (fls. 2.712/2.717), a ELETROBRÁS (fls. 2.725/2.731), o Estado de São Paulo (fls. 2.735/2.740) e a União (fls. 2.750/2.753), aduzindo, em breve síntese, que: a) tendo sido vitoriosos na demanda, não se mostra justo que sejam condenados ao pagamento de uma perícia que foi requerida tão somente pelos autores; b) o inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/1988, não determina que a parte adversa tenha que responder

pelo pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, limitando-se apenas a isentar o autor popular; c) o art. 22, da Lei nº 4.717/1965, determina a incidência das regras do CPC naquilo que não a contrariar, razão pela qual aplicam-se ao feito os arts. 20 e 33, do Diploma Processual, cumprindo aos demandantes o pagamento de tais encargos.

Intimados, os autores não apresentaram contrarrazões.

Regularmente processado, os autos vieram a esta Corte.

Tendo em vista tratar-se de ação popular, foi determinada a abertura de vista dos autos ao Ministério Público Federal (fls. 2.782).

Em manifestação, o representante do *Parquet* opinou pelo provimento das apelações e da remessa oficial (fls. 2.783/2.790).

À revisão, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): O Governo Federal, por meio da Lei nº 9.496/1997, instituiu os critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. O seu art. 1º, em redação que vigorava à época dos fatos, assim estava redigido:

> "Art. 1º - Fica a União, no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados autorizada, até 31 de março de 1998 a:
> I - assumir a dívida pública mobiliária dos estados e do Distrito Federal, bem como, ao exclusivo critério do Poder Executivo Federal, outras obrigações decorrentes de operações de crédito interno e externo, ou de natureza contratual, relativas a despesas de investimentos, líquidas e certas, exigíveis até 31 de dezembro de 1994;
> II - assumir os empréstimos tomados pelos estados e pelo Distrito Federal junto à Caixa Econômica Federal, com amparo na Resolução nº 70, de 5 de dezembro de 1995, do Senado Federal;
> III - compensar, ao exclusivo critério do Ministério da Fazenda, os créditos então assumidos com eventuais créditos de natureza contratual, líquidos, certos e exigíveis, detidos pelas unidades da Federação contra a União;
> IV - refinanciar os créditos decorrentes da assunção a que se refere o inciso I, juntamente com créditos titulados pela União contra as unidades da Federação, estes a exclusivo critério do Ministério da Fazenda."

Autorizada a reestruturar as dívida de todas as Unidades da Federação, a União celebrou com o Estado de São Paulo, em 22/5/1997, catorze instrumentos de contrato, sendo que o principal foi denominado "Contrato de Confissão, Promessa de Assunção, Consolidação e Refinanciamento de Dívidas" (fls. 46/72).

De acordo com as cláusulas segunda, parágrafo primeiro, e vigésima sexta, para dar eficácia ao negócio foram estabelecidas as seguintes condições: a) assunção da União de toda a dívida contratual; b) assunção pela União de, pelo menos, 97% do valor atual

da dívida mobiliária; c) existência de dotação orçamentária da União; d) autorização do Senado Federal; e e) obtenção das autorizações legislativas estaduais.

A assunção das dívidas foi devidamente celebrada por meio dos contratos acostados a fls. 92/126. A dotação orçamentária já estava atendida com a edição da Lei nº 9.490/1997, a qual autorizou o Poder Executivo Federal a abrir no orçamento da União crédito especial até o limite de R$ 104 bilhões de reais. A autorização do Senado foi concedida com a expedição da Resolução nº 118/1997, que "autoriza o Estado de São Paulo a contratar operação de refinanciamento de dívidas do Estado, consubstanciada nos contratos celebrados em 22 de maio de 1997, com base no protocolo de acordo firmado entre a União e o Governo do Estado de São Paulo, no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados.". Por fim, a Lei Estadual Paulista nº 9.466/1996 autorizou o Poder Executivo "a contrair financiamento, a outorgar garantias, a transferir o controle acionário de sociedades controladas pelo Estado e a assumir obrigações".

Os referidos contratos de refinanciamento foram estruturados de modo que parcela da dívida fosse amortizada com bens e direitos, por meio da transmissão direta e por meio de transferência do produto de sua alienação no âmbito do respectivo Programa Estadual de Desestatização. Tal previsão, saliento, encontra respaldo no art. 7º, da Lei nº 9.496/1997:

> "Art. 7º - Fica a União autorizada a receber das Unidades da Federação bens, direitos e ações, para fins de amortização extraordinária dos contratos de refinanciamento celebrados na forma desta Lei."

Assim, no contrato de refinanciamento, foram transferidas à União, a título de dação em pagamento, ações representativas do capital social do BANESPA, do CEAGESP e da FEPASA, formalizados pela celebração de Contratos de Promessa de Compra e Venda (cláusula décima segunda).

Já a cláusula décima terceira tratou da destinação do produto da alienação dos bens e direitos: a) se o produto do leilão for inferior ao da avaliação, o Estado se compromete a pagar o saldo remanescente à vista ou alienar novos bens e direitos; b) se o produto do leilão for superior ao da avaliação, a diferença será utilizada para deduzir o saldo devedor da conta gráfica; e se ultrapassar o saldo da conta gráfica, será entregue ao Estado.

Por outro lado, tendo em vista que o valor da avaliação desses ativos transferidos à União não se mostrou definitivo, foram celebrados dois outros instrumentos contratuais que servem para garantir a satisfação de eventual saldo remanescente: um "Contrato de Emissão de Opção Não Padronizada de Compra ('Warrant') de Ações" da CESP e outro da ELETROPAULO.

Deve-se asseverar que tal garantia não resulta em transferência de ações representativas do capital social dessas empresas para a União. A própria redação do o art. 1º, § 4º, da Lei Estadual Paulista nº 9.466/1996, confirma que tais ações servem como garantia ao adimplemento do valor financiado:

> "Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a contrair financiamento junto à União, com vistas ao refinanciamento das dívidas mobiliárias e contratual do Estado e de entidades de sua Administração indireta, inclusive das empresas sob o controle acionário do Estado, junto ao Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA e à

> Nossa Caixa-Nosso Banco S/A, consolidadas nos termos e condições do Protocolo de Acordo celebrado entre o Governo Federal e o Governo do Estado, observadas as demais prescrições legais aplicáveis às contratações da espécie.
> (...)
> § 2º Os créditos que o Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA e a Nossa Caixa-Nosso Banco S/A têm junto ao Estado e a entidade da sua Administração indireta, inclusive junto a empresas, sob controle acionário do Estado, reconhecidos como bons desde a origem, serão adquiridos pela União previamente à celebração do contrato referido no 'caput', que se sub-rogará nos direitos e obrigações respectivos.
> (...)
> § 4º Os créditos adquiridos na forma do § 2º e aqueles que vierem a ser produzidos em função do financiamento referido no 'caput', contra o Estado e as entidades de sua Administração indireta, inclusive as empresas sob o seu controle acionário, não poderão ser utilizados para efeito do disposto na Lei nº 9.361, de 5 de julho de 1996."

A mencionada Lei nº 9.361/1996, também do Estado de São Paulo, criou o Programa Estadual de Desestatização, dispondo sobre a reestruturação societária e patrimonial, englobando, entre outras, a CESP, a ELETROPAULO, a CPFL e a COMGÁS.

Assim, da análise sistemática dos §§ 2º e 4º, do art. 1º, da Lei Estadual nº 9.466/1996, conclui-se que os créditos que o BANESPA e a Nossa Caixa Nosso Banco têm junto ao Estado e às entidades da Administração Indireta serão adquiridos pela União previamente à celebração do contrato de refinanciamento da dívida (§ 2º). Por outro lado, tais créditos não poderão ser utilizados para efeito do disposto na Lei Estadual nº 9.361/1996 (§ 4º).

Destarte, o Estado de São Paulo somente está transferindo à União, como forma de amortização da dívida, ativos não incluídos no PED, ou seja, ações representativas do capital social da FEPASA, da CEAGESP e do BANESPA. Com relação à CESP e à ELETROPAULO, ambas integrantes do PED, foram celebrados contratos de garantia ("warrant"), que não têm como objetivo a transferência de ações representativas dessas empresas à União, mas apenas consubstanciam uma promessa de pagamento do Estado.

Outro argumento que corrobora esta conclusão é que o art. 14, da Lei Estadual nº 9.361/1996, arrolou quais são as únicas formas de pagamento admitidas nas alienações previstas no PED:

> "Artigo 14 - O Governador do Estado, ouvido o Conselho Diretor, definirá as contraprestações que poderão ser aceitas nas alienações previstas no PED, dentre as seguintes modalidades e condições:
> I - moeda corrente;
> II - créditos consolidados contra as empresas incluídas no PED;
> III - ações de emissão da Companhia Energética de São Paulo - CESP, da Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL e da Eletropaulo - Eletricidade de São Paulo S. A., na aquisição ou integralização de subscrições de ações das sociedades a serem criadas de acordo com o disposto no Capítulo IV desta lei; e
> IV - títulos de emissão da sociedade a que se refere o artigo 28 desta lei."

Assim, também utilizando da interpretação sistemática entre o transcrito dispositivo e o art. 1º, § 4º, da Lei Paulista nº 9.466/1996, conclui-se que a União não poderá utilizar os créditos que possui contra o Estado de São Paulo como moeda de pagamento nos leilões a serem realizados na alienação das estatais paulistas, uma vez que não estão ali previstas.

Não existe, portanto, qualquer violação ao princípio constitucional da impessoalidade, na medida em que não foi instituído qualquer privilégio a favor da União.

No que se refere ao cabimento da ação popular, o art. 1º, da Lei nº 4.717/1965, menciona os requisitos necessários à propositura da ação:

> "Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos."

Na mesma orientação, dispõe o art. 5º, LXXIII, da CF/1988:

> "LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;"

Hely Lopes Meirelles ensina que são requisitos para a viabilidade da ação popular: a condição de eleitor do autor, a ilegalidade do ato impugnado e a lesividade dele decorrente.

Quanto aos dois últimos, assim preleciona o doutrinador:

> "O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. (...)
> O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo

de pleno direito. Nos demais casos impõem-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesividade efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular."
(*in Mandado de Segurança*, 28ª edição, Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Malheiros Editores, pgs. 132-133)

Os autores demonstraram o primeiro requisito, conforme documentos acostados a fls. 30, 32, 34.

Quanto à ilegalidade, verifica-se que o contrato celebrado entre a União e o Estado de São Paulo atendeu aos ditames normativos que regem a matéria. As condições previstas no Pacto mostram-se equitativas e atendem aos interesses públicos federal e estadual. Ademais, pôde o Estado recuperar a gestão financeira em sua plenitude, permitindo uma melhor administração do Tesouro.

Com efeito, consta do Protocolo de Acordo os seguintes objetivos, todos consentâneos com a ordem positiva (fls. 36/37):

"1º) a necessidade de dar-se ao Estado condições que aumentem seu grau de eficiência, garantam a melhoria dos seus serviços e assegurem, à população, melhores condições de vida e bem-estar social;
2º) a necessidade de garantir a geração de superávits primários de forma sustentada no Estado, com a simultânea melhoria na qualidade do gasto público;
3º) a existência de dívidas do Estado de expressivo montante, que se encontram com o seu serviço pendente de equacionamento que seja sustentável no longo prazo;
4º) que o Estado está implementando programa de reformas que incluem privatizações, concessões de serviços públicos e redução de despesas com pessoal;
5º) que a implementação de programa dessa natureza também é do interesse do Governo Federal."

Acrescente-se, ainda, a resposta ao quesito nº 3, da Fazenda do Estado pelo Sr. Perito (fls. 2.499):

"3. Comparativamente, as condições estabelecidas no Protocolo de Acordo aqui questionado são equivalentes às oferecidas aos demais Estados da Federação que já concluíram sua negociação com o Governo Federal, em especial no que se refere à taxa de juros?
R: Positiva é a resposta. A própria lei federal nº 9.496/97, estabeleceu as condições, válidas para todos os Estados. Anexamos ao presente trabalho como exemplo, publicação da Gazeta Mercantil de 08/01/99 (doc. nº 02), baseado em fonte do Ministério da Fazenda, que comprova tal fato."

Quanto à lesividade, destaco, em um primeiro momento, a conclusão da interpretação sistemática entre o art. 14, da Lei Estadual nº 9.361/1996, e o art. 1º, § 4º, da Lei Estadual Paulista nº 9.466/1996, pelo qual a União não poderá utilizar os créditos que possui contra o Estado de São Paulo como moeda de pagamento nos leilões a serem realizados na alienação das estatais paulistas.

E tal afirmação vai ao encontro dos esclarecimentos prestados pelo Sr. Perito, no quesito nº 6 apresentado pela Fazenda Estadual (fls. 2.499):

> "6. Queira o Sr. Perito informar se a União se utilizou de ativos originários de créditos oferecidos em garantia pelo Estado à União, através de contratos de Opção de Compra (*warrant*) como moeda de pagamento de privatização da CESP, CPFL, e Eletropaulo, em ofensa à Lei nº 9.466/96?
> R) Não há quaisquer indícios que comprovem tal fato. As *Warrant's* serviram apenas como garantia conforme consta dos Instrumentos Contratuais. Aliás, todo o processo de privatização das empresas do setor elétrico de São Paulo foi conduzido pelo Estado, no âmbito do Programa Estadual de Desestatização - Lei nº 9.361/96."

Ainda quanto à lesividade, o Sr. Perito afirmou que o montante da dívida paulista, caso não implementado o acordo, passaria de R$ 50,3 bilhões em 22/5/1997, para R$ 126,8 bilhões em 30/9/2001 (fls. 2.499), do que se verifica que, a princípio, a celebração do negócio foi vantajosa para o Estado.

Por fim, afasto o argumento dos autores de que a dívida confessada pelo Governo Estadual poderia ser reduzida se tal ente utilizasse os créditos que possui com a União.

Para tal compensação, seria necessário que os créditos do Estado estivessem líquidos e certos. É o que prevê a cláusula décima quarta do Contrato (fls. 62):

> "A UNIÃO poderá compensar seus créditos decorrentes deste Contrato com eventuais créditos do ESTADO contra a UNIÃO já existentes em 31 de março de 1996, relativos a dívidas contratuais vencidas, líquidas e certas."

No caso, o Sr. *Expert* afirmou que "não há documentos nos autos que possibilite constatar indubitavelmente que houvesse créditos líquidos e certos, que pudessem ser objeto de compensação da União diante do Estado de São Paulo" (fls. 2.499).

De suma, os autores buscaram anular os instrumentos negociais sem a demonstração inequívoca de afronta à legislação vigente e de prejuízo ao erário. Da análise dos autos, conclui-se pela inexistência de elementos que possam levar à reforma da sentença.

Aplicáveis no caso, portanto, os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

> "Mas é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação."
> (*Op. cit.*, pg. 134)

De fato, a jurisprudência pátria tem se inclinado ao entendimento de que o controle judicial sobre os atos praticados pela Administração está restrito à apreciação da legalidade do ato atacado e à regularidade do procedimento, sendo-lhe vedado qualquer incursão no mérito administrativo.

Restando confirmado o entendimento de que não houve qualquer irregularidade ou lesividade no acordo ora em tela, passo à análise das apelações interpostas pelos corréus.

O art. 5º, inciso LXXIII, da CF/1988, dispensa o autor popular do pagamento das

custas processuais e dos ônus da sucumbência, "salvo comprovada má-fé".

Com efeito, esta isenção é justificada pela importância dos interesses que a ação popular visa resguardar: patrimônio público, patrimônio histórico e cultural, meio ambiente e moralidade administrativa.

Assim, por constituir um instrumento de exercício da atuação popular, cuja finalidade precípua é o de fiscalizar o Poder Público, optou o legislador constituinte originário em isentar o autor da demanda do pagamento das custas processuais e dos ônus da sucumbência. No entanto, ressalvou a possibilidade do autor arcar com tais despesas quando utilizar a demanda popular de forma indevida, contrariando os valores que busca proteger.

Reputa-se que o autor agiu de má-fé quando a sua conduta encontrar respaldo no rol taxativo previsto no art. 17, do CPC. Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:

> "Quando se dá a litigância de má-fé? Quando se pode reputar o autor popular um litigante de má-fé? A resposta pode ser extraído do art. 17, I a VII, do CPC. O autor popular será considerado litigante de má-fé se 'deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso', ou 'alterar a verdade dos fatos', ou se 'usar do processo para conseguir objetivo ilegal', ou se 'opuser resistência injustificada ao andamento do processo', ou se 'proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo', ou se 'provocar incidentes manifestamente infundados', ou, finalmente, se 'interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório'".
> (*in Comentário Contextual à Constituição*, 6ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 173)

No caso em tela, entendo que os autores não agiram com tal desígnio, mas apenas buscaram, por meio da ação popular, defender os interesse públicos que, supostamente, estariam sendo violados. Inclusive, reforça tal posicionamento o fato de os corréus não terem sequer alegado a conduta desleal dos requerentes.

Logo, incide a isenção prevista no inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/1988, não sendo os autores condenados ao pagamento da custas processuais e dos ônus da sucumbência.

Quanto aos honorários periciais, objeto dos apelos dos corréus, é certo que existe corrente jurisprudencial que defende a tese de que o pagamento de tais verbas seria de responsabilidade da parte sucumbente da demanda, ainda que se tratasse de autor popular.

Segundo tal entendimento, como a lei que regula a ação popular é omissa quanto ao pagamento dos honorários periciais, aplica-se subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil (art. 22, da Lei nº 4.717/1965). Destarte, aplicar-se o art. 20, do CPC, incumbindo à parte derrotada na demanda a responsabilidade pelo pagamento das despesas judiciais.

Nesse sentido já decidiu a Sexta Turma desta E. Corte Federal:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. DESESTATIZAÇÃO DA COSIPA. SUPOSTOS PREJUÍZOS À FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL (FEMCO) DECORRENTES DE ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES NO EDITAL DE PRIVATIZAÇÃO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA E PATROCINADA PELA COSIPA. PATRIMÔNIO TUTELÁVEL PELA AÇÃO POPULAR, NOS TERMOS

DO ART. 1º DA LEI Nº 4.717/65. ALEGAÇÕES SEM RESPALDO EM PROVAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FE. AFRONTA AO ART. 5º, LXXIII, DA CF. EXCLUSÃO APENAS DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS PERICIAIS A CARGO DO AUTOR.

(...)

5. *Não caracterizada má-fé do autor popular, inviável sua condenação em honorários advocatícios. Pertinente, entretanto, sua responsabilização pelos honorários periciais, porquanto além de vencido na demanda, postulou a produção da perícia. Precedentes do STJ e dos Tribunais Regionais da 1ª e 4ª Regiões.*

6. Remessa oficial improvida e apelação parcialmente provida apenas para afastar a condenação do autor em honorários advocatícios."

(APELREE 2004.03.99.021542-0, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 3/3/2011, DJF3 CJ1 de 11/3/2011, grifos nossos)

No entanto, mais me convence o entendimento de que a isenção prevista no inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/1988, abrange não apenas as custas judiciais e honorários advocatícios, mas as despesas judiciais como um todo, o que abrangeria os honorários periciais.

Assim asseverou o então Ministro Demócrito Reinaldo (REsp 151.400/PR, 1ª Turma, j. 4/5/1999, DJ de 14/6/1999, grifos nossos):

"No pertinente à isenção das custas, penso que o recurso é procedente. A ação popular, como, aliás, outros instrumentos processuais com iguais fins (ação civil pública, ação civil de improbidade) objetiva a defesa da nulidade administrativa. o autor, no caso, não age em nome próprio, mas, da coletividade, da sociedade como um todo. Daí a dispensa do pagamento de custas, como fato de estimação para que o autor popular exerça, efetivamente, a cidadania, na preservação, sobretudo, do patrimônio público. Exigir-se o pagamento de custas, especialmente na forma de depósito prévio, constituiria manifesto empeço ao exercício do *munus* que a Constituição Federal cometeu aos cidadãos em geral.

(...)

A promoção da ação popular condiz com a cidadania, com os deveres políticos que o cidadão desempenha na sociedade na fiscalização do bom emprego das rendas públicas. *Penalizá-lo com o pagamento de custas, que, na lei e na Constituição, estão no sentido lato - de despesas processuais, sejam de qual natureza for (exceto honorários de advogado) é impedir, senão dificultar a sua ação, mediante o instrumento que a própria Carta Política lhe propiciou. É a própria Constituição que torna gratuitos os atos de cidadania*. A ação popular e, sobretudo, o exercício da cidadania, constituindo-se um direito, mas, também, em dever que tem o cidadão de zelar pelo patrimônio da Comunidade. O STJ já decidiu 'que os salários periciais devem ser suportados pelo Estado, que está obrigado a prestar a assistência judiciária (RSTJ, vol. 37/484)'".

De forma ampla, também é esse o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica nos seguintes precedentes:

"Ação Popular. Sucumbência do autor. Ofensa, no caso, ao artigo 5º, LXXIII, da Carta Magna.
(...)
- A não ser quando há comprovação de má-fé do autor da ação popular, não pode ele ser condenado nos ônus das custas e da sucumbência (artigo 5º, LXXIII, da Constituição). Precedentes da Corte.
- Recurso extraordinário conhecido e provido."
(RE 221291/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, j. 11/4/2000, DJ de 9/6/2000)

"AÇÃO POPULAR. SUCUMBÊNCIA DO AUTOR. CF/88, ART. 5º, INCISO LXXIII. Salvo comprovada má-fé, em ação popular, não cabe a condenação do autor nas custas e nos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido."
(RExt 200.376/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 30/6/1998, DJ de 18/12/1998)

E, na mesma direção que os transcritos precedentes, ensina José Afonso da Silva que:

"Sucumbência é derrota judicial; sucumbe quem é vencido na relação processual. Por isso é que o art. 20 do CPC estabelece que a sentença condenará o vencido nas despesas processuais; o ônus da sucumbência é isso: a obrigação de pagar todas a despesas processuais, especialmente os honorários de advogado. *Mas o autor popular está isento disso, salvo má-fé*."
(*Op. cit.*, pg. 173)

Ponderando as razões sinteticamente acima aduzidas, entendo que se mostra mais consentânea com a finalidade da ação popular o entendimento de que o inciso LXXII, do art. 5º, da Carta Magna, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a isentar o autor de boa-fé do pagamento de todas as despesas processuais, inclusive os honorários devidos ao perito oficial.

Com efeito, quando o autor ingressa com a demanda popular, não está defendendo direito ou interesse próprios, e sim de toda a coletividade. Busca, com a referida ação, zelar pela proteção do patrimônio publico, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, assuntos que dizem respeito a todos, indistintamente.

Constatando a existência de irregularidades que tragam prejuízos ao bem comum, o cidadão pode se utilizar dessa medida constitucional e provocar o Poder Judiciário com o fim de sanar o vício.

Imputar a responsabilidade das despesas processuais àquele que atua com o nobre propósito de zelar pelo patrimônio coletivo vai de encontro à orientação político-filosófica que vigorou na Assembléia Constituinte responsável pela elaboração do Texto Magno de 1988.

A nossa Constituição, denominada de "Constituição-Cidadã", buscou trazer em seu corpo normas que permitissem ao cidadão uma maior fiscalização do patrimônio comum, deixando para trás o regime ditatorial que vigorava até a sua promulgação. Tratou, assim, de assegurar diversas garantias com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou

ameaça de lesão a direitos (art. 5º, inciso XXXV).

De outra sorte, também não pode deixar de ser mencionado o fato de que, dependendo da complexidade da matéria envolvida na lide, a perícia especializada é o único caminho pelo qual o Julgador pode obter as informações necessárias para proferir a sua decisão. E a complexidade da causa interfere diretamente nos honorários que o *Expert* irá arbitrar.

Decorre de tal constatação o fato de que, se não fosse dada ampla interpretação ao inciso LXXII, do art. 5º, do Texto Magno, muitos cidadãos, diante de uma suposta irregularidade de alta relevância, ficariam receosos em ajuizar a ação popular, uma vez que estariam correndo o risco de terem que arcar com pesados honorários periciais caso a ação fosse julgada improcedente. Daí porque essa medida, de cunho eminentemente coletivo, perderia grande parte de sua utilidade.

Assim, com a devida vênia daqueles que adotam entendimento diverso, filio-me ao posicionamento daqueles que defendem que a isenção concedida pelo Constituinte Originário ao autor popular de boa-fé alcança também os honorários periciais.

Remanesce a questão *de quem deve arcar com o pagamento* desses honorários.

Nesse ponto, entendo que a responsabilidade deve recair sobre a entidade que teve o seu patrimônio protegido pelo autor popular. Isso porque, mesmo que a referida entidade tenha logrado êxito com o julgamento improcedente do pedido, ainda assim o seu patrimônio foi objeto de zelo popular e de fiscalização pelo cidadão. Ademais, como já ressaltado, o autor popular não ajuíza a demanda em nome próprio, mas sim de toda a coletividade.

No caso em tela, como os requerentes buscaram proteger o patrimônio do Estado de São Paulo, o qual, na opinião dos mesmos, estaria sendo aviltado em decorrência da assinatura do Contrato de Refinanciamento, cumpre a este a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

Contudo, a condenação exclusiva da Fazenda do Estado de São Paulo, com a consequente liberação dos demais corréus, implicaria em *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário, este por força do art. 19, da Lei nº 4.717/1965, o que é vedado pela Súmula nº 45/STJ ("No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar condenação imposta à Fazenda Pública").

Deste modo, como todos os corréus tiveram seus patrimônios defendidos, ainda que em diferentes escalas, e estão devidamente legitimados a figurarem no polo passivo da presente demanda, entendo que os honorários periciais devem ser custeados por todos de forma idêntica, nos exatos termos em que ficou estipulado na sentença.

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009158-18.1999.4.03.6104
(1999.61.04.009158-0)

Apelante: DINO SAMAJA
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Classe do Processo: AC 733831
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2011

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO. IRREGULARIDADES COMETIDAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DESPROPORCIONALIDADE NA APENAÇÃO QUE ORA SE AFASTA.

1. A prova dos autos é robusta no sentido de que o autor (seja por seus prepostos ou empresas) se equivocou não uma, mas várias vezes, desde o momento de chegada do navio. Não há dúvidas que o mero termo de vistoria não seria suficiente para a descarga do bem. Era exigível, no caso, a "Declaração de Trânsito Aduaneiro" (DTA), como bem aponta o artigo 44 do DL 37/66, para que o navio ingressasse em zona primária (art. 33, I, do DL 37/66 e artigos 2º e 6º do Decreto 91.030/85). Mesmo que se entenda, como quer a apelante, que a aplicação das exigências da IN 40 SRF não se aplica a situação, resta bem definida a situação no sentido de que a internalização, a ser feita de modo correto, deveria ter sido realizada com esteio nos artigos 254 e seguintes do Regulamento Aduaneiro. Também foi totalmente arbitrária e descabida a remoção - *sponte propria* - do navio para o iate clube de Santos, quer por que a embarcação já viera acompanhada de berço, quer por que foge a qualquer regramento possível o transito de embarcação sem a prévia autorização das autoridades portuárias.

2. Não se nega, portanto, a verdadeira coleção de ilegalidades cometidas pelos prepostos do autor, passíveis de apenação administrativa. A pergunta que se impõe é se esta pena deveria ser a mais grave, a de perdimento. Entendo que não; que, apesar das diversas irregularidades perpetradas (e perfeitamente passíveis, pois, de punição) não se justifica a aplicação da pena de perdimento do bem.

3. Há, destarte, um fato inegável nos autos: as autoridades foram avisadas da chegada do iate. Isto é admitido pela própria União Federal (fls. 987) e consta de fls. 289 o Termo de Visita Aduaneiro de nº 2418, assinado pela autoridade competente (fls. 289-verso) realizado na embarcação "cabo creus" com indicação da existência, dentro deste navio, do iate "liolá" (fls. 293). Este termo foi realizado na chegada do navio, em 14/09/99, às 8h48. Depois, o despachante aduaneiro avisou, em 17/09/1999 (fls. 40/43), que o iate se encontrava no iate clube de Santos.

4. Todo este procedimento tinge-se de irregularidade, mas não é suficiente para se aplicar a pena de perdimento a um bem de grande valor, pois é dos autos que elas foram irregularidades praticadas por algum motivo que não a má-fé. Esta a pedra de toque na situação: não há má-fé. Por mais que examine os autos, não se consegue enxergar uma intenção criminosa em alguém que avisa a autoridade aduaneira que chegou com a embarcação e que depois comunica que a removeu, embora

absurdamente, para fora da zona primária. Quisesse, por exemplo, uma passagem clandestina pelo Brasil, rumo ao Paraguai, não se deixaria avisar de sua presença (aliás, antes anotada no Rio de Janeiro, com chegada em 12/09/99 e saída em 13/09/99 - fls. 289), nem também avisaria onde se encontrava o bem após remoção da zona primária (fls. 40/43).

5. Para justificação da pena de perdimento, a jurisprudência vem frisando, constantemente, que sanção de tal gravidade, imposta em relação a bem de grande valor, deve vir irmanada da ocorrência de má-fé. Somente esta má intenção traria ao primeiro plano a defesa da segurança de nossa aduana como bem que, em cotejo com o bem cujo perdimento se decreta, se mostraria um valor proporcionalmente maior e justificaria, também, o afastamento de uma suposta acusação de confisco e/ou enriquecimento ilícito pelo Poder Público. Em outras palavras, para justificar a pena de perdimento de grandes valores, devem entrar em cena valores que transcendam a mera aferição monetária, como, por exemplo, a segurança de nossas fronteiras, a proteção de nossas zonas primárias. No caso, dos autos, entretanto, a boa-fé do autor mostra que, em nenhum momento, a aduana teve como iminentes o atingimento destes valores maiores.

6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA D 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, 15 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que lhe trouxe a improcedência de seu pedido.

Seu pleito era de anulação de ato administrativo que lhe decretou a pena de perdimento de seu navio de nome “liolá” em razão de irregularidades aduaneiras verificadas. Também pleiteou a anulação dos atos subsequentes da autoridade da aduana, ao realizar ao de destinação do bem então perdido.

A improcedência do pedido foi concluída pela sentença sobre as seguintes bases: o conceito de zona primária e sua defesa tem regramento especifico e rigoroso que não pode ser infringido; que o autor procedeu de forma absolutamente irregular ao proceder ao desembarque sem a Declaração de Trânsito Aduaneiro e que, de qualquer forma, este desembaraço deveria ter sido feito na zona alfandegada; que não bastaria para regularização do desembarque a mera apresentação do “Termo de Visita Aduaneira” para que se desse o encaminhamento da embarcação a ponto externo da zona primária, sem a prévia autorização da autoridade aduaneira, já que somente por requerimento escrito esta “descarga direta” de volumes poder-se-ia dar, nos termos da IN 40/95-SRF; que o perdimento

do bem estava alicerçado na dicção dos artigos 105, I e II do DL 37/66; que não existiria hipótese de denúncia espontânea por se tratar de instituição eminentemente de direito tributário, não aplicável às infrações administrativas. Por fim, disse o juiz sentenciante que a pena de perdimento se pautou pela proporcionalidade e razoabilidade pois esta era a medida necessária e adequada aos fins propostos e a "internação sub-reptícia" de bens como o dos autos expõe a sociedade como um todo.

Em apelação, o autor reclama da existência de termo de visita aduaneira ao navio "cabo creus", caracterizando a regularidade da descarga do bem. Diz que a IN 40/95-SRF só se aplica a descarga de mercadorias a granel; que a descarga tinha de ser imediata, pois o iate "Liolá" se encontrava na frente do tampão do navio, impedindo a saída de outras mercadorias; que não existia local adequado para guarda do mencionado iate naquelas docas e que por isto se procedeu à sua remoção para o iate clube de Santos - remoção esta oportunamente comunicada à autoridade aduaneira; que o perdimento somente poder-se-ia dar no caso de má-fé do autor e que armazenagem irregular apenas ocorre quando as mercadorias são introduzidas ilegalmente no pais e colocadas no ciclo econômico. Por fim, diz existir claramente, nos autos, hipótese de denúncia espontânea prevista no artigo 138 do CTN e no artigo 507 do Regulamento Aduaneiro.

Em contrarrazões, a União reforça os argumentos da sentença, repisando-os. Repisa a necessidade de obediência ao procedimento dos artigos 254 e ss do R. A.. Diz que a documentação do autor estava toda irregular e que não conseguiu DTA; que a denúncia espontânea do artigo 507 do R. A. não pode ser aplicada, pois a infração já havia sido perpetrada. Por fim, ainda diz que outras normas mais especificas deixaram de ser obedecidas, citando o Ato Declaratório ALF/GAB nº 11128/06 de 30/06/99.

Subiram os autos, então, à conclusão.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Malgrado a extensão destes autos e as inúmeras alegações expendidas por ambas as partes, a questão, ao fundo, não tem a complexidade que aparentemente apresenta.

São duas as questões principais dos autos, e ambas, para mim, são claramente verificáveis. A primeira é se saber se o procedimento realizado pela parte autora durante a internalização do iate Liolá foi correto. A segunda é - aceitando-se a resposta negativa à primeira indagação - se a pena aplicada (perdimento do bem) foi a adequada.

A primeira questão tem resposta negativa. A prova dos autos é robusta no sentido de que o autor (seja por seus prepostos ou empresas) se equivocou não uma, mas várias vezes, desde o momento de chegada do navio. Não há dúvidas que o mero termo de vistoria não seria suficiente para a descarga do bem. Era exigível, no caso, a "Declaração de Trânsito Aduaneiro" (DTA), como bem aponta o artigo 44 do DL 37/66, para que o navio ingressasse em zona primária (arts. 33, I, do DL 37/66 e artigos 2º e 6º do Decreto 91.030/85). Mesmo que se entenda, como quer a apelante, que a aplicação das exigências da IN 40 SRF não se aplica a situação, resta bem definida a situação no sentido de que a internalização, a ser feita de modo correto, deveria ter sido realizada com esteio nos artigos 254 e seguintes do Regulamento Aduaneiro.

Também foi totalmente arbitrária e descabida a remoção - *sponte propria* - do navio para o iate clube de Santos, quer por que a embarcação já viera acompanhada de berço, quer por que foge a qualquer regramento possível o transito de embarcação sem a prévia autorização das autoridades portuárias. É certo que dever-se-ia adotar o procedimento do artigo 254 e ss. Do então vigente regulamento aduaneiro (Decreto 91.030/85). Se o porto fosse antes avisado, certamente que um local bem seguro seria utilizado e mesmo naquele dia, de acordo com depoimento prestado nos autos, não havia risco de avarias na permanência da embarcação no local (fls. 951). Mesmo que o laudo em fls. 769 tenha dito da ausência de local apropriado naquela data, convenhamos que esta não seria escusa suficiente para o autor, já que há prova nos autos que a operação se daria pelo menos um mês antes do que veio a ocorrer.

Não se nega, portanto, a verdadeira coleção de ilegalidades cometidas pelos prepostos do autor. Sem querer se imiscuir na atividade administrativa, pode-se, sem medo, aventar-se que um procedimento administrativo deveria (e foi) ter sido instaurado e que provavelmente alguma boa penalidade deveria ser imposta. A pergunta que se impõe é se esta pena deveria ser a mais grave, a de perdimento. Entendo que não; que, apesar das diversas irregularidades perpetradas (e perfeitamente passíveis, pois, de punição) não se justifica a aplicação da pena de perdimento do bem.

Há um fato inegável nos autos: as autoridades foram avisadas da chegada do iate. Isto é admitido pela própria União Federal (fls. 987) e consta de fls. 289 o Termo de Visita Aduaneiro de nº 2418, assinado pela autoridade competente (fls. 289-verso) realizado na embarcação "cabo creus" com indicação da existência, dentro deste navio, do iate "liolá" (fls. 293). Este termo foi realizado na chegada do navio, em 14/09/99, às 8h48. Depois, o despachante aduaneiro avisou, em 17/09/1999 (fls. 40/43), que o iate se encontrava no iate clube de Santos.

Não adianta, neste compasso, discutir se era ainda necessária a análise de extensa documentação para posterior exaração do despacho de transito aduaneiro nos termos do artigo 254 citado (por certo que era), se a documentação apresentada pelos prepostos do autor era aceitável para que se finalizasse este procedimento (há indícios nos autos que não - neste caso, razoável a retenção do bem até regularização, diferente da decretação de perdimento). Nestes pontos, está com razão a União Federal. No mínimo, resta cristalino que a mera existência da cláusula "Water/Water" e do "Termo de Visita Aduaneira" não são suficientes para a internalização regular do bem e muito menos para a remoção - repita-se, descabida, imprudente e até talvez prepotente - do navio para local fora da zona primária, no caso, para o iate clube de Santos.

Todo este procedimento tinge-se de irregularidade, mas não é suficiente para se aplicar a pena de perdimento a um bem de grande valor, pois é dos autos que elas foram irregularidades praticadas por algum motivo (não vem ao caso discutir nem nunca se saberá, se foi ignorância, arrogância, falta de mínimo bom-senso, etc) que não a má-fé.

Esta a pedra de toque na situação: não há má-fé. Por mais que examine os autos, não se consegue enxergar uma intenção criminosa em alguém que avisa a autoridade aduaneira que chegou com a embarcação e que depois comunica que a removeu, embora absurdamente, para fora da zona primária. Quisesse, por exemplo, uma passagem clandestina pelo Brasil, rumo ao Paraguai, não se deixaria avisar de sua presença (aliás, antes anotada no Rio de Janeiro, com chegada em 12/09/99 e saída em 13/09/99 - fls. 289), nem também avisaria onde se encontrava o bem após remoção da zona primária (fls. 40/43).

Pouco importa aqui, penso eu, se aventar da denúncia espontânea ocorrente ou não. Tal discussão, a me ver, não vem ao caso, pois o auto de infração foi lavrado em 24/09/99 (fls. 43), sete dias depois do próprio autor, via seus prepostos, avisar que o bem se encontrava em local impróprio, isto, do ponto de vista lógico, antes de se aventar de subsunção ou não na norma do artigo 507 do R. A., significa a inexistência de má-fé.

É certo que para caracterização de infrações tributárias não importa a intenção do agente. Mas estamos tratando de aplicação de sanção administrativa e sanção gravíssima. Neste sentido, a norma do § 2º do artigo 94 do DL 37/66 deve ser interpretada como referente as infrações tributárias do mesmo diploma (que trata prioritariamente do imposto de importação). Mesmo que não o seja, abre exceção para "disposições em contrário", e o artigo 501, parágrafo único, somente abre possibilidade de pena de perdimento quando houver "perda ao erário" e esta perda não ocorreu, pois a penalidade foi imposta antes de qualquer dano ao erário, além do que este dano mencionado certamente não é o tributário, mas aquele que decorre da prática de ilicitude comprovada.

Para a perda de perdimento, a jurisprudência vem frisando, constantemente, que sanção de tal gravidade, imposta em relação a bem de grande valor, deve vir irmanada da ocorrência de má-fé. Somente esta má intenção traria ao primeiro plano a defesa da segurança de nossa aduana como bem que, em cotejo com o bem cujo perdimento se decreta, se mostraria um valor proporcionalmente maior e justificaria, também, o afastamento de uma suposta acusação de confisco e/ou enriquecimento ilícito pelo Poder Público.

Em outras palavras, para justificar a pena de perdimento de grandes valores, devem entrar em cena valores que transcendam a mera aferição monetária, como, por exemplo, a segurança de nossas fronteiras, a proteção de nossas zonas primárias. No caso, dos autos, entretanto, a boa-fé do autor mostra que, em nenhum momento, a aduana teve como iminentes o atingimento destes valores maiores.

Neste sentido, ementa de aresto do C. Superior Tribunal de Justiça:

> RESP 200301563402 RESP - RECURSO ESPECIAL - 576300 Relator(a) ELIANA CALMON STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJ DATA: 05/09/2005 PG: 00348
> Decisão
> "Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça 'A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.' Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.
> Ementa
> ADMINISTRATIVO - PENA DE PERDIMENTO - EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA INTERNADA NO BRASIL. As regras de direito tributário devem ser aplicadas sem perquirir o intérprete a intenção do contribuinte. Diferentemente, as regras que impõem sanção administrativa devem ser aplicadas dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando as circunstâncias fáticas, devidamente comprovadas, demonstram a não-intenção do agente no cometimento do ilícito. Embarcação estrangeira que ingressa para permanência temporária no país apenas

para realização de obras e reparos necessários em estaleiro nacional, sem nenhuma intenção de deixar internalizado o bem apreendido. Aplicação exacerbada e desproporcional da pena de perdimento. Recurso especial improvido."

Neste voto, confirmou a Eminente Ministra Eliana Calmon a tese do acórdão recorrido que "é imprescindível a existência de dano ao erário, conjuntamente com alguma hipótese arrolada no art. 514 do Regulamento Aduaneiro, como se depreende do seu art. 501 e parágrafo único".

Veja-se, em casos semelhantes:

AGV 200202010423854 AGV - AGRAVO - 103641 Relator(a) Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA TRF2 QUINTA TURMA Fonte DJU - Data: 19/08/2003 - Página: 113

Decisão

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Ementa

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO. LIMINAR PARA SUSPENDER LEILÃO. ADMISSÃO TEMPORÁRIA. PRAZO ULTRAPASSADO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR E DANO AO ERÁRIO NÃO CARACTERIZADOS. MULTA PELO ATRASO RECOLHIDA. 1. Embarcação trazida ao Brasil para participar das festividades da comemoração dos 500 anos deste país, que permaneceu em território nacional por período superior ao permitido no regime de admissão temporária, uma vez cumprida a intimação feita por Inspetoria Alfandegária do Porto de Santos para recolher a multa capitulada no artigo 521, inciso II, letra 'b' do Regulamento Aduaneiro e deferido o pedido de reexportação do bem, não poderá, a princípio, ser objeto de pena de perdimento decretada por Inspetoria da Alfândega do Rio de Janeiro. 2. Face ao cometimento de mera infração administrativa - permanência da embarcação no país além do prazo de admissão temporária - a aplicação da pena de perdimento constitui afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de estar em descompasso com a legislação aduaneira em vigor. 3. Descaracterizada a indigitada importação irregular, e arcando o agravado com a multa pecuniária indicada por autoridade alfandegária, não há que se falar em dano ao Erário. 4. Emprego do princípio do não-confisco e da vedação ao enriquecimento sem causa. 5. Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso."

Ressaltando-se que a boa-fé afasta a pena de perdimento:

APELREEX 200983000175733 APELREEX - Apelação/Reexame Necessário - 12738 Relator(a) Desembargador Federal Francisco Barros Dias TRF5 Segunda Turma Fonte DJE - Data: 16/12/2010 - Página: 783 Decisão UNÂNIME

"Ementa

ADMINISTRATIVO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INFRAÇÃO. MANIFESTO EXTEMPORÂNEO. CASO FORTUITO. NECESSIDADE DE REPAROS NA EMBARCAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. BOA-FÉ. INEXISTÊNCIA DE INTUITO

FRAUDATÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ENTENDIMENTO STJ. TARIFA DE ARMAZENAGEM. RESPONSABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A hipótese é de Remessa Oficial e Apelação interposta pela FAZENDA NACIONAL em face de sentença integrada em ação anulatória de auto de infração e de termo de apreensão e guarda fiscal e respectiva pena de perdimento, que julgou parcialmente procedente o pedido, declarando nula a decisão que impôs a pena de perdimento, determinando o imediato desembaraço das mercadorias, condenando ainda a União à taxa de armazenagem e honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00. 2. A situação fática da lide gira em torno de contrato realizado entre a parte Autoria e a empresa CMS CGM para realizar transporte de mercadoria adquirida até o Porto de Suape - PE, sem previsão de baldeação de carga. Ocorre que, em face de problemas operacionais, a embarcação teve que atracar no Rio de Janeiro para realização de reparos. A fim de proceder ao conserto, necessária foi a descarga emergencial, sendo a mercadoria descarregada sem o devido manifesto para o Porto do Rio de Janeiro. Assim, a descarga foi feita sem o conhecimento da fiscalização aduaneira, sendo somente manifestada para o Rio de Janeiro após 19 horas, ou seja, no dia seguinte, 25.03.09, às 15h, quando a carga foi associada ao manifesto de longo curso. O manifesto, porém, foi realizado *a posteriori*. A autoridade aduaneira lavrou auto de infração e apreendeu a mercadoria, responsabilizando o transportador e o operador portuário, decretando a pena de perdimento. 3. Inquestionável que a existência de descarregamento irregular, bem como a condição em que o mesmo ocorreu - caso fortuito derivado da necessidade de reparos na embarcação. Diante da situação concreta, em que não se verificou a existência de intuito fraudatório e elemento danoso para a Fazenda. Assim, de se proceder a uma análise com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade que conduzem a uma flexibilização da pena de perdimento. A própria jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que 'A jurisprudência desta eg. Segunda Turma firmou o entendimento de que se deve flexibilizar a pena de perdimento de bens, quando ausente o elemento danoso' (REsp nº 331548/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 04/05/06); - 'O Direito pretoriano enquadra-se na posição de flexibilizar a pena de perdimento, quando ausente o elemento danoso. Interpretação principiológica que se reporta à razoabilidade' (REsp nº 512517/SC, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 19/09/05). 4. A Tarifa de Armazenagem é devida pelo armazenamento, guarda e controle das mercadorias nos Armazéns de Carga, incidindo sobre consignatário ou transportador a responsabilidade pelo pagamento. Os mandamentos dos arts. 25 e 26 da Lei nº 1.455/76 determinam a guarda como medida acautelatória dos interesses da Fazenda. Apesar de se relevar a pena do perdimento, pelas razões já consignadas, não pode a União arcar com o pagamento da referida tarifa, tendo em vista a existência comprovada de infração. 5. Analisando os pedidos acostados na Inicial, verifica-se que a pretensão deduzida foi mais ampla do que a efetivamente deferida. Considerando a complexidade e as circunstâncias do feito, atentando-se, ainda, para a atuação do profissional e as peculiaridades da causa, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, entendo devido o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais). 6. Remessa Oficial e Apelação da Fazenda parcialmente providas."

Desta Colenda Corte, colho o seguinte aresto:

AC 200661040006340
AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1272121
Relator(a) JUIZ NERY JÚNIOR
Sigla do órgão TRF3
Órgão julgador TERCEIRA TURMA
Fonte DJF3 CJ2 DATA:13/01/2009 PÁGINA: 775
Decisão
"Vistos, relatados e discutidos este autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.
Ementa
ADMINISTRATIVO - AÇÃO DECLARATÓRIA - APLICAÇÃO DE PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO - INTRODUÇÃO CLANDESTINA DE MERCADORIA - PENA QUE SE AFASTA PELA BOA-FÉ PRESUMIDA DO PROPRIETÁRIA DO BEM. I. O artigo 501, parágrafo único, do RA, prevê que as penas de perdimento decorrem de infrações consideradas dano ao Erário. III. Presumida a boa-fé do proprietário, descabe a pena de perdimento. Precedente da Sexta Turma (reg. 2005.60.04.000902-3). IV. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, não providas."

Posto isto, voto por dar provimento à apelação do autor para julgar procedente o pedido de declarar nulo o ato administrativo que decretou o perdimento do bem descrito em fls. 27, bem como dos atos administrativos dele decorrentes.

Fixo a honorária em 5% do valor da causa. Custas na forma da lei.

Este o voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009620-93.2004.4.03.6105
(2004.61.05.009620-0)

Apelante: MAURICIO MARTINAZZO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP
Classe do Processo: AC 1125173
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/08/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO E MEDICAMENTOSO. CÂNCER MALIGNO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECUSA DO AUTOR EM SE SUBMETER A TRATAMENTO NAS INSTITUIÇÕES CREDENCIADAS DO SUS. SUPERVENIENTE PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL. FRAGILIDADE DO AUTOR.

1 - Trata-se de ação ordinária a postular a condenação da União Federal à obrigação de custear a continuidade do tratamento quimioterápico e radioterápico prescrito pelos médicos particulares do autor, em razão de sua condição de portador de câncer no sistema nervoso central.

2 - Reconhecida a perda superveniente de interesse de agir, pois o autor não aceita se submeter ao tratamento conforme as regras estabelecidas pelo SUS, a exigir seja o tratamento e a medicação somente aplicável por Hospital conveniado com o SUS.

3 - Restou demonstrado que os medicamentos requeridos à aplicação da quimioterapia não são fornecidos pelo SUS, necessitando o acesso ao Poder Judiciário para os requerer. Todavia, dentre as cautelas necessárias ao uso dos medicamentos pleiteados está a exigência de sua aplicação exclusivamente pelos Hospitais conveniados ao SUS, por razão de segurança á própria saúde do usuário.

4. Por outro lado, não se pode culpar o autor pela recusa em utilizar o serviço do SUS e, consignando possível ressarcimento à ré, porquanto o medicamente não foi utilizado e, a grave doença que o acomete, fragiliza seu portador, acarretando temor de lhe escapar a esperança pela cura se não for tratado por Hospital particular.

5. Assim a sentença há de ser mantida quanto à perda de interesse processual.

6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por Maurício Martinazzo contra sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VI do Código de Processo Civil, proferida nos autos da ação ordinária aforada contra a União Federal, na qual postulou a condenação da ré a custear a continuidade do tratamento quimioterápico e radioterápico prescrito por seus médicos particulares e ao qual vem se submetendo no Hospital Sírio Libanês, nesta Capital, em razão de sua condição de portador de câncer no sistema nervoso central.

A sentença reconheceu a ausência de interesse de agir e a impossibilidade jurídica do pedido, pois o autor não aceitou se submeter ao tratamento conforme as regras mínimas do SUS, que não permite a realização de tratamento por médico e hospital de livre escolha do paciente. Ademais, ficou demonstrado nos autos que o tratamento postulado pelo autor não é exclusivo do Hospital Sírio Libanês, podendo ser realizado no Hospital das Clínicas da Unicamp e que é credenciado pelo SUS, o qual, contudo, foi recusado pelo autor. O mesmo se deu em relação ao medicamento quimioterápico Temodal, que chegou a ser adquirido pelo SUS ao custo de R$ 56.368,75 (cinqüenta e seis mil, trezentos e sessenta e oito reais e setenta e cinco centavos), para ser ministrado ao autor sob a responsabilidade médica do referido hospital conveniado pelo SUS, em razão dos elevados riscos dão medicamento à saúde, podendo levar à morte, mas que foi igualmente dispensado pelo autor.

Nas razões de seu apelo, sustenta o autor não ter pleiteado na inicial um tratamento ou acompanhamento médico, mas tão somente a entrega dos medicamentos Temodal, Hidantal e Tryptanol, pois não possuía condições financeiras para os adquirir, medicamentos todos prescritos por seu médico particular. Por tal motivo, alega ser indevido condicionar o fornecimento dos medicamentos postulados à realização de nova bateria de exames exigida pela UNICAMP, quando o diagnóstico já foi realizado por seu médico responsável pelo tratamento. Pede a antecipação da tutela recursal a fim de ser deferido o pedido contido na inicial, ante o risco a que está submetido pela ausência dos medicamentos postulados, com a entrega ao apelante dos medicamentos Temodal, Hidantal e Triptanol sem a condição de se submeter a novos exames ou tratamentos.

Com contra-razões.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Em meados de março de 2004, o autor foi diagnosticado como portador de tumor maligno no sistema nervoso central, que foi retirado por um procedimento cirúrgico, iniciando então seu tratamento junto ao Hospital Sírio Libanês, único Hospital a disponibilizar os meios para o tratamento adequado da sua doença, segundo afirmar mas, não é credenciado por seu plano de saúde particular.

Alegou que o sistema público de saúde, tanto municipal, estadual e federal não fornecem gratuitamente os medicamentos necessários ao seu tratamento quimioterápico,

além de ter sido negada a cobertura do referido tratamento por seu plano de saúde, desta forma invocou a garantia constitucional da universalidade de cobertura e atendimento à saúde pública, para obter o fornecimento gratuito pela União Federal dos medicamentos Temodal, Vidantal e Tryptanol, permitindo-lhe a continuidade de tratamento radioterápico, além do custeio, de imediato, de todos os demais tratamentos noticiados, pelo tempo necessário, junto ao Hospital Sírio Libanês.

Antes de apreciar o pedido de antecipação de tutela, o Juízo *a quo* determinou a prévia oitiva da União, a qual se manifestou refutando a alegação do autor de ser o Hospital Sírio Libanês o único a fornecer o tratamento para a doença do autor, sendo este fornecido gratuitamente e de forma integral pelo Sistema Único de Saúde - SUS, por meio dos CACON - Centros de Alta Complexidade em Oncologia, com uma rede de 52 hospitais credenciados no Estado de São Paulo, nos quais são fornecidos a quase totalidade dos tratamentos terapêuticos e, medicamentos disponíveis na medicina atual aos pacientes portadores de neoplasias malignas (cânceres). Acrescentou estar o fornecimento dos medicamentos disponível aos pacientes submetidos a tratamento nos hospitais credenciados - CACONS e, mediante prescrição dos médicos de tais órgãos. Alegou que a União, por meio do Ministério da Saúde, é gestora e financiadora do Sistema Único de Saúde - SUS, não lhe incumbindo a execução direta dos serviços de saúde, mas aos Estados e Municípios. Forneceu a relação dos CACONS no Estado de São Paulo, constante a fls. 97.

Preliminarmente fora indeferida a tutela antecipada, consignando o magistrado ter o autor direito à assistência médico-hospitalar custeada pelo SUS, por meio dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS.

Manifestou-se o autor alegando ter se deparado com entraves burocráticos ao tentar se submeter ao tratamento nos CACONS, além da indisponibilidade dos medicamentos nestes mesmos Centros, com o que o Juízo de origem determinou fosse oficiada à Fundação Antonio Prudente Hospital A. C. Camargo, determinando fosse atendido o pedido de tratamento do autor.

Em resposta, a Fundação Antonio Prudente informou que, dos medicamentos prescritos ao autor, o Temodal é de alto custo e não utilizado naquela instituição. Quanto ao Hidantal e Triptanol, são medicamentos relacionados à saúde mental e não oncológicos, daí igualmente não estarem disponíveis.

Ante a indisponibilidade dos medicamentos, o Juízo *a quo* concedeu em parte a tutela antecipada para determinar à União o fornecimento dos medicamentos solicitados pelo autor, deixando de determinar a aplicação do tratamento radioterápico ante a manifestação do autor de que seus médicos suspenderam tal terapia, reconhecendo então o Juízo ter havido a desistência de tal pedido (fls. 137/139 e 151). A União interpôs agravo de instrumento dessa decisão, mantida por esta Relatora.

À fls. 170, o autor postulou fosse determinada à União a entrega dos medicamentos em seu endereço residencial.

À fls. 223 a União noticia a aquisição do medicamento Temodal mas esclerece não ser possível sua simples entrega ao autor, pois as drogas quimioterápicas são entregues apenas aos hospitais e clinicas credenciados como CACON's, pelo fato de que tais medicamentos provocam importantes efeitos colaterais e, sua administração exige criteriosa supervisão. Assim, a União requereu fosse o autor encaminhado a uma das instituições credenciadas, indicando a mais próxima da sua residência, na cidade de Campinas - SP, o Hospital de Clínicas da UNICAMP - SP, comprometendo-se ao pronto atendimento e, sem burocracia.

À fls. 225, o Juízo *a quo* determinou fosse o autor cientificado acerca do horário da consulta agendada no Ambulatório de Oncologia do Hospital das Clínicas da Unicamp, todavia o autor (fls. 246) declinou da agenda ao argumento de preferir permanecer sob o acompanhamento de seu médico particular, reiterando o requerimento de que o medicamento Temodal lhe seja entregue na sua residência.

A extensa digressão fática se faz necessária para a exata delimitação da controvérsia e face à relevância do tema discutido.

A questão central da lide diz com o direito do autor à obtenção do tratamento médico para o câncer maligno de que foi acometido, bem como o fornecimento da medicação necessária prescrita por seu médico particular.

Neste ponto não houve controvérsia na lide, tendo sido reconhecido pela União a conformidade do pedido exordial com o direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados, além da urgência da tutela requerida.

Ante a gravidade da doença e a situação de urgência pela necessidade de dar continuidade ao seu tratamento junto ao Hospital Sírio Libanês, o autor reafirmou a impossibilidade de arcar com seus custos, insistindo que a União custeasse as despesas com referido tratamento, além do fornecimento de todos medicamentos prescritos por seus médicos particulares e, pelo tempo em que estes vierem a ser necessários.

De outro lado, a União concordou em custear o tratamento médico do autor, mas desde que esse fosse realizado junto às instituições conveniadas com o SUS, os CACON - Centros de Alta Complexidade em Oncologia, afirmando ser totalmente capacitados à prestação dos cuidados necessários ao tipo de câncer grave apresentado pelo autor e, pelo fato do Hospital Sírio Libanês não ser conveniado com o SUS. Ademais, entendeu que o medicamento Temodal, por se tratar de droga quimioterápica de manejo complexo e de alto risco ao paciente, deveria ser ministrada nos referidos Centros Médicos, por importar na responsabilidade do Hospital, daí a recusa da entrega pura e simples do medicamento ao autor, conforme manifestação da Coordenadora do Ambulatório de Oncologia Clínica da UNICAMP, Dra. Regina Sagarra, a fls. 261/263:

> "(...) Já o TEMODAL, pertence a classe de drogas quimioterápicas. Todas as quimioterapias tem uso muito mais restrito, por vezes em períodos pré-determinados, guardando-se o princípio de risco/benefício para cada paciente. Cada ciclo de administração exige criteriosa observação, na medida em que seus efeitos colaterais são muito freqüentes e com uma taxa de morbidade muito alta, por vezes até culminando com a morte do paciente. Por tratar-se de medicação de manejo muito mais complexo, exige extrema responsabilidade na sua prescrição."

A sentença recorrida se mostrou acertada no reconhecimento da ausência de interesse de agir na espécie, porquanto embora seja obrigação do Estado garantir o acesso à saúde, não se pode aceitar a pretensão do autor de receber os medicamentos necessários em sua residência, porque a responsabilidade da União persiste, não ficando excluída pela simples entrega, por se cuidar de medicamentos de tarja preta, cuja utilização e administração está restrita aos hospitais do SUS, quando o usuário não tem convênio particular a prever a aquisição e tratamento hospitalar.

Evidentemente é inteligível o estado psicológico do doente, dado a gravidade da doença e, que o tratamento quimioterápico e radiológico ao qual se submeteu acarreta

efeitos colaterais, normalmente sobre a conduta normal, donde se entende seu desespero de ter de refazer os dolorosos exames e testes no Hospital, repetindo-se todo o seu sofrimento. É neste ponto que a família e o próprio médico particular deveriam o ter aconselhado quanto ao tratamento na UNICAMP, considerado pela critica especializada uma excelente instituição a prestar serviços pelo SUS. A pecha de que os CACONS - Centros de Atendimento do SUS de oncologia massificam o atendimento é sintomático à psique do doente, mesmo porque como se verifica da manifestação da União, sequer tais medicamentos estão disponíveis ao SUS, sendo necessário o acesso ao Judiciário para os obter. Fragilizado pela doença é compreensível o temor de esmorecer suas esperanças de cura, motivo pelo qual não merece subsistir o contido na fundamentação quanto à eventual ressarcimento pelo autor pelo gasto efetuado pela União, mesmo porque o medicamento sequer foi usado, sendo devolvido à ré.

Relembro que o ajuizamento da ação deu-se em 02 de agosto de 2004. Em 23 de agosto de 2004 veio a noticia pelo autor (fls. 125) de suspensão do tratamento radioterápico, permanecendo tão somente o tratamento de quimioterapia, por meio do medicamento Temodal.

Por se tratar medicamento importado, de alto custo e não disponível dos Centros Especializados conveniados ao SUS, a União ofereceu o depósito do valor do medicamento em uma conta judicial mas, cautelosamente foi recusado pelo Juízo (fls. 194).

Com isso, em 19.10.2004 o Hospital das Clínicas da UNICAMP recebeu o medicamento adquirido pelo Ministério da Saúde, ao custo de R$ 56.368,75(fls. 264).

Do exposto, constata-se que, mesmo após o ajuizamento da ação, o autor continuou com seu tratamento médico no Hospital Sírio Libanês, realizando radioterapia, conforme por ele próprio admitido na referida petição de fls. 125, em que noticiou a decisão de seus médicos de interromper referido tratamento. Igualmente ocorreu na sua manifestação de fls. 275, onde afirma não desejar se submeter a tratamento na UNICAMP, continuando a se tratar com seu médico particular.

A petição inicial é clara formular pedido tanto do fornecimento de tratamento médico como dos medicamentos: (fls. 41)

> "2) Seja concedida a *antecipação dos efeitos da tutela* reclamada para determinar à União Federal, ora ré, que custeie de imediato e pelo tempo que se fizer necessário os tratamentos que o autor tanto necessita, fornecendo-lhe os meios para a realização: a) da radioterapia específica e somente encontrada, única e exclusivamente, no Hospital Sírio Libanês (...) b) assim como o uso diário dos seguintes medicamentos: 1) Temodal ou Temozolamida, importado e distribuído no Brasil pela empresa .... (...) 2) Vidantal e Tryptanol, encontrado em farmácias especializadas de Jundiaí ou São Paulo, nos moldes preconizados nos respectivos receituários médicos anexados à presente.(...)"

No entanto, contraditória a manifestação do autor nas razões de seu apelo, quando afirma: "Esclarece-se que não foi pleiteado um tratamento ou acompanhamento médico, mas sim e tão somente, a entrega dos medicamentos Temodal (Temozolamida), Hidantal e Tryptanol, pois o Apelante não mais possuía condições financeiras para arcar com o pagamento mensal até sua efetiva recuperação, contando apenas com o tratamento de seu médico particular" (fls. 308).

De outra parte, o autor não se dirigiu até o hospital da UNICAMP a fim de obter o tratamento quimioterápico com o medicamento Temodal, adquirido pela União, como deferido na tutela antecipada.

Apesar da verossimilhança do direito do autor, pela inequívoca gravidade da sua doença, somada à alegada urgência pela falta de recursos financeiros para a continuidade do tratamento e a conseqüente ameaça à sua sobrevivência, não restou ao magistrado senão extinguir o feito por ausência de interesse processual, porque o autor se recusa a cumprir os tramites indispensáveis à utilização e aplicação dos medicamentos requeridos através de Hospital vinculado ao SUS.

A sentença, portanto, deve ser mantida no tocante à perda de interesse processual, ante a conduta do autor na recusa ao tratamento pela UNICAMP, excluindo-se, todavia, a ressalva contida na Fundamentação quanto ao direito de recomposição de eventual prejuízo pela União, porquanto o ilustre magistrado se olvidou do estado fragilizado do doente.

Beneficiário pela Justiça Gratuita, não há honorários advocatícios.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação.

É como VOTO.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0004964-06.2007.4.03.6100
(2007.61.00.004964-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: PEG LOGÍSTICA LTDA. - ME
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AMS 329949
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SISCOMEX. HABILITAÇÃO PARA ATOS DE COMÉRCIO EXTERIOR. MODALIDADE ORDINÁRIA. REQUISITOS LEGAIS A SEREM CUMPRIDOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A União cumpriu o disposto no *caput* do art. 523 do CPC, requerendo o conhecimento do agravo retido por ela interposto. A matéria ventilada no referido agravo confunde-se com o pedido da apelação, e a manutenção ou a reforma da sentença implica a confirmação ou cassação da liminar deferida, razão pela qual deixo para analisá-lo junto com a apreciação daquela.

2. Os atos administrativos são presumidamente legais, seja em razão do princípio da legalidade, por se presumirem praticados de acordo com a lei, seja porque são impessoais, tendo sempre como finalidade o interesse público, vale dizer, o bem da coletividade, e é nesse sentido que deve se orientar.

3. O ato questionado foi praticado com suporte no art. 5º da IN/SRF nº 650/06, que dispõe acerca dos requisitos para habilitação na modalidade ordinária perante o SISCOMEX.

4. Aludidas exigências visam a evitar sejam realizadas transações internacionais mediante interpostas empresas, causando prejuízo ao Erário. Ademais, o volume de operações com o exterior, de estabelecimento cadastrado na modalidade ordinária, está adstrito ao valor das quotas integralizadas pelos sócios.

5. Referida instrução normativa é complementada pelo Ato Declaratório Executivo COANA nº 03/06, que também trata acerca da necessidade de integralização do capital societário para promover a inscrição na modalidade em comento.

6. Sob o aspecto da legalidade do ato, a ação exercida pela impetrada foi realizada de forma regular e dentro dos procedimentos legais, insertos na IN/SRF nº 650/06 e Ato Declaratório Executivo COANA nº 03/06, que regem a matéria.

7. Consoante informado pela autoridade coatora, concluiu-se, pela análise da documentação apresentada pela impetrante, que esta, apesar de ter lançado contabilmente o valor declarado como aumento de capital social, não fez prova da sua efetiva integralização, visto que este não consta do extrato de conta corrente apresentado, configurando, pois, descumprimento do disposto no art. 2º, VIII do Ato Declaratório Executivo Coana nº 3/06 (fl. 196).

8. A impetrante não logrou demonstrar o seu direito líquido e certo para obter a sua habilitação no SISCOMEX, por não fornecer todos os documentos solicitados.

9. Não se olvide que, descendo a maiores minúcias ao mérito da decisão administrativa, estar-se-ia invadindo a esfera de atuação da Administração, pois indevida

essa ingerência pelo Poder Judiciário.

10. Apelação, remessa oficial e agravo retido a que se dá 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, dar provimento à apelação, à remessa oficial e ao agravo retido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança com pedido de liminar, no qual pretende a impetrante que seja concedida a sua habilitação, na modalidade ordinária, de forma definitiva perante o SISCOMEX, em consonância com o disposto na IN/SRF nº 650/06.

O mandado de segurança foi impetrado em 13/03/07, tendo sido atribuído à causa o valor de R$ 2.000,00.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 190/197.

A liminar foi deferida para o fim de determinar à autoridade coatora a expedição da habilitação ordinária provisória, para que a impetrante possa operar perante o SISCOMEX.

Em face dessa decisão, interpôs a União agravo retido.

A sentença, confirmando a liminar deferida, concedeu a segurança, reconhecendo o direito da impetrante à habilitação ordinária, de forma definitiva, para operação perante o SISCOMEX, desde que inexistentes outros óbices para tanto. Deixou de fixar honorários, na forma do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Apelou a União reiterando e ratificando o agravo retido interposto e requerendo a reforma da sentença.

Parecer do Ministério Público Federal pela manutenção da sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança com pedido de liminar, no qual pretende a impetrante o reconhecimento do seu direito à obtenção de habilitação, na modalidade ordinária, de forma definitiva perante o SISCOMEX, em consonância com o disposto na IN/SRF nº 650/06.

Alega a impetrante ser pessoa jurídica que exerce precipuamente as atividades de comércio atacadista, importação e exportação de papel e seus derivados, razão pela qual necessita de habilitação ordinária de pessoa jurídica perante o SISCOMEX.

Por esta razão, protocolou, em 31/08/06, junto à Secretaria da Receita Federal, o pertinente requerimento, o qual gerou o processo administrativo nº 10314.008969/2006.

Afirma ter sido intimada, em 31/09/06, para apresentar, em 30 dias, certidão específica da Junta Comercial e prova da integralização ou aumento do capital social, intimação esta que foi atendida em 19/10/06.

Novamente, em 23/11/06, foi notificada a apresentar novos documentos que comprovassem a integralização ou o aumento do capital, bem como explicações acerca da escrituração e fiscalização sobre a escrituração contábil da empresa, o que foi atendido em 14/12/06.

Finalmente, em 26/02/07, a impetrante tomou conhecimento de que seu pedido de habilitação na modalidade ordinária fora indeferido, tendo em vista o não atendimento das exigências feitas, sendo esta a razão da impetração do presente *mandamus*.

Ressalte-se, inicialmente, ter a União cumprido o disposto no *caput* do art. 523 do CPC, requerendo o conhecimento do agravo retido por ela interposto.

A matéria ventilada no referido agravo confunde-se com o pedido da apelação, e a manutenção ou a reforma da sentença implica a confirmação ou cassação da liminar deferida, razão pela qual deixo para analisá-lo junto com a apreciação daquela.

No mérito, a sentença merece reforma.

A Administração Pública, em seu múnus público, deve sempre atuar de acordo com os mandamentos legais, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.

Essa atuação estatal deve corresponder e atender aos comandos da lei, da qual o agente administrativo não pode ultrapassar ou exceder, eis que esse campo de ação vem informado pelo princípio da legalidade e por ela é demarcado, sob pena de o ato tornar-se inválido expondo-se à anulação. Como dito pela doutrina mais abalizada, a administração só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza, ao passo que o particular pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe.

Assim, quando a Administração age, interfere na órbita dos interesses particulares, preservando o interesse de toda uma coletividade, sendo essa a razão da prevalência do interesse público. Nem poderia ser diferente, já que essa supremacia decorre do interesse público em face do particular.

Por essa razão, diz-se que os atos administrativos são presumidamente legais, seja em razão do princípio da legalidade, por se presumirem praticados de acordo com a lei, seja porque são impessoais, tendo sempre como finalidade o interesse público, vale dizer, o bem da coletividade, e é nesse sentido que deve se orientar.

Como dito anteriormente, esse múnus público, informado pelo princípio da legalidade, tem como encargo a proteção dos interesses, bens e serviços da coletividade e sob esse aspecto é que o ato de fiscalização da Administração deve ser focalizado, devendo o Poder Judiciário avaliar e rechaçar caso se mostre injurídico e inválido, por infringência a princípios constitucionais, como os da impessoalidade, moralidade e publicidade, ou praticado com excesso ou abuso de autoridade, como previsto pelo art. 37 da Carta Magna.

No caso tratado, o ato questionado foi praticado com suporte no art. 5º da IN/SRF nº 650/06, que dispõe acerca dos requisitos para habilitação na modalidade ordinária perante o SISCOMEX.

Aludidas exigências visam a evitar sejam realizadas transações internacionais mediante interpostas empresas, causando prejuízo ao Erário. Ademais, o volume de operações

com o exterior, de estabelecimento cadastrado na modalidade ordinária, está adstrito ao valor das quotas integralizadas pelos sócios.

Referida instrução normativa é complementada pelo Ato Declaratório Executivo COANA nº 03/06, que também trata acerca da necessidade de integralização do capital societário para promover a inscrição na modalidade em comento, *verbis*:

> "Art. 2º O requerimento de habilitação, na modalidade ordinária, será instruído com os seguintes documentos, conforme disposto no art. 3º da IN SRF nº 650, de 2006:
> (...)
> VIII - prova da integralização ou aumento de capital que tenha ocorrido nos três anos-calendário anteriores ao do pedido de habilitação;"

Sob o aspecto da legalidade do ato, a ação exercida pela impetrada foi realizada de forma regular e dentro dos procedimentos legais, insertos na IN/SRF nº 650/06 e Ato Declaratório Executivo COANA nº 03/06, que regem a matéria.

No entanto, consoante informado pela autoridade coatora, concluiu-se, pela análise da documentação apresentada pela impetrante, que esta, apesar de ter lançado contabilmente o valor declarado como aumento de capital social, não fez prova da sua efetiva integralização, visto que este não consta do extrato de conta corrente apresentado, configurando, pois, descumprimento do disposto no art. 2º, VIII do Ato Declaratório Executivo Coana nº 3/06 (fl. 196).

Nesse sentido, a impetrante não logrou demonstrar o seu direito líquido e certo para obter a sua habilitação no SISCOMEX, por não fornecer todos os documentos solicitados.

Não se olvide que, descendo a maiores minúcias ao mérito da decisão administrativa, estar-se-ia invadindo a esfera de atuação da Administração, pois indevida essa ingerência pelo Poder Judiciário.

A jurisprudência já se manifestou sobre o tema, nesse sentido:

> "TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. EMPRESA IMPORTADORA. HABILITAÇÃO ORDINÁRIA NO SISCOMEX. IN nº 650/06. INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL NÃO COMPROVADA. 1. Para obter a habilitação ordinária para operação no SISCOMEX, a empresa deve comprovar, dentre outros dados, a integralização ou aumento de capital que tenha ocorrido nos três anos-calendário anteriores ao pedido de habilitação. 2. Nos termos do artigo 5º da IN nº 650/06, é a análise da capacidade financeira da empresa que definirá o limite de volume financeiro para o qual a pessoa jurídica estará habilitada a movimentar no comércio exterior. Para tanto, é avaliada a composição do capital social, a partir de elementos de prova, não se prestando a isso o mero arquivamento dos atos constitutivos da empresa na Junta Comercial e o registro no CNPJ." (TRF4, 1ª Turma, AC 200872050025551, relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, j. 12/01/2010)

> "ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE HABILITAÇÃO E REGISTRO DE NOVOS SÓCIOS NO SISTEMA 'RADAR' DO SISCOMEX. EXIGÊNCIA QUANTO À COMPROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DAS CONTAS DOS NOVOS SÓCIOS PARA AQUISIÇÃO DE COTAS DA EMPRESA.

INOBSERVÂNCIA PELO IMPORTADOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. - É da competência da Receita Federal, órgão do Poder Público, fiscalizar a adequação das alterações estatutárias às normas e leis vigentes no território brasileiro. - Trata-se de diligência normal e que objetiva salvaguardar a regularidade e a segurança das operações comerciais efetivadas com empresas internacionais. - 'Não cabe ao Judiciário entrar no mérito da questão de que as exigências impostas no seu processo de habilitação eram irrelevantes e descabidas, a não ser quando for comprovada ilegalidade ou arbitrariedade, o que não ocorreu. - A prova em mandado de segurança deve ser pré-constituída, e não foi juntada aos autos, por ocasião da impetração do *writ*, documentação capaz de levar à concessão da segurança pelo reconhecimento da existência de direito líquido e certo.' (TRF2; AMS 40875/RJ). - Com efeito, constata-se que a Receita Federal observou todas as fases exigidas pela Instrução Normativa nº 455/2004 para o procedimento de habilitação para operação no Siscomex. Não existe, portanto, qualquer ilegalidade no indeferimento do pedido, inclusive sendo conferido prazo para que a empresa/agravante manifestasse defesa acerca da comprovação da transferência de recursos das contas dos novos sócios para aquisição de cotas da empresa, exigência esta que não foi observada pelo importador. - Agravo de instrumento improvido." (TRF5, 3ª Turma, AG 200505000463565, relator Desembargador Federal Paulo Gadelha, j. 12/06/2006)

Ante o exposto, dou provimento à apelação, à remessa oficial e ao agravo retido. É como voto.
Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0024999-84.2007.4.03.6100
(2007.61.00.024999-0)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Apelada: ASSOCIAÇÃO PAULISTA DOS MAGISTRADOS DE SÃO PAULO - APAMAGIS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Classe do Processo: AMS 312363
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - OAB/SP - "LISTA NEGRA" - DIREITO À HONRA E À IMAGEM - APELAÇÃO IMPROVIDA.
1. A OAB é uma autarquia e, portanto, prestadora de serviços públicos. Sendo assim, se sujeita aos princípios básicos norteadores do Direito Administrativo, quais sejam, o da legalidade, da impessoalidade e da proporcionalidade de seus atos.
2. Quanto à inscrição no "Cadastro das Autoridades que receberam Repúdio ou Moção ou Desagravo", fato debatido nos autos, a OAB ressalta que antes de publicar as informações na "internet", possibilita o contraditório, e que, portanto, publica fato materialmente verdadeiro. Assevera que tal publicação condiz com a liberdade de manifestação de pensamento e liberdade de expressão da atividade intelectual (art. 5º, inc. IV e inc. IX, da Constituição Federal).
3. Entretanto, ainda que se esteja de acordo com as assertivas, baseando-se no documento de fls. 3.355, da tela impressa da página oficial da OAB na "Internet", verifica-se o caráter de menoscabo, desprezo e deletéria à imagem do adjetivado à "Lista Negra" e "Serasa", conforme denominação adotada pela própria autarquia.
4. O fato desses inscritos na "Lista Negra" terem seus eventuais e futuros pedidos de registro junto à Ordem indeferidos, torna-se odioso a partir do momento em que esse pré-julgamento de requerimento administrativo sequer foi, ainda, formalizado. A exposição das autoridades lá listadas não foi feita de forma sóbria e objetiva.
5. Gize-se que se violou, de forma irreparável, a honra e a imagem dos envolvidos no incidente, que também é objeto de tutela pela nossa Carta Política (art. 5º, inc. X), bem como o princípio da legalidade.
6. Apelação, recurso adesivo e remessa oficial desprovidas.

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, ao recurso adesivo e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de setembro de 2011.
Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Trata-se de mandado de segurança, impetrado com o objetivo de se obter liminar, e, posteriormente,

a segurança definitiva, para suspender a veiculação do "Cadastro das Autoridades que receberam Moção de Repúdio ou Desagravo" elaborada pela OAB/SP. Pleiteou-se também a abstenção das autoridades competentes de divulgar novas listagens e propagar a veiculação dos nomes atuais e futuros de associados por todos os meios de comunicação. Ambas as partes agravaram.

A medida liminar foi parcialmente deferida. Proferiu-se sentença concedendo segurança em parte. Sobrevieram embargos de declaração que, porém, restaram rejeitados.

Inconformada, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença. Aduz, em síntese, que os membros da APAMAGIS, cujos nomes foram transcritos no Cadastro, foram cientificados de todos os atos e participaram do contraditório. Assevera, ainda, como sua finalidade, a defesa das prerrogativas; sua liberdade e dever de informar; que o ato discutido é adequado caracterizando-se exercício regular e impostergável de direito subjetivo; a inexistência de inscrição de elementos que, formal ou materialmente, possam denegrir a imagem daqueles indivíduos cadastrados; bem como a carência de comprovação da má-fé da autarquia apelante. Sobrevieram contrarrazões.

A Associação Paulista dos Magistrados - APAMAGIS, também descontente com a decisão terminativa de mérito, interpôs recurso adesivo à apelação. Alega, primeiramente, o caráter preventivo do Mandado de Segurança. Vislumbrando evitar novas inscrições no Cadastro, alega que o remédio processual manejado versa sobre interesse coletivo indivisível, possibilitando o aproveitamento de todos aqueles que integram a classe do direito subjetivo debatido. Assevera interesse em vetar apenas os desagravos adicionais à Lei nº 8.906/94. Opõe-se ao que denomina "justiça paralela" ou Tribunal de Exceção, a partir do momento que é essa leitura que faz em face dessas inscrições realizadas pela OAB/SP.

Subiram os autos a este E. TRF-3ª Região, ocasião em que o representante do Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Trata-se de mandado se segurança manejado pela Associação Paulista de Magistrados - APAMAGIS em face de ato do Sr. Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB - SP, e do Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - SP. Requere-se a concessão de provimentos jurisdicional que determine a retirada do nome dos associados da impetrante, do "Cadastro das Autoridades que receberam Moção de Repúdio ou Desgravo" da Ordem dos Advogados do Brasil. Em primeira instância a segurança foi deferida parcialmente e submetida ao reexame necessário. Apelaram a Ordem dos Advogados do Brasil e a impetrante.

O primeiro ponto a ser enfrentado para o bom deslinde desta demanda consiste em se precisar a correta natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil. Conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3026/DF, onde foi Relator do Sr. Ministro Min. Eros Grau, DJ 29/09/06, trata-se de autarquia e, portanto, prestadora de serviços públicos.

Como ente da administração pública, ainda que independente e com personalidade

jurídica própria, a OAB está jungida a todos os princípios constitucionais e de direito administrativo norteadores do serviço público. Dentre estes, por certo que se incluem a legalidade, a impessoalidade e a proporcionalidade de seus atos.

A bem lançada decisão apelada constrói sua fundamentação sobre dois pilares básicos. Diz que em face de manifestações públicas de dirigentes da impetrada, dando conta de que os integrantes da lista teriam futuros pedidos de registro negados, ter-se-ia criado nova hipótese de impedimento ao exercício da advocacia. E além disso, tal medida também se consubstanciaria em sanção disciplinar aos magistrados, ao arrepio da lei.

A estes argumentos, o recurso de apelação da autarquia contrapõe suas prerrogativas na defesa da classe dos advogados, dentre as quais se incluiria o processamento de pedidos de desagravo manejados por seus integrantes. Tais pedidos seriam processados segundo o devido processo legal e, havendo decisão favorável ao pedido de desagravo, o nome da autoridade envolvida é publicado na "internet".

Ressalta a OAB que antes disso existe o contraditório, e que, portanto, publica fato materialmente verdadeiro. Tal publicação estaria dentro de seu legítimo direito de informar, protegido pela liberdade de manifestação do pensamento, nos termos do art. 5º, inc. IV, bem como pela liberdade de expressão da atividade intelectual, nos termos do art. 5º, inc. IX da Constituição Federal (e não inciso X, como erroneamente consignado na peça recursal).

Em face desta argumentação, diga-se desde logo que controvérsia alguma existe quanto à competência da Ordem dos Advogados do Brasil de defender as prerrogativas legais da classe dos advogados. Ela é sabida, ressabida e reconhecida por todos.

Na mesma senda, não se questiona aqui a lisura e o equilíbrio dos procedimentos administrativos por ela instaurados e conduzidos. Tal questão não é o cerne desta demanda, que reside, em verdade, em se consignar autêntico abuso de direito por parte da autarquia.

Dizer que teria o ente público se limitado à publicação de fatos materiais, de forma sóbria e impessoal, sem qualquer intenção de menoscabo ou de achincalhamento aos "listados"; e que eventuais comentários desfavoráveis adviriam de exageros da imprensa, é alegação que não sobrevive à prova dos autos. O documento de fls. 3.355 é tela impressa da página oficial da própria OAB na "internet", e nele está lançado o seguinte texto:

> "LISTA NEGRA.
> Uma resposta concreta aos abusos foi a criação de uma 'lista negra' para os violadores de prerrogativas, que ficou conhecida como a 'Serasa da OAB - SP'. Trata-se de um cadastro negativo em que são incluídos os nomes das autoridades que sistematicamente desrespeitam as prerrogativas profissionais dos advogados. Com base nesses dados, a OAB - SP vem impedindo a inscrição em seus quadros de ex-juízes, ex-promotores, ex-delegados de polícia, etc, que apresentem um histórico de violação de prerrogativas."

Rápida leitura do parágrafo espanca quaisquer dúvidas quanto ao fato de ter a autarquia cunhado ou, quando menos, encampado, o uso da mencionada relação como uma "lista negra", uma "Serasa", bem como que é diretiva confessa e explícita do órgão público negar eventual pedido de registro de integrantes da mesma. "Lista negra" e "Serasa" são expressões que ninguém, dotado do mínimo bom sendo, deixaria de entender como de

menoscabo, desprezo e deletéria à imagem do adjetivado. E nada disso é republicano, impessoal, moral ou sequer proporcional.

Nem se diga que as declarações contidas no documento de fls. 3357 implicariam em algum tipo de retratação, ou que repararam a ilegalidade do ato já perpetrado. Longe disso, elas estão mais para um reconhecimento de culpa por parte dos envolvidos, autêntica tentativa de deixar o dito pelo não dito, que somente reforça a necessidade de uma tutela jurisdicional que ponha fim ao abuso.

Dizer que os arrolados na "lista negra", como a denominou a própria autarquia, terão seus eventuais e futuros pedidos de registro indeferidos, é odioso pré-julgamento de requerimento administrativo que sequer foi, ainda, formalizado.

E a exposição das autoridades lá listadas não foi feita de forma sóbria e objetiva. Conforme visto, o próprio órgão oficial foi quem, em seu página oficial da "internet", cuidou de dar-lhe conotação e destaque incompatíveis com os princípios republicanos que norteiam a administração pública.

Para além disso, muito mais do que informar e/ou expressar opinião e pensamento, deu-se roupagem vingativa, escandalosa e deletéria às personalidades envolvidas. Violou-se, de forma irreparável, a honra e a imagem dos envolvidos no incidente, que também é objeto de tutela pela nossa Carta Política (art. 5º, inc. X).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

> "DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LISTA DE AUTORIDADES QUE RECEBERAM MOÇÃO DE REPÚDIO E DESAGRAVO. DIVULGAÇÃO NO *SITE* DA OAB-SP. DIREITO DE DESAGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 7º, INC. XVII e § 5º, DA LEI Nº 8.906/1994. EXCESSO DANOSO PROVOCADO PELA OAB-SP. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE DANO À INTEGRIDADE MORAL DA AUTORA, JUÍZA FEDERAL DO TRABALHO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> 1. Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o resultado do julgamento da ADI nº 3.026, pelo STF, não alterou o entendimento daquela Corte Superior no sentido de que a Ordem dos Advogados do Brasil tem natureza jurídica de 'autarquia federal de regime especial', prestadora de serviço público de natureza indireta, voltada a fiscalizar o exercício de profissão indispensável à administração da Justiça (STJ: CC 96.350, decisão monocrática publicada em 3/10/2008, Relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção).
> 2. Sendo a OAB autarquia federal de regime especial, ou autarquia *sui generis*, está sujeita ao regime jurídico administrativo de direito público e, consequentemente, aos parâmetros da responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo, impondo-se o enquadramento dos atos lesivos por ela praticados no vigor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
> 3. Para que o ente responda objetivamente pela teoria do risco administrativo, é suficiente que se prove a conduta do ente público, o resultado danoso e o nexo de causa e efeito entre ambos, porém, com possibilidade de exclusão ou moderação

da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva ou concorrente da vítima.
4. No que concerne à conduta da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo em promover a divulgação da lista de Autoridades que receberam Moção de Repúdio ou Desagravo em seu *site* na *Internet*, trata-se de um direito legítimo daquela autarquia corporativa previsto expressamente em lei (artigo 7º, inc. XVII e § 5º, da Lei nº 8.906/1994), que corresponde ao exercício da defesa das prerrogativas do advogado.
5. A OAB-SP desbordou dos limites de proporcionalidade e razoabilidade do exercício do direito de desagravo, de molde a praticar excesso danoso ao arcabouço moral da magistrada autora, caracterizando os pressupostos necessários à responsabilização civil, na medida em que propiciou, incentivou e mesmo deu causa às insinuações e citações depreciativas conferidas pela mídia à lista de autoridades, como por exemplo, 'lista de inimigos da OAB' e 'lista negra da OAB'.
6. O excesso causado pela ré ficou caracterizado por atitudes explícitas e públicas de seus dirigentes em dois momentos, quais sejam, a inicial divulgação pejorativa da lista em seu *site*, denominando-a 'SERASA da OAB', e as declarações ameaçadoras dos seus representantes legitimados, mormente seu presidente, de que a lista referida teria por função, além de promover o desagravo, servir como hipótese impeditiva de inscrição nos quadros da Ordem àqueles cujos nomes figurassem na lista, fatos que causaram gravame moral à autora, configurando o nexo de causalidade.
7. Não foi demonstrado na contestação nem nas contrarrazões nenhum indício de que tenha havido retratação do presidente ou de qualquer outro membro da OAB, no sentido de retirar ou desmentir as declarações de que as pessoas citadas na lista seriam impedidas de obter inscrição na Ordem, razão pela qual o gravame moral se protraiu no tempo e ainda hoje permanece latente.
8. O dano moral causado consiste na lesão a direitos da personalidade, repercutindo na integridade moral da pessoa e, no caso em apreço, dano incidente sobre a jurisdição da magistrada autora.
9. A presente ação visa uma reparação pela via jurisdicional que reintegre o patrimônio moral da autora perante os seus jurisdicionados, muito mais do que um benefício financeiro pessoal, pelo que se afigura suficiente a condenação da ré no valor de uma remuneração mensal de Juiz Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região vigente à época do pagamento.
10. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, seguindo os parâmetros firmados no artigo 20, § 4º, do CPC.
11. Indeferido o pedido para que a ré promova publicação no jornal 'Folha de São Paulo' do inteiro teor da decisão condenatória, tendo em vista que toda e qualquer decisão judicial tem como pressuposto legal a publicação no órgão oficial de imprensa, o que se mostra suficiente à sua divulgação.
12. Apelação parcialmente provida."
(TRF 3ª Região, AC 2007.61.00.002991-5/SP, Rel. para o Acórdão: Des. Federal Márcio Moraes, DJF3 CJ1, DATA: 26/04/2010, PÁGINA: 419)

Também a Sexta Turma deste Tribunal tem julgado neste sentido:

"AÇÃO ORDINÁRIA - DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO NA 'LISTA DE INIMIGOS DA ADVOCACIA' - INDENIZAÇÃO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ABUSO DO DIREITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1 - Remessa oficial tida por interposta (CPC, art. 475, I).

2 - A OAB/SP abusou do direito que lhe é reconhecido, de defender as prerrogativas profissionais dos advogados.

3 - Não atende ao princípio da proporcionalidade a inclusão do nome do juiz na 'lista dos inimigos da advocacia' ou 'SERASA da advocacia', por conta de simples discussão nos autos.

4 - A 'lista dos inimigos da advocacia' possui caráter punitivo, eis que impede a inscrição das autoridades nos quadros da OAB, tendo em vista a falta de idoneidade moral.

5 - O dano moral é presumido da simples inscrição na lista conhecida como 'SERASA da advocacia'.

6 - Precedente desta Corte (TRF3, 3ª Turma, AC 1294950, Rel p/ acórdão Desembargador Federal Márcio Moraes, DJ 26/04/10).

7 - O montante fixado a título de reparação mostra-se razoável e adequado. Desnecessária a publicação de direito de resposta em jornal comercial (Folha de São Paulo).

8 - Apelações e remessa oficial tida por interposta às quais se nega provimento." (TRF 3ª Região, AC 2007.61.00.002932-0/SP, Rel. Desembargador Federal LAZARANO NETO)

Destaque-se que embora os julgados acima digam respeito a demandas fundadas em responsabilidade civil, coisa diversa do que aqui ocorre, toda a fundamentação lá construída é perfeitamente análoga à da hipótese sob julgamento, servindo eles de precedente para o presente.

No mais, ressalte-se uma vez mais que não se questionam a competência e o dever da Ordem dos Advogados do Brasil de defender as prerrogativas de seus integrantes, não se insurge contra as moções de desagravo por ela promovidas, não se pretende intimidar quem quer que seja, muito menos proteger ou acobertar eventuais abusos de autoridades mal intencionadas ou mal preparadas. Mas nos fatos sob apreciação, a autarquia federal desbordou, por larga margem, os limites da legalidade.

Melhor sorte não socorre o apelo a APAMAGIS. Como bem consignado na decisão apelada, não existe nenhum indício razoável de novas "listas" ou "Serasas" estão em vias de ser publicadas, motivo pelo qual não prospera seu pedido preventivo de proibição para tanto.

Pelas razões expostas, nego provimento à remessa oficial, ao recurso adesivo e à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Associação Paulista de Magistrados - APAMAGIS impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra

atos do Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas e do Presidente da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando inibir a veiculação, por qualquer meio de divulgação, dos nomes de associados seus, na condição de integrantes de cadastro de autoridades que receberam moção de repúdio ou desagravo, por pretensa perpetração de violação a prerrogativas dos causídicos, obstando-se, ainda, a publicidade de novas listagens que tais, quaisquer que sejam os meios de comunicação empregados.

Processado o feito, com deferimento, em parte, da liminar alvitrada, e prestadas informações, sobreveio sentença - submetida a reexame necessário - a conceder, parcialmente, a ordem, encampando a pretensão de obstar a divulgação da referida listagem, abstendo-se, porém, o magistrado processante de determinar a inibição da publicidade de novas listas, bem assim de ordenar, aos impetrados, que não viessem a impedir, futuramente, o exercício da advocacia pelos integrantes da aludido cadastro.

Opostos embargos declaratórios - rejeitados, supervenientemente, pela MM. Juíza singular - irresignada, a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção SP interpôs recurso de apelação, ao qual aderiu a demandante.

Neste Tribunal, distribuídos os autos à consideração da eminente Desembargadora Federal Cecília Marcondes, o feito foi submetido a julgamento na sessão de 1º de setembro do fluente, ocasião em que o MM. Juiz Federal Convocado Ricardo China, em atuação como Relator, negou provimento à remessa oficial e às irresignações ofertadas, esgrimando, em substância, os seguintes argumentos:

- não condiz com a realidade afirmações tecidas pela OAB, no sentido de que a publicação das listas se deu de maneira sóbria e impessoal, sem intenção de menoscabo ou achincalhamento, sendo certo que documento extraído do sítio eletrônico da própria entidade induz o caráter negativo da listagem, lá denominada “lista negra” e “Serasa da OAB”;

- a exposição das autoridades cujos nomes estão insertos no dito rol não sucedeu de forma objetiva, observando-se que, para além de informar, a autarquia acabou por vulnerar a honra alheira, sob roupagem vingativa, escandalosa e deletéria;

- embora se compreenda a preocupação da OAB na defesa da prerrogativa de seus integrantes, certo é que nos fatos sob apuração acabou a entidade por ultrapassar, em larga margem, os lindes da legalidade;

- de se improver o apelo da promovente, à míngua de indício razoável de emissão de novas listas, como a rechaçada, não prosperando pedido preventivo desse naipe.

Na oportunidade, pedi vista dos autos, para melhor me assenhorear da matéria vertida no feito sob apreciação.

De pronto, atesta-se a legitimidade ativa da demandante relativamente ao aviamento do “writ” sob apreciação: bem assentado está na jurisprudência pátria que à associação calha manejar-se no interesse de seus associados, não se exigindo, destes, autorização textual para tal atuação, pelo fenômeno da substituição processual. Merece lida precedente jurisprudencial a respeito:

> “PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO Nº 629 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1 - Esta Corte assentou a compreensão de que ‘no mandado de segurança coletivo, a legitimação ativa das associações, em razão do regime de substituição processual autônoma, dispensa a autorização expressa ou

a relação nominal dos associados substituídos.' (REsp nº 693.423/BA, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 26/9/2005). 2 - 'A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes' (enunciado nº 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). 3 - Agravo regimental a que se nega provimento".
(STJ, AGRESP 200702723190, SEXTA TURMA, Relator Min. PAULO GALLOTTI, j. 23/04/2009, DJE 25/05/2009).

Pois bem. Torna a julgamento questão em torno do que se convencionou denominar "listagem negra" procedida pela Ordem dos Advogados do Brasil. Tal relação consagraria autoridades que, ao sentir daquela entidade, se notabilizaram por vulnerar prerrogativas intrínsecas aos causídicos.

O tema não nos é novo, uma vez que tomamos parte na votação de ação em que autoridade inclusa nessa lista acorreu ao Judiciário no intuito de se ver ressarcida por danos morais que tal inserção lhe teria causado (veja-se, a propósito, Apelação Cível nº 2007.61.00.002991-5, em que funcionei como Relator para acórdão). Mas, do relatório procedido pelo ilustre magistrado, compreendemos que a situação aqui enfocada se distingue daqueloutra, quer porque vertida no leito mandamental, onde se exige ato coator de autoridade, quer porque o deslinde da apropriação que ora se põe passa pela possível preservação da liberdade de manifestação assegurada por nossa Constituição, bem assim pela escorreita apropriação das funções da própria Ordem.

Adiantando à apreciação, confidenciamos que nos impressiona a confecção - e mais, a publicização - dessas listas.

Diz, a Ordem dos Advogados do Brasil, que, sob o pálio da legislação de regência, toca-lhe proceder ao desagravo de causídicos que tiveram por vilipendiadas garantias coadunantes com o mister que desempenham. E, de efeito, assiste-lhe razão, porquanto a letra do Estatuto atribui-lhe, expressamente, esse múnus. Todavia, o busílis repousa na devida operacionalização desse ofício.

A esta parte, não se menoscaba ser público o desagravo de que se cuida, que nada mais é senão manifestação de solidariedade ao advogado pretensamente colhido pelo abuso. O art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.906/1994 é textual a respeito, ao preconizar que "No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator".

Entrementes, temos "iter" procedimental à consumação desse desagravo, e tais regramentos cuidam de assinalar os parâmetros da publicidade tencionada pelo legislador ordinário. Confiram-se excertos do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, no particular abordado:

"Art. 18. O inscrito na OAB, quando ofendido comprovadamente em razão do exercício profissional ou de cargo ou função da OAB, tem direito ao desagravo público promovido pelo Conselho competente, de ofício, a seu pedido ou de qualquer pessoa. (NR)
§ 1º Compete ao relator, convencendo-se da existência de prova ou indício de ofensa relacionada ao exercício da profissão ou de cargo da OAB, propor ao Presidente que solicite informações da pessoa ou autoridade ofensora, no prazo de quinze

dias, salvo em caso de urgência e notoriedade do fato.
§ 2º O relator pode propor o arquivamento do pedido se a ofensa for pessoal, se não estiver relacionada com o exercício profissional ou com as prerrogativas gerais do advogado ou se configurar crítica de caráter doutrinário, político ou religioso.
§ 3º Recebidas ou não as informações e convencendo-se da procedência da ofensa, o relator emite parecer que é submetido ao Conselho.
§ 4º Em caso de acolhimento do parecer, é designada a sessão de desagravo, amplamente divulgada.
§ 5º Na sessão de desagravo o Presidente lê a nota a ser publicada na imprensa, encaminhada ao ofensor e às autoridades e registrada nos assentamentos do inscrito.
§ 6º Ocorrendo a ofensa no território da Subseção a que se vincule o inscrito, a sessão de desagravo pode ser promovida pela diretoria ou conselho da Subseção, com representação do Conselho Seccional.
§ 7º O desagravo público, como instrumento de defesa dos direitos e prerrogativas da advocacia, não depende de concordância do ofendido, que não pode dispensá-lo, devendo ser promovido a critério do Conselho.
Art. 19. Compete ao Conselho Federal promover o desagravo público de Conselheiro Federal ou de Presidente de Conselho Seccional, quando ofendidos no exercício das atribuições de seus cargos e ainda quando a ofensa a advogado se revestir de relevância e grave violação às prerrogativas profissionais, com repercussão nacional.
Parágrafo único. O Conselho Federal, observado o procedimento previsto no art. 18 deste Regulamento, indica seus representantes para a sessão pública de desagravo, na sede do Conselho Seccional, salvo no caso de ofensa a Conselheiro Federal." (Destacamos.)

Das transcrições procedidas, constata-se que o expediente vituperado nesta ação mandamental não se conforta singelamente nos lindes do desagravo, cujo procedimento vem sinalado em norma própria, que não contempla a edição de listas como o aqui recusada. A bem da realidade, podemos asseverar que a manutenção dessa lista no domínio eletrônico da autarquia corporativa sinaliza desbordo dos limites da proporcionalidade e razoabilidade, relativamente ao direito de desagravo.

Nesse cenário, desponta-nos cristalino que a Ordem dos Advogados do Brasil exorbitou de poder que lhe assiste, tal seja o de desagravo, nos moldes acima alinhavados. Esboça-se, em tal medida, situação de abusividade, legitimando a utilização da via mandamental, cujo escopo está na retificação não apenas de ilegalidade, senão também de hipóteses corporificadoras de abuso de poder.

Rememore-se que, na figura do abuso de poder, a autoridade encarregada da execução de determinado finda por praticá-lo trespassando seus limites e atribuições legais. Insista-se: é o que se afigura ocorrente "in casu", exasperados que foram os lindes da medida do desagravo.

Ressalta à evidência que empecer-se ao advogado o desempenho de seu ministério com a liberdade legalmente assegurada vulnera o Estado de Direito, não se descurando a essencialidade do causídico à administração da Justiça, eis que, no mais das vezes, é por seu intermédio que os cidadãos conscientizam-se e vindicam seus direitos. Claro está, porém, que deparando-se com a detecção de situação de vulneração a prerrogativa

de patrono, por certo a Ordem dos Advogados do Brasil se surpreenderá, na ordem positiva, com um arsenal de medidas para exteriorizar solidariedade e retificar o rumo do acontecido - de fora parte a trilha do desagravo, já por nós vislumbrada. Ao que importa ao desate da espécie, e apenas em guisa de exemplos, constatada abusividade perpetrada por magistrado, não se furta o caminho da dedução de medidas perante as Corregedorias competentes ("e. g.", correição parcial, representação administrativa) ou, mesmo, junto ao Conselho Nacional de Justiça. Sem embargo, falece, no arcabouço legislativo, permissivo quanto à veiculação de relação dos supostos transgressores, como se adversos à advocacia fossem e, "ipso facto", como se lhes estivesse aplicando, a OAB, uma penalidade, tal seja a de constar do sobredito rol.

À vista da parecença de penalidade moral, não se há mesmo de comungar com a inserção de nomes nessa relação. Centrando-se, novamente, ao campo da judicatura, e sem temer a obviedade da assertiva, carece a OAB de atribuição para fazer incidir, concretamente, a aplicação de providência assemelhada à sanção. Órgãos aparelhados, na concepção da ordem positiva, existem a tal desiderato. E sanções apropriadas às condutas perpetradas também vem elencadas, exaustivamente, na legislação, e não nos acorre que a inserção em listagem de conotação francamente negativa esteja elencada entre elas.

Por aí vai-se antevendo que a ocorrência sob apuração comporta enfrentamento pelo caminho do remédio heróico não só à conta de abuso de poder, senão também pela mácula de ilegalidade, dês que compreendida tal listagem à guisa de pena. Sim, porque ausente do rol de atribuições legais acometidas à OAB, julgar-se, administrativamente, conduta dessas autoridades.

Ora bem, acentua-se, ordinariamente, que a ilegalidade sanável pela via do "mandamus" decorre da prática de ato viciado sob os ângulos da competência do agente que o praticou; forma própria com que o ato deve ser realizado; finalidade atinente ao interesse público; e presença dos motivos autorizadores da respectiva execução. Destarte, sanção que seja, o ato em estudo nesta senda não satisfaz o quesito legalidade.

Preocupa-nos, verdadeiramente, a efetivação dessa listagem. Abstraindo-se da propalada boa intenção com que a OAB implementou tal providência, não se pode descartar, na província do pensamento, que tal mecanismo possa erigir-se em instrumento de constrangimento do magistrado em seu ofício judicante, em desapreço aos postulados do livre convencimento motivado e à imparcialidade. Já se o disse, o magistrado há de atuar com equilíbrio, prudência e serenidade na presidência dos processos, livre de eventual temor do desagrado de tal ou qual litigante ou causídico e assim incidir numa listagem dotada de cunho manifestamente negativo. Por evidente que os juízes devem respeito às prerrogativas não só dos advogados, senão de todos atores processuais; mas a punição correspondente a eventual ilicitude há de suceder no leito próprio e perante o órgão adequado a assim proceder, sendo de rechaçar medidas que - bem o frisou o ilustrado relator - ostentem roupagem vingativa.

Pode-se esgrimar direito à liberdade de manifestação, nos moldes constitucionais. Direitos absolutos, porém, não os há. O exercício dos direitos sofre limitação, pena de se acotovelarem variegados ditames constitucionais, em prejuízo ao próprio Estado de Direito. Há a liberdade de manifestação, bem é fato. Sopesando-a, porém, vigem o direito à intimidade; a paridade de armas nos julgamentos; a vedação aos Tribunais de exceção; a proteção à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana "et al". Ainda exemplificativamente: sob a égide da liberdade, por certo, não se admite trespasse ao

direito de crítica, com atingimento de valores ético-sociais da pessoa humana.

A respeito das restrições ao direito à livre manifestação, já se pronunciou a jurisprudência. A contexto, traga-se o seguinte aresto:

> "(...)
> Posto seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão robustas e profícuas para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.
> (...)".
> (STJ, RESP 200001415808, QUARTA TURMA, Relator Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 19/03/2009, DJE 06/04/2009).

Nem se alegue aqui que o contraditório restou observado, que às autoridades franqueou-se ocasião prévia de falar, porquanto - remarque-se - a questão é bem outra: está-se diante de órgão impróprio à aplicação àquelas autoridades de medida parelha à penalidade, justamente a contemplação na chamada "lista negra".

Tais as circunstâncias, com os subsídios que agregamos, acerca da presença de abusividade e ilegalidade no atuar da OAB, situações regularizáveis pelo remédio heróico, aderimos ao voto do eminente Relator, desacolhendo a remessa oficial e a apelação manejada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção SP.

Atinente ao recurso adesivo formulado pela APAMAGIS, o eminente Relator negou-lhe provimento, sob fundamento de que "não existe nenhum indício razoável de novas "listas" ou "Serasas" estão em vias de ser publicadas, motivo pelo qual não prospera seu pedido preventivo de proibição para tanto" (f. 3.484v).

Todavia, do compulsar dos autos, antevemos que o recurso da APAMAGIS visa, também, outro desiderato, a saber, "determinar que a OAB não pode impedir o exercício profissional da advocacia por associados que constem ou tenham constado da lista" (f. 3.427), e deste objeto - com a devida vênia - não cuidou o voto de Sua Excelência.

De nossa parte, negamos provimento à apelação da APAMAGIS. Entendemos que, relativamente aos dois intuitos insertos no recurso adesivo, não comparece o efetivo temor, seja de confecção e publicação de listagens como a que aqui guerreada, seja de obstaculização de futura inscrição nos quadros da entidade, e, em princípio, indisputável seria a demonstração da iminência da concretude desses comportamentos, constituindo noção cediça a de não comportar guarida pretensão de caráter genérico, projetada a futuro e de maneira permanente, uma vez que o leito mandamental não se presta à confecção de normas de conduta.

Ante o exposto, com os acréscimos nesta oportunidade efetivados, acompanhamos a ilustrada relatoria para negar provimento à remessa oficial e aos recursos intentados.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0030922-24.2008.4.03.0000
(2008.03.00.030922-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Agravados: EDMUR MIGLIOLI JUNIOR E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AI 344589
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE ENTREGA DOS TDA's. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO JUIZ DA CAUSA. CABIMENTO, AINDA QUE SE TRATE DE OBRIGAÇÃO DE DAR E NÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA AUTORIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - O fato de a hipótese dos autos tratar de obrigação de dar não desautoriza a incidência do art. 461, § 4º, do CPC, que trata da imposição de multa diária para cumprimento da obrigação.

II - "A multa diária é típico mecanismo de preservação da autoridade do juiz. É medida processual, de caráter público", conforme a lição da doutrina de Luiz Rodrigues Wambier *et alli*.

III - Nada justifica o procedimento recalcitrante do agravante, em verdadeira afronta à autoridade da coisa julgada e da ordem judicial de cumprimento da obrigação, nem mesmo o alegado interesse público que, diga-se, não restou demonstrado nos autos.

IV - A imposição de *astreintes* ao INCRA não encontra óbice constitucional e processual. Precedente do STJ.

V - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de setembro de 2011.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª

Vara de Campo Grande/MS nos autos de ação de desapropriação ajuizada perante os ora agravados, em que as partes celebraram acordo, descumprido pelo agravante, tendo então o julgador elevado a multa diária já arbitrada anteriormente para R$ 1.000,00 (hum mil reais), a incidir a partir da intimação da decisão, sem prejuízo da aplicação da multa já cominada, em razão do tempo transcorrido (fls. 15/16).

Aduz, em síntese, que após a produção da prova pericial as partes manifestaram intenção de acordo, que obteve parecer favorável do Ministério Público Federal, tendo então o juízo *a quo* prolatado sentença homologatória do pactuado entre as partes.

Alega que em 25/07/2002 os ora agravados requereram a complementação do depósito, conforme determinado na sentença, quando se manifestou no sentido de que o processo administrativo encontrava-se na Administração Central para as providências de lançamento dos Títulos da Dívida Agrária (TDAs), pedido esse reiterado em 15/12/2005, quando uma vez mais comprovou que estava buscando acelerar o procedimento de tais lançamentos.

Sustenta que, diante do não pagamento, em 12/02/2008, o juiz da causa fixou o prazo de 10 (dez) dias para o adimplemento e arbitrou a multa de R$ 500,00 por dia de atraso, quando peticionou justificando que o orçamento da União havia sido recém aprovado, necessitando, por essa razão, de maior prazo para cumprimento da obrigação, pois dependia do "Decreto de Limitação de Movimentação e de Empenho da Presidência da República", quando então sobreveio a decisão agravada, que aumentou a multa para R$ 1.000,00 por dia.

Assevera que, "nos escalões superiores desta entidade pública agrária a conveniência e oportunidade da homologação do acordo foi contestada e o lançamento suplementar dos TDAs bloqueado", tudo em nome do interesse público, que se sobrepõe ao privado.

Acrescenta que a multa imposta não tem fundamento legal, não se aplicando o art. 461 do Código de Processo Civil, que trata do cumprimento de obrigação de fazer e no feito de origem a obrigação é de dar em pagamento, pugnando pela revogação da decisão agravada, bem como formula pedido sucessivo para que a multa permaneça nos iniciais R$ 500,00 diários.

Nas fls. 60/61 consta a decisão que indeferiu efeito suspensivo ao recurso.

A contraminuta veio aos autos nas fls. 66/89.

O Parecer do Ministério Público Federal foi no sentido de improvimento do recurso (fls. 98/104).

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Assiste razão ao agravante quando sustenta que a hipótese dos autos cuida de descumprimento de obrigação de dar em pagamento e não de obrigação de fazer. Ocorre que o correto enquadramento processual do débito do INCRA não desautoriza a incidência do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, que trata da imposição de multa diária para cumprimento de obrigação.

Isso porque, conforme a lição da doutrina "A multa diária é típico mecanismo de preservação da autoridade do juiz. É medida processual, de caráter público." (*in Curso Avançado de Processo Civil*, Vol. 2, Processo de Execução, RT, 3ª ed., 2000, p. 261)

Também a jurisprudência do STJ esclarece que tal distinção não tem mais efeitos práticos para fins de imposição da multa diária, conforme julgado que segue:

> "RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DE DAR. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. PRECEDENTES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.
> A hipótese dos autos cuida da imposição de multa diária ao Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento de obrigação de fornecer medicamentos à autora. Não se trata, portanto, de obrigação de fazer, mas de obrigação de dar, que, na lição de Clovis Veríssimo do Couto e Silva, tem por objeto da prestação 'uma coisa ou direito, algo que já existe, atribuição patrimonial' (a esse respeito, confira-se também o RE 61.068/SP, da relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, do Supremo Tribunal Federal, DJ 25.10.1967). *Essa distinção, contudo, não tem mais efeitos práticos para fins de imposição da multa diária. Com efeito, o artigo 461-A, § 3º, do CPC, estendeu a previsão de possibilidade de imposição de multa diária ao réu por atraso na obrigação de fazer (art. 461, § 4º) à obrigação de entrega de coisa*. Dessarte, na espécie, deve ser aplicado o mesmo raciocínio adotado por esta colenda Corte no que se refere às obrigações de fazer pela Fazenda Pública, ou seja, de que 'o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado' (AGREsp 554.776/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 6.10.2003). Assim, de acordo com a r. sentença de primeiro grau, condeno o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer os medicamentos imprescindíveis à autora, portadora de problemas cardíacos e com depressão, sob pena de imposição da multa diária, reduzida para 10 salários mínimos. Saliente-se, por fim, que não se sustém o entendimento da Corte de origem no sentido de que a condenação da Fazenda ao pagamento de multa diária é medida inócua. Com efeito, não se desconhece que cabe ao Estado responsabilizar civil, penal e/ou administrativamente o agente público que deixa de cumprir obrigação proveniente de determinação judicial. Recurso especial provido em parte, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer os medicamentos imprescindíveis à autora, sob pena de imposição de multa diária de 10 salários mínimos."
> (STJ, RESP 704830, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 28/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 374) (destaquei)

No mais, verifico que a sentença homologatória do acordo celebrado entre as partes foi proferida em 09/01/2002, em que se convencionou que o débito do INCRA seria pago em TDAs, com cinco anos para resgate, a partir do segundo ano (fls. 34/37), sendo que em fevereiro/2008 o juiz da causa, pelo descumprimento da obrigação, fixou a multa diária em R$ 500,00 (fl. 48), majorada para R$ 1.000,00 em maio/2008, pelo não atendimento à ordem judicial, ao fundamento de que o INCRA teve seis anos e quatro meses para entregar aos expropriados os TDAs e não o fez, até aquele momento (fls. 15/16).

Nada justifica o procedimento recalcitrante do agravante, em verdadeira afronta à autoridade da coisa julgada e da ordem judicial de adimplemento da obrigação, nem mesmo o alegado interesse público que, diga-se, não restou demonstrado nos autos.

E como bem destacou o *Parquet* Federal em seu Parecer, "um acordo judicial homologado deve ser cumprido, sob pena de ferir o direito fundamental à segurança jurídica, principalmente no caso em comento, de ação de desapropriação, a qual envolve, também, o direito fundamental à propriedade, 'ex vi' artigo 5º, 'caput', e inciso XXXVI, da Constituição Federal", que também transcreve aresto do STJ que elucida as questões trazidas nas razões recursais, inclusive quanto ao valor da multa fixada na decisão agravada, aqui também reproduzido:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DESAPROPRIATÓRIA. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO FEDERAL DE EMISSÃO DAS TDA's. ART. 14 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93. DESATENDIMENTO DA PROVIDÊNCIA PELO INCRA. IMPOSIÇÃO DE MULTA COM AMPARO NO ART. 644 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE DISSENSO PRETORIANO. PRESERVAÇÃO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.
> I - Em exame recurso especial apresentado por Sérgio Ugolini e cônjuge, mediante o qual objetiva desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região, que dispôs não ser possível impor ao INCRA a multa prevista no artigo 644, do Código de Processo Civil, em razão de descumprimento de sentença que determinou a expedição de TDA's devidas aos recorrentes. O acórdão recorrido utilizou o fundamento de que: a) não se aplica no caso vertente as regras dos artigos 644 e 645 do CPC, uma vez que se trata de sentença proferida em ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, devendo ser empregado o disposto no art. 604 do CPC; b) é incabível a imposição de multa em razão da não-expedição de TDA's no prazo estabelecido pelo Juízo da causa, porquanto, além de serem emitidos com cláusula de preservação do valor real, o art. 184, *caput*, da Constituição Federal, não autoriza a criação desses títulos no mesmo exercício em que houve a determinação judicial.
> II - Como se evidencia dos autos, a autarquia expropriante não disponibilizou ao Juízo da causa as TDA's, tal como estabelecido na LC 76/93. Vê-se às fls. 02/07, de forma diversa, que se invoca uma série de procedimentos administrativos para justificar o não-atendimento da exação judicial. Não há, no presente caso, o óbice constitucional e processual invocado pelo INCRA. Há, em sentido diametralmente oposto, tão-somente, hipótese de descumprimento de decisão judicial, prolatada com amplo fundamento legal, cercada de razoabilidade e dirigida à estrita preservação de princípios de direito basilares, tais como o respeito ao direito à propriedade, à independência e harmonia dos poderes constituídos e, principalmente, o da entrega efetiva da jurisdição ao cidadão.
> III - No caso em exame, a decisão emitida pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Bahia, (atacada por agravo regimental do INCRA, que restou provido pelo acórdão recorrido), limitou-se a imprimir regular efetividade à jurisdição prestada, aliás, como expressamente dispõe o artigo 14 da LC 76/93: 'Art. 14. O valor da indenização, estabelecido por sentença, deverá ser depositado pelo expropriante à ordem do juízo, em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e, em Títulos da Dívida Agrária, para a terra nua.'
> IV - O pedido de restabelecimento da imposição de *astreintes* ao INCRA, apresentado em recurso especial, mesmo alcançando a Fazenda Pública, consoante já

reconhecido pela jurisprudência deste Superior Tribunal da Justiça, configura medida processual de inteira adequação, porquanto vinculada à garantia de efetiva e imediata observância da tutela jurisdicional que fora prestada.
V - Recurso especial conhecido em parte, e, nesta, provido, com a finalidade de que, restabelecido os termos da decisão agravada em primeira instância (fl. 08), seja imposta diariamente ao INCRA, em caso de descumprimento da medida judicial que determinou a pronta expedição das TDA's e até que estas sejam regularmente emitidas, a multa estabelecida no art. 644 do CPC, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais)."
(STJ, RESP 778217/BA, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 26/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 304)

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo de instrumento.
É o voto.
Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0008070-98.2011.4.03.0000
2011.03.00.008070-2

Agravante: HELLEN KEYSE RODRIGUES
Agravado: CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL - CRESS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AI 434499
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/08/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO PROVISÓRIA NOS QUADROS DO CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL. INDEPENDENTE DO RECONHECIMENTO DO CURSO DO MEC.

A agravada encontra-se credenciada pelo MEC a ministrar o ensino à distância do curso de Serviço Social, nos termos da Portaria nº 4.069/2009.

O Decreto nº 5.773/2006 dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.

No artigo 46 do referido decreto restou disciplinado que a oferta de educação à distância é sujeita a credenciamento específico, nos termos de regulamentação própria.

A jurisprudência vem admitindo a concessão de inscrição provisória no Conselho Regional Profissional, quando o aluno o concluiu, e o curso ainda não se encontra devidamente reconhecido pelo MEC.

Agravo a que se dá provimento.

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 ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de agosto de 2011.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator).

Trata-se de agravo de instrumento interposto, neste Tribunal, por HELLEN KEYSE RODRIGUES, contra a decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara de Campo Grande que, em sede de ação declaratória c/c obrigação de fazer, indeferiu a tutela antecipada, em que objetivava a inscrição provisória nos quadros do Conselho Regional de Serviço Social, independentemente de reconhecimento do curso pelo MEC.

Alega a agravante que o curso de serviço social à distância, no qual a autora colou grau, é oferecido pelo Centro de Educação à Distância da Universidade Anhanguera - UNIDERP, por satélite, agregando aulas presenciais transmitidas ao vivo.

Assevera que o Projeto Pedagógico do referido curso de serviço social na modalidade à distância, implantado no primeiro semestre de 2007, foi elaborado tomando-se por base as orientações traçadas na Resolução nº 15/2002, que estabeleceu as Diretrizes Curriculares para os cursos de Serviço Social, na Lei nº 8.662/93, que regulamenta a profissão de Assistente Social, bem como nas Diretrizes Curriculares para o Curso de Serviço Social, aprovadas em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 08.11.1996.

Relata que a universidade encontra-se credenciada para atuar no ensino a distância por meio da Portaria nº 4.069/2005, nos termos do que determina o art. 67 do Decreto nº 5.773/2006, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de Educação superior e cursos superiores de graduação e sequências no sistema federal de ensino.

Recurso processado com a concessão do efeito suspensivo (fls. 59/61).

Com contraminuta.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator).

Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, assim decidiu o então relator:

"Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.

Depreende-se dos documentos trazidos à colação, que a UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP encontra-se credenciada pelo MEC a ministrar o ensino a distância do curso de Serviço Social, nos termos da Portaria nº 4.069/2005, e que a ora agravante concluiu o referido curso (fls. 42).

O Decreto nº 5.773/2006 dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.

No artigo 46 do referido decreto restou disciplinado que a oferta de educação a distância é sujeita a credenciamento específico, nos termos de regulamentação própria.

Estabelece o artigo 1º da Portaria nº 4.069/2007 do Ministério da Educação o seguinte:

'Credenciar, pelo prazo de 5 (cinco) anos, a Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP, com sede na cidade de Campo Grande, Estado Mato Grosso do Sul, mantida pelo Centro de Ensino Superior de Campo Grande - CESUP, para a oferta de cursos superiores a distância.'

Dispõe o artigo 63 da Portaria 40/2007 do MEC:

'Os cursos cujos pedidos de reconhecimento tenham sido protocolados dentro do prazo e não tenham sido decididos até a data de conclusão da primeira turma

consideram-se reconhecidos, exclusivamente para fins de expedição e registro de diplomas.

Parágrafo único. A instituição poderá se utilizar da prerrogativa prevista no *caput* enquanto não for proferida a decisão definitiva no processo de reconhecimento, tendo como referencial a avaliação.'

A jurisprudência vem admitindo a concessão de inscrição provisória no Conselho Regional Profissional, quando o aluno o concluiu, e este ainda não se encontra devidamente reconhecido pelo MEC, *in verbis*:

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA POR ENTIDADE RECONHECIDA PELO MEC PARA EFETIVAR REGISTRO PROVISÓRIO. 1. A Lei nº 5.081/66 que regula o exercício da odontologia, dispõe que "o exercício da Odontologia no território nacional só é permitido ao cirurgião-dentista habilitado por escola ou faculdade oficial ou reconhecida, após o registro do diploma na Diretoria do Ensino Superior, no Serviço Nacional de Fiscalização da Odontologia, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade". 2. Não se apresenta razoável a negativa de inscrição provisória dos impetrantes no Conselho Regional de Odontologia ante a falta de reconhecimento do curso pelo MEC, uma vez que pela documentação acostada aos autos, a faculdade em que os impetrantes concluíram todos os créditos do curso e colaram grau está em processo de reconhecimento perante o referido Ministério, conforme a Portaria nº 716/2002-MEC. 3. Ademais, a Portaria nº 3.486/2002-MEC, que dispõe sobre a prorrogação do reconhecimento e da renovação do reconhecimento de cursos de graduação do sistema federal de ensino, autoriza a expedição e registro em caráter provisório de diplomas dos alunos de odontologia da faculdade em que os impetrantes concluíram o curso. 4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.'

(TRF 1ª Região, AMS 200341000005825, Relator Juiz Federal Cleberson José Rocha, julgamento em 12/09/2008, publicado no DJ 03/10/2008)

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. INSCRIÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO DO CURSO DE ARQUITETURA DA UFMT (INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR OFICIAL) PELO MEC. NEGATIVA DO REGISTRO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NECESSIDADE DE RESPALDO EM FACE DA LEI 5.194/68. 1. Em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XIII e do princípio da razoabilidade, direito assiste às impetrantes em obter as respectivas inscrições junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia CREA - MT, mormente quando lhes foram outorgados atestados de conclusão do curso de Arquitetura e Urbanismo pela UFMT, instituição oficialmente reconhecida, a fim de que pudessem gozar de todos os direitos e prerrogativas legais. 2. A legislação de regência faculta o exercício da profissão de arquiteto(a), mediante registro provisório no Conselho Regional, aos diplomados por escolas ou faculdades de arquitetura, oficiais ou reconhecidas. Assim, mesmo que o curso não seja ainda reconhecido pelo MEC, o portador do respectivo diploma terá direito à inscrição provisória, desde que tenha realizado o curso em instituição de ensino oficial. 3. Precedentes desta Corte: REO 1997.01.00.041900-8/GO, Rel. Juiz Aloisio Palmeira Lima,

Primeira Turma, DJ p. 31 de 29/06/2000; AMS 89.01.22017-2/MG, Rel. Juiz Euclydes Aguiar, Primeira Turma, DJ p. 11736 de 04/06/1990; REO 2001.38.00.043226-1/MG, Rel. Desembargador Federal Souza prudente, Sexta Turma, DJ p. 95 de 18/03/2003. 4. Remessa oficial não provida.'

(TRF 1ª Região, REOMS 200236000073652, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, julgamento em 02/02/2010, publicado no DJ em 12/02/2010)

'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO PARA O EXAME DE ORDEM. OAB. EXIGÊNCIA DE CONCLUSÃO DE CURSO EM ESTABELECIMENTO RECONHECIDO PELO MEC. 1. A Lei 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, prescreve em seu art. 8º, II, que para inscrição como advogado é necessário diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada. 2. Uma vez que não há previsão legal de exigência de reconhecimento do curso ou instituição no MEC para inscrição nos quadros de advogados da OAB, não pode o Conselho Federal da Ordem fazê-lo com base no Provimento 109/05, sob pena de violar-se princípio constitucional segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/1988). 3. Não se pode exigir do estudante que aguarde, por prazo indeterminado, estagnado no mercado de trabalho, a conclusão do processo de reconhecimento do curso, mormente quando, na visão do legislador, já cumpriu as exigências para ingressar na carreira de advogado, faltando-lhe apenas a realização do exame de ordem. 4. Remessa oficial a que se nega provimento.'

(TRF 1ª Região, REOMS 200733000107880, Relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, julgamento em 17/04/2009, publicado no DJ 28/08/2009)

'PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-CONFIGURAÇÃO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE RONDÔNIA. CURSO AUTORIZADO, MAS AINDA NÃO RECONHECIDO AO TEMPO DO PEDIDO DE REGISTRO DO DIPLOMA. INDEFERIMENTO DO PLEITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. Na hipótese vertente, na data da impetração do *mandamus* (8.1.2003), as autoras já haviam colado grau, conforme documentos acostados aos autos. Contudo, ainda não possuíam os respectivos diplomas, razão pela qual lhes foi deferida a inscrição provisória no Conselho Regional de Odontologia de Rondônia, conforme facultam os arts. 115 e 116 da Resolução nº 30/2002 do Conselho Federal de Odontologia. Posteriormente, por ocasião da prolação da sentença (15.4.2003), já havia decorrido tempo suficiente para a expedição do diploma, sendo plausível o deferimento da inscrição definitiva das impetrantes, sobretudo porque o não-reconhecimento do curso pelo MEC, alegado pelo impetrado como óbice à expedição do aludido documento (diploma), não se constitui em motivo suficiente para o indeferimento do registro das autoras no CRO/RO, conforme a jurisprudência consolidada por esta Corte. Não há assim, que se falar em julgamento *extra petita*, sob o argumento de que, tendo as impetrantes formulado pedido de inscrição provisória, a sentença deferiu a inscrição definitiva. 2. "A autorização de funcionamento dada a um curso superior importa, apenas, na sua sujeição a um período de

observação, probatório, para fins de futuro reconhecimento pelo MEC. Portanto, a menos que seja identificada nesse espaço de tempo alguma irregularidade, o curso autorizado pela autoridade educacional gera efeitos concretos em relação aos alunos que dele participam de boa fé, os quais fazem jus, ao final, ao diploma de conclusão e respectivo registro". (AMS 95.01.22733-2/RO, Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior, Primeira Turma, DJ p.64041 de 18/08/1997) 3. Nessa linha de entendimento, têm as impetrantes direito à inscrição definitiva no CRO/RO, porquanto a instituição na qual concluíram o curso de Odontologia (Faculdades Integradas Maria Coelho de Aguiar - FIMCA) estava, no período em que frequentaram as aulas, em situação regular no que tange ao seu funcionamento, tendo, inclusive seus dados cadastrados no sistema SIAPEnS/MEC, conforme ressaltado pela digna Juíza *a quo*. 4. Apelação e remessa oficial desprovidas.'

(TRF 1ª Região, MAS 200341000001400, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, julgamento em 02/02/2010, publicado no DJ de 12/02/2010)

Dessa forma, parece-me demasiado danoso ao agravante a não concessão da inscrição provisória.

Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente neste momento de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante demonstrou a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo.

Dê-se ciência do teor desta decisão ao Juízo *a quo*, com urgência.

Intime-se a agravada, nos termos do artigo 527, V, do CPC.

Intimem-se."

Assim, não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

Dessa forma, merece reforma a r. decisão atacada.

Ante o exposto, voto para dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0027841-62.2011.4.03.0000
(2011.03.00.027841-1)

Agravantes: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO E UNIÃO FEDERAL
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: DELTA CONSTRUÇÕES S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AI 452279
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/09/2011

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO* contra decisão que, em ação civil pública, deferiu liminar para determinar a imediata paralisação da obra de construção do terceiro terminal de passageiros do Aeroporto de Guarulhos - denominado terminal remoto, proibindo, inclusive, que a ora agravante efetue qualquer pagamento à empresa Delta Construtora, até o julgamento final da ação.

Inicialmente, esclarece a agravante que o objeto da lide não tem qualquer relação com Terceiro Terminal de Passageiros, mas sim com o Terminal Remoto.

Explica que o Terminal Remoto consiste em obra de menor envergadura e tem caráter emergencial para evitar que o Aeroporto de Guarulhos entre em colapso no período de grande movimentação de final de ano.

Sustenta que não houve qualquer inércia da Administração Pública para iniciar procedimento de licitação para ampliação do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Justifica que houve um crescimento extraordinário da demanda de passageiros no mencionado aeroporto, acima de sua expectativa técnico-operacional.

Alega que, segundo o Relatório Técnico nº 02/2011/DO, da Superintendência de Gestão Operacional da INFRAERO - DOGP, o movimento de passageiros no referido aeroporto, no primeiro semestre de 2011, registrou um crescimento de 16% em relação ao mesmo período do ano anterior.

Afirma que, de acordo com o Relatório Técnico nº 01/2011/DO, o Aeroporto de Guarulhos apresentou nos últimos vinte anos uma taxa média de crescimento anual da ordem de 7% (no que se refere ao movimento de passageiros) e de 4,4% (no que tange ao movimento de aeronaves).

Atesta que, de acordo com referido relatório, o movimento verificado entre 2009 e 2010 é muito superior à tendência histórica observada registrando taxas de 23% e 19,95% para passageiros e aeronaves, respectivamente.

Declara que diante do dever legal de prover a continuidade do serviço de infraestrutura aeroportuária e da necessidade de ampliação da capacidade operacional do aeroporto, foi obrigada a contratar serviços de implantação do Terminal Remoto como forma de solução rápida de um problema grave e de gigantesco impacto social.

Frisa que a contratação da empresa construtora se amoldou à previsão contida no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Menciona que, mesmo que a contratação tivesse ocorrido por falta de planejamento do Poder Público, não seria impeditivo da dispensa de licitação por emergência.

Assegura que a empresa Delta Construções S/A não foi escolhida aleatoriamente para a realização dos serviços de construção do Terminal Remoto do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Garante que, buscando maior transparência possível, emitiu a correspondência CF nº 14304/DA/2011, a várias empresas de grande porte na construção civil do País, dando conhecimento do interesse na contratação e requisitando propostas comerciais.

Afirma que foram convidadas 06 (seis) empresas, dentre as quais não se encontrava a Delta Construções S/A.

No entanto, assevera que a referida empresa se apresentou espontaneamente e foi aceita no certame por apresentar o menor preço, inferior inclusive ao estimado pela ora agravante.

Aduz que, embora o convite inicial tenha sido dirigido a 06 (seis) grandes empresas, não houve qualquer restrição à participação de outras empresas interessadas.

Requer a concessão do efeito suspensivo.

DECIDO.

Preceitua o art. 558, "caput", do CPC, que o relator poderá, a requerimento do agravante, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento de decisão até o pronunciamento definitivo da Turma ou Câmara.

E esta é efetivamente a situação dos autos.

Evidente a gravidade da lesão com a suspensão dos trabalhos que estão sendo realizados em caráter emergencial pela empresa contratada, para a construção de *Terminal Remoto* em área da Infraero dentro do Aeroporto Internacional de Cumbica, em Guarulhos.

É importante consignar que não se trata do Terceiro Terminal de Passageiros, consoante pretende induzir o Ministério Público Federal, mesmo porque em relação a este terceiro terminal a comunicação levada a conhecimento público pela Secretaria da Aviação Civil da Presidência da República, informa que será destinado por concessão à iniciativa privada.

Os inquéritos levados a efeito pelo Ministério Público Federal restringem-se ao Terceiro Terminal e não ao terminal remoto.

Não parece ser o caso de lançar-se sobre a administração impetrada o viés de negligencia administrativa, mesmo porque em inúmeras licitações, presentes evidente e inexorável interesse público, por muitas e muitas vezes, obras e realização são coartadas pelas dificuldades decorrentes de perverso licenciamento ambiental, exceção no mundo avançado pelos entraves colocados aos empreendedores.

Demais disso cumpre acrescer que o aumento do fluxo de passageiros, tal como analisado nos autos deste recurso, indica a necessidade de urgentes providências, que foram tomadas com todas as cautelas e de imediato pela atual administração federal. Não há pois que se impor aos administradores, qualquer atuação desmensurada e desproporcional às necessidades visíveis do país em matéria de aprimoramento das condições aeroportuárias do Estado com maior demanda no país.

Observo ainda que se equivocou o Ministério Público pelo excesso apresentado em sua inicial. Com efeito, não se trata de obra visando atender às necessidades ocasionais e futuras da Copa de 2014, e a afirmação de que a agravante pretende com as obras em curso, criar uma "urgência provocada" para emparedar o TCU, o MPF e o Judiciário é no mínimo leviana.

Deveras, ressalta dos autos que analisando o fluxo de passageiros, em decorrência de demanda crescente, pelo acesso mais amplo às demais camadas sociais da população, observou a empresa recorrente que se não se adequasse devidamente à capacidade operacional do Aeroporto de Guarulhos, teríamos logo mais, nas férias do final do ano, caos aéreo.

Observe-se que segundo as estimativas, projeta-se para o final de 2011 mais de 31,5 milhões de passageiros, enquanto que a capacidade instalada do aeroporto é de 25 milhões de passageiros.

Este fato por si, já se configura elemento identificador da dispensa de licitação, aliás utilizada com absoluta razoabilidade.

Explica-se a alocução pelo fato de terem sido consultadas, em relação ao projeto criado e discutido pela empresa recorrente, cerca de 6 (seis) grandes empresas e a vencedora do certame, que sequer houvera sido convidada a participar, apresentou-se e entregou proposta bem mais vantajosa para a Administração.

O certo é que as obras estão em ritmo acelerado, com o cumprimento de prazos e dentro do cronograma necessário para fazer face às necessidades de adaptação do mencionado aeroporto.

A lei ampara o administrador público nessas situações de extremada urgência, ao preceituar na Lei nº 8.666/93, a dispensa de licitação, “in verbis”:

> “Art. 24 - É dispensável a licitação:
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, Brás, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.”

É evidente que a Administração não poderia esperar que esse incremento de passageiros, inusual, viesse a se convolar em situações de risco de todos os tipos para os passageiros que ali acorrem. Por isso mesmo a emergencial atuação a tempo e modo para que se afaste a iminência de um colapso operacional.

A hipótese dos autos é de segurança pública também haja vista os tumultos que se formam dentro dos aeroportos sem as condições de atender com um mínimo de dignidade os passageiros.

Ressalte-se que o Terminal de Passageiros nº 03 está em estudos perante a Secretaria Estadual do Meio Ambiente, e não tem qualquer relação com o Terminal Remoto, objeto destes autos.

Para que se anulasse o procedimento bem como se procedesse ao embargo das obras é importante indagar se houve ilegalidade no ato perpetrado ou mesmo se dele decorreu lesão aos cofres públicos.

A resposta é negativa, à vista dos elementos probatórios juntados aos autos.

A lei admite expressamente o procedimento eleito. Portanto nenhuma ilegalidade. Bem verdade que é sempre melhor que se proceda à previa licitação. Mas em ocorrendo

a urgência, a necessidade em atender ao interesse público primário, deve prevalecer sobre os regramentos ordinários.

Não houve qualquer lesão aos cofres públicos. Lesão haverá sim, se os passageiros inatendidos ingressarem com centenas de ações de ressarcimento contra a agravante, por desídia na prestação do serviço público, por falha nos serviços pelas quais paga a taxa de embarque.

Por último, ressalto que a paralisação das obras trará de imediato o prejuízo de aproximadamente R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), considerando-se que mais de 20% das obras encontram-se concluídas, conforme documento acostado aos autos.

Assim considerando concedo o efeito suspensivo ao presente agravo, como requerido determinando o prosseguimento das obras de construção do Terminal Remoto de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Dê-se ciência desta decisão ao MM. Juízo “a quo”.

Intime-se o agravado para os fins do inciso V, do art. 527, do CPC.

Int.

São Paulo, 14 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

DIREITO CONSTITUCIONAL

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0006899-90.2007.4.03.6000
(2007.60.00.006899-2)

Apelantes: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E UNIÃO FEDERAL
Apelado: REGIS DE SOUZA COSTA (incapaz)
Representante: REGINALDO BRITO DA COSTA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: ApelReex 1588970
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FASE DE INSTRUÇÃO ENCERRADA. MANIFESTAÇÃO SOBRE LAUDO PERICIAL, JUNTADA DE DOCUMENTO E CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA: INVIABILIDADE. DIREITO À SAÚDE. ARTIGOS 6º, 196 E 205, CF. CUSTEIO DE INTERNAÇÃO. PORTADOR DE AUTISMO. REGIME DE INTERNATO INTEGRAL. ENTIDADE DE NATUREZA PRIVADA, NÃO INTEGRANTE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DA FAMÍLIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DE TODOS OS ENTES POLÍTICOS ACIONADOS. SOLIDARIEDADE. LEI 10.216/2001. POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO E PRINCÍPIO DO TRATAMENTO ADEQUADO. PORTADOR DE TRANSTORNOS MENTAIS. PERÍCIA JUDICIAL. RECOMENDAÇÃO: INTERNAÇÃO PARCIAL NO LOCAL DE RESIDÊNCIA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE - SUS. CENTRO DE ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL - CAPS. EXIGÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO, ASSISTÊNCIA E INTEGRAÇÃO DA FAMÍLIA. IMPORTÂNCIA MÉDICA E JURÍDICA DA AÇÃO FAMILIAR NA REEDUCAÇÃO, APRENDIZADO, RESSOCIALIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO PORTADOR DE AUTISMO. COMPROVAÇÃO DE VAGA EFETIVA NO LOCAL. PROVIMENTO PARCIAL DAS APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL.

1. Sentenciado o feito, após oportunidade postulatória, impugnativa e probatória, não é cabível conversão em diligência para permitir, depois de pautado o feito, impugnação ao laudo médico-judicial, de que tiveram ciência as partes para manifestação, e tampouco cabe juntada de relatório, que não trata de fato novo, mas apenas reitera e busca reforçar o que já consta ou deveria ter constado da prova, cuja produção foi facultada a tempo e modo pelo Juízo.

2. É solidária a responsabilidade dos entes federados, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, na promoção e garantia do direito à saúde e vida, seja no fornecimento de medicamentos, seja no tratamento médico específico, imediato ou continuado. Não se sujeita tal solidariedade à análise legislativa da divisão interna das atribuições conferidas a cada ente político, não se eximindo, pois, a União de ser acionada a pretexto de estar apenas incumbida da gestão e financiamento do sistema. A inoperância no atendimento ao necessitado, mesmo que atribuída a ação ou omissão a Estado ou Município, compromete, essencialmente, a estrutura e a própria concepção e idéia de sistema, determinando a responsabilidade de todos

os seus integrantes pelo restabelecimento de sua eficácia tal qual constitucionalmente assegurada.

3. Tem relevo constitucional a causa, pois o constituinte afirmou e consagrou, como fundamental o direito à saúde, atribuindo ao Poder Público o dever de promover políticas públicas específicas, e conferindo aos necessitados a prerrogativa de reivindicar a garantia de acesso, universal e gratuito, a todos os medicamentos e tratamentos disponíveis, preventivos ou curativos. A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Sistema Único de Saúde - SUS, erigiu à condição de princípio o atendimento integral (artigo 198, II), concretizando o compromisso estatal com a promoção da saúde, mediante pleno acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias e medicamentos, e o que mais necessário à tutela do direito fundamental. A compreensão do direito, assim construído em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite rejeitar fundamentos econômicos e orçamentários levantados pelo Poder Público.

4. O caso dos autos trata do custeio, pelo Poder Público, do regime de internamento do autor, portador de autismo infantil, em tempo integral, em estabelecimento privado de escolha da família. Acerca da realidade familiar, econômica e social, não existe qualquer laudo, pesquisa ou parecer de assistente social; constando apenas que o pai do autor é professor universitário, altamente qualificado, com doutorado, vínculo profissional com universidades, INEP/MEC e CNPq. Para atestar renda familiar, foi juntado não a declaração do imposto de renda, com o informe completo dos rendimentos auferidos, mas somente o comprovante de pagamento da universidade privada de maio de 2007, sem que exista qualquer informação sobre a mãe do autor para permitir uma conclusão acerca da condição familiar.

5. Há narrativa de que, desde o diagnóstico de autismo aos 3 anos de idade - segundo informações verbais dadas ao perito judicial, pelo pai do autor-, e do início de tratamento médico aos 5 anos até quase os seus 21 anos de idade, o autor teve convivência familiar e esteve matriculado, em entidades de ensino especial e atendimento clínico necessário, em Campo Grande/MS. Apesar do período longo, não existe documento acerca da situação médica do autor, para efeito de avaliação do seu quadro antes do internamento na entidade privada onde atualmente se encontra, constando apenas depoimento de médico neurologista, que nada declarou acerca do histórico médico do autor, embora o tenha atendido no período de maio de 1998 a julho de 2001. Certo é que, com ou sem indicação médica, o autor foi internado, em fevereiro de 2006, na Associação de Convivência Novo Tempo, em regime integral, localizada em Araçoiaba da Serra/SP, distante, por via rodoviária, cerca de 1.000 quilômetros de Campo Grande/MS. Permanece até hoje internado, tendo sido custeado o tratamento pela própria família. Ajuizada a presente ação em 13 de agosto de 2007, sem antecipação de tutela, concedida apenas na sentença, em 07 de junho de 2010, somente a partir das despesas relativas ao mês de setembro de 2010 é que o tratamento e internação passaram a ser custeados, por força de decisão provisória, com recursos públicos.

6. Embora diagnosticado o quadro de autismo infantil, não existe nos autos comprovação de prévia avaliação ou indicação médica para o internamento integral e, menos ainda, na distante localidade escolhida, por opção familiar. A única declaração médica favorável a tal forma de tratamento, que consta dos autos, foi dada

após a própria internação, por psiquiatra que passou a assistir o autor a partir de maio de 2006, fazendo referências apenas a características gerais da doença ("dificuldades de relacionamento interpessoal"), como se todo portador da doença devesse ser, necessariamente, internado e segregado do convívio social e familiar. A entidade de internação do autor "se caracteriza por ser um lar, uma residência e não uma clínica, um hospital ou uma escola", e seu objetivo é "oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência". Não se oferece tratamento ou acompanhamento médico na internação, sendo da família a responsabilidade por providenciar médico quando necessário. Os profissionais, no regime de internação, prestam serviços de acompanhamento, orientação e treinamento para a vida diária, com oficinas ocupacionais, lazer e recreação, e não tratamento médico. A casa não é especializada em autistas, de modo que eventual melhora na condição do autor - ainda que admitida, apesar da falta de parâmetro anterior, e mesmo considerando que o laudo oficial não foi conclusivo na melhora, mas apenas atestou estabilidade - não pode ser comprovadamente atribuída à internação nem conduzir à certeza de que haverá regressão ou estagnação na condição médica, caso lhe seja assegurado o direito de conviver com a família, dentro dos preceitos e recomendações feitas pela medicina e amparada na legislação especial, que instituiu a política nacional de saúde pública para os portadores de transtorno mental.

7. Em Juízo, foi feita perícia por profissional com especialidade psiquiátrica. As partes não indicaram assistentes técnicos e, assim, não houve pareceres técnicos divergentes. Em resumo, o perito judicial atestou o seguinte: (I) doença diagnosticada: autismo infantil, com características que lhe são próprias (desenvolvimento anormal ou alterado, prejuízo nas interações sociais, em termos de comunicação/linguagem e comportamento - repetitivos e focalizados, medos, alterações no sono e na alimentação, crises de birra e agressividade contra si e contra terceiros), classificada como Transtorno Global do Desenvolvimento - TGD, CID F84 (autismo infantil - CID F84.0), que não se confunde com Retardo Mental, nas suas diversas modalidades, CID F70/F79; (II) necessidades: não se exige acompanhamento permanente de profissionais especializados, desde que familiares sejam treinados para lidar com suas dificuldades; e "necessita de uma instituição especializada em transtornos mentais graves" (lembrando que, na técnica médica, transtorno mental grave é diferente de retardo mental grave; e, na categoria dos TGDs - F84.0 a F84.9, F88 e F89, o autismo infantil é a modalidade mais severa); (III) tratamento contraindicado: "tratamento em regime integral é questionável e não é a recomendação para o tratamento do autismo"; regime de internação integral apenas em períodos de desestabilização ou troca de medicações; e a internação na Associação de Convivência Novo Tempo "Trará prejuízos em relação à distância dos pais e parentes do periciando, já que esta questão é considerada importante no tratamento de doenças mentais graves, cujo tratamento objetiva a melhora da socialização do indivíduo em seu meio"; (IV) tratamento indicado: "tratamento por tempo indeterminado, não sendo indicada a internação em regime integral, o tempo todo. O tratamento mais indicado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com períodos de internação em tempo integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em regime parcial na maior parte do tempo, incluindo

a presença e proximidade dos familiares"; "Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS, com participação e proximidade dos familiares"; "A presença dos familiares no tratamento de portadores de transtornos mentais graves, incluindo o autismo é de fundamental importância, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes"; (V) Associação de Convivência Novo Tempo: "A instituição em que está internado o autor não é especializada em autismo e sim em pacientes portadores de deficiência mental. Uma instituição próxima de sua família poderá beneficiar o tratamento do autor"; existe déficit parcial nos relacionamentos interpessoais do autor, "já que não há participação freqüente dos familiares"; "Embora a associação em que está internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos interpessoais mais significativos neste caso, os pais não tem sido contemplados"; (VI) atendimento no CAPS ou AMA: "tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em CAPS infantil e adulto - dependendo da idade do portador. Existe também a AMA (Associação de amigos do autista)"; "autor é maior de 18 anos e deve buscar tratamento em CAPS adulto"; e (VII) prognósticos na mudança de tratamento: "Não é possível prever se haverá retrocesso"; e "como qualquer doença mental grave os períodos de agitação e agressividade podem ocorrer independentemente do tratamento realizado".

8. O perito judicial não atestou a ineficácia do tratamento em clínicas multidisciplinares em tempo parcial, feito pelo autor em Campo Grande/MS, tendo, ao contrário, recomendado tratamento, no CAPS adulto ou AMA, permitindo proximidade e participação da família, contrariando a própria opinião familiar que motivou a internação em tempo integral em localidade distinta da residência respectiva. A internação, como atualmente ocorre, e o tratamento, tal como recomendado, são coisas bem distintas: a primeira, diante da situação estabelecida conduz ao isolamento quase completo do internado em relação à família, tendo sido relatado que apenas o pai faria visitas de quatro em quatro meses e, mesmo depois do custeio das despesas com a entidade, não se tem notícia nem comprovação de que tenha havido estreitamento ou maior participação dos familiares, e não apenas do pai, na reabilitação e socialização do autor; já o tratamento, tal como recomendado pela perícia judicial, comporta internação parcial como regra, em instituição pública ou privada, e integral somente nos episódios de crise, associada sempre à ênfase na constante interação e comprometimento da família com todo o processo de desenvolvimento do portador do autismo. Na avaliação pericial consta referência a episódios de crise como justificativa de internação e, ainda, assim, temporária. Todavia, não se verificou qualquer comportamento do autor além do típico da patologia, destacadamente o "alheamento", principal característica. Não houve relato de quadro de violência, a si ou a outrem, como traço freqüente no histórico da conduta do autor e, ao contrário, foi dito que a medicação ministrada, que nada revela de excepcional em termos de espécie ou quantidade, confere estabilidade ao quadro clínico, capaz de inibir e controlar agitação e mesmo a heteroagressividade, enquanto característica geral da doença. Até onde apurado, a doença do autor, com a correta medicação e atenção, não oferece risco concreto à integridade física, pessoal ou de terceiros, que justifique internação em caráter permanente. A psiquiatra, que assiste o autor, nem de longe tratou da hipótese de

internação como necessidade para garantir integridade física do próprio autor ou de terceiro. Ao contrário, o laudo judicial atesta a adequação dos medicamentos no tratamento e controle físico da interação do autor com o meio ambiente, objetos e eventualmente com terceiros. O relato restringe-se ao "alheamento", movimentos corporais estereotipados, sem estímulo ou causa, gritos sem verbalização, nada que, porém, denote causa justificadora, do ponto de vista médico, de internação e isolamento familiar do autor.

9. A internação em tempo integral, especialmente em entidades com estrutura de excelência e conforto para o doente, foi vista, pela família, ao que se percebe, como a melhor opção diante do desgaste imposto pela rotina, sistematização de procedimentos e restrições que o convívio com o portador do autismo tende a criar. A família, com membro portador de autismo, deve aprender a viver de forma diferenciada, adequada e necessária ao aprendizado mútuo que exige a presença de pessoa, que possui não apenas necessidades especiais, como qualidades especiais, que a maioria de nós ainda não aprendeu a enxergar ou, ainda pior, que alguns consideram ser motivo de discriminação, segregação e isolamento.

10. A internação em tempo integral, longe da família, privando o filho da assistência, não material, mas afetiva e emocional, não é recomendada, seja pela medicina, seja pela legislação, que regula a situação jurídica do portador de transtorno mental, atribuindo-lhe, apesar da incapacidade absoluta, direitos que não podem ser alienados, por quem quer que seja, ainda que pela própria família, da qual se exige participação e comprometimento no tratamento a fim de propiciar melhor condição de vida ao portador da doença. O Poder Público e as entidades, públicas ou privadas, podem auxiliar, mas não substituir a família nesta tarefa, porque ninguém melhor do que a mesma para atuar no acompanhamento, formação e desenvolvimento do portador da doença, não apenas porque exista dever no plano jurídico e moral, mas porque, terapeuticamente, já se reconhece a importância desta participação e interação familiar. A modo específico e próprio, com as restrições que cada situação individual impõe, o portador da doença pode ter a sua condição de vida melhorada no seio e com a assistência familiar, e esta parece ser a orientação que predomina no conceito e modelo médico vigente, tal como deixou expresso o laudo oficial.

11. O movimento "antimanicomial" não é apenas um conceito médico, um modelo legal, mas, paulatinamente, tem crescido como valor social, pautado pela valorização da integração e socialização, contra as políticas de segregação, isolamento e abandono familiar ou social.

12. A conclusão pericial não decorre apenas do que prevalece, hoje, em termos de modelo de tratamento aprovado e recomendado pela medicina, pois o que existe, efetivamente, é a transformação da experiência médica em política de saúde pública, estabelecida e consagrada pela legislação. A discussão, portanto, não se resolve apenas a partir de critério médico, nem de exame no plano abstrato e genérico de princípios constitucionais abertos, como dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), mas envolve, efetivamente, o exame de aspectos práticos e concretos da densidade normativa, que decorre da implementação legislativa de princípios através de normas instituídas para a proteção dos direitos dos portadores de transtornos mentais e reconstrução do modelo assistencial em saúde mental.

13. No caso concreto, a família formulou sua opção, antes mesmo de ajuizar esta ação, quando, em 2006, fez a internação do autor em tempo integral e o perito médico retratou, a partir do respectivo exame, o que a medicina recomenda em termos de tratamento. Cabe considerar, agora, como o legislador forjou, em termos legais, a consecução prática do princípio da dignidade da pessoa humana, que apresenta toda a sua força normativa em relação aos portadores de transtornos mentais, cuja capacidade cognitiva, decisória e de expressão, estando afetada, de forma parcial ou integral, pela doença, coloca nas mãos de terceiros a responsabilidade de definir o destino que o próprio doente não pode, por si, definir.

14. Neste processo existe mais do que a polêmica questão acerca da autoridade da família para definir, livre e absolutamente, o tratamento médico a ser aplicado a um de seus membros, em caso de incapacidade absoluta. O conflito, presente nesta ação, não se situa no plano estrito do direito de escolher, mas abrange a imposição ao Poder Público das conseqüências do exercício de tal opção e, assim, exige do Judiciário a atribuição, primeira e essencial, de formular um juízo de adequação, no plano médico e jurídico, da decisão adotada pela família quanto ao tratamento destinado ao autor, absolutamente incapaz. No plano médico, a perícia judicial trouxe a recomendação aplicável, cabendo, agora, examinar, sob o prisma jurídico da concretude legal, se encontra amparo a pretensão deduzida pelo autor, através do representante legal e genitor. A Lei 10.216/2001, em seu artigo 2º, parágrafo único, I, garante aos portadores de transtornos mentais "acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades", provando que o legislador valorizou e centralizou na pessoa e no interesse do doente, e não na opinião ou conveniência da família ou do Estado, todos os esforços para a satisfação de sua necessidade de tratamento. Desde logo, porém, estabeleceu o legislador a premissa de que não haverá internação, em qualquer de suas modalidades, salvo "quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes" (artigo 4º da 10.216/2001), o que se destinou, claramente, a combater a cultura da segregação, fortemente presente na política pública de saúde, por longo período, e ainda muito enraizada como prática social, em diversos níveis da sociedade. Erigiu-se, pois, como critério legal, constitucionalmente fundado, o do melhor tratamento conforme as necessidades do portador de transtorno mental vedada a internação como tratamento ou medida terapêutica, salvo insuficiência de recursos extra-hospitalares. Desse modo, o Estado não deve impor, oferecer ou facilitar internação injustificada em regime público ou privado, ainda que seja este o interesse ou a conveniência da família, se existir possibilidade de tratamento alternativo, mediante convívio e assistência familiar.

15. Para viabilizar o mandamento legal, que decorre de imperativo da própria Constituição Federal, foi criada estrutura de serviços para atendimento das necessidades inerentes a tais tratamentos. O Ministério da Saúde baixou a Portaria 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002, criando, em seu artigo 1º, os Centros de Atenção Psicossocial, em diferentes modalidades de serviço: CAPS I, CAPS II e CAPS III, conforme porte/complexidade e abrangência populacional, com capacidade para "realizar, prioritariamente o atendimento a pacientes com transtornos mentais severos e persistentes em sua área territorial, em regime de tratamento intensivo, semi-intensivo e não intensivo" (§ 1º). Lembremos que, conforme

classificação internacional de doenças, autismo infantil, transtorno global do desenvolvimento - TGD, é modalidade severa, grave e persistente da patologia, cujo tratamento é alcançado pelo sistema CAPS de atendimento psicossocial, não havendo prova alguma nos autos de que a rede criada exclua portadores de autismo infantil, os quais não são portadores de retardo ou deficiente mental (CID - 10).

16. A definição da solução, mediante aplicação do critério legal do *melhor atendimento segundo as necessidades do autor*, não deve partir, pois, da conveniência familiar ou do Poder Público, mas do que a medicina recomenda como técnica ou modelo de tratamento mais eficaz, senão para a cura, ao menos para garantir ao doente, condição de vida mais digna, o que, no caso dos portadores de autismo, inspira permanente e insistente busca do desenvolvimento da capacidade de socialização da criança, adolescente ou adulto acometido da enfermidade.

17. Os requisitos essenciais ao reconhecimento do dever do Poder Público de ofertar, gratuitamente, medicamento ou tratamento médico, estão, primeiramente, na efetiva necessidade econômica e social da família, devidamente provada nos autos, além de qualquer dúvida, o que sequer ocorre aqui; e, depois, a prescrição médica, atestando a eficácia e adequação do medicamento ou tratamento judicialmente pleiteado, o que, igualmente, não se tem concretizado nos autos. A opção pela internação em tempo integral, feita pela família, que busca respaldo financeiro do Poder Público para tal escolha terapêutica, não é compatível com os fundamentos da política pública de saúde mental, através da qual o Executivo é obrigado a investir, não em tratamento de internação privada, a custo que seja, a portadores de transtornos mentais, mas em tratamento público, através da criação de rede de atendimento que não privilegie a internação como método terapêutico, e muito menos ainda em instituições de características asilares (artigo 4º, *caput*, e § 3º, da Lei 10.216/2001), ainda que de excelência ou dotados de estrutura física e recursos humanos que possam garantir conforto para o paciente, e tranqüilidade à família. Ao contrário disso, o que a legislação foca é o dever do Estado de promover a assistência à saúde, com a "devida participação da sociedade e da família" (artigo 3º, da Lei 10.216/2001).

18. O autor tem direito social não apenas à saúde, mas à educação compatível com a sua necessidade especial. Quando o autor vivia em Campo Grande freqüentou entidades dedicadas à atividade de ensino, além da assistência médica, diferentemente da atual internação, cujas características são distintas e específicas. Embora não esteja esclarecido qual o grau de aprendizagem possível para o autor, vale lembrar que a legislação, através da garantia do acesso à educação especial (artigos 58 e seguintes da Lei 9.394/1996), quis evitar segregação, privilegiando sistema de ensino regular, fundado no conceito da especialização e do ensino complementar. A participação da família no processo educativo tem o tratamento legal de direito e garantia, fundamental pela importância que tem na formação de toda e qualquer pessoa, especialmente da portadora de transtornos mentais. Existe, pois, um sistema jurídico, por sua vez firme e fundado nos princípios de integração, inserção e socialização do portador de transtornos mentais, a partir da participação familiar, com assistência do Estado através de órgãos públicos ou privados conveniados para prestação de serviços e atendimento de saúde e educacional.

19. A alegação de que a família poderá participar e conviver de forma mais ativa

no "tratamento" do autor, se garantido o custeio público da internação privada, não justifica o acolhimento da pretensão deduzida. A visitação a cada 7, 15 ou 30 dias não significa efetiva participação no processo de desenvolvimento, interação e socialização do portador de autismo, o qual, de forma sabida, necessita de acompanhamento e participação familiar não apenas diária, mas em diversos momentos durante o próprio dia.

20. Quanto à suposta deficiência do sistema público existente em Campo Grande/MS, ainda que não disponível fosse o atendimento pela AMA, existe rede pública específica (CAPS i, CAPS I, CAPS II, CAPS III e CAPS AD), lembrando que, para o caso do autos, o tratamento deve ser feito junto ao CAPS destinado a adultos. Para atendimento de adultos, com transtornos mentais específicos, sem relação ou decorrência de uso de álcool ou outras drogas, o sistema de atendimento é o prestado pelo CAPS II e III. Existem três unidades de atendimento somente em Campo Grande, sendo que, no CAPS III, os serviços oferecidos são: "Funcionamento 24 horas para Urgência e Emergências. Oferece consulta médica ambulatorial de 2ª a 6ª feira, diurno, reguladas pelo SISREG; Atendimento psicossocial com equipe multiprofissional para moradores da região do grande Aero Rancho; Conta com equipe 24 horas composta por médico, enfermeiro, técnico de enfermagem, farmacêutico; Atendimento psicológico e social de urgência, diário até as 00:00h; Unidade de regulação das internações psiquiátricas do Município de Campo Grande; Dispensação de medicamentos controlados até as 23:00h; Exames laboratoriais de urgência para pacientes em observação na unidade; Realização de atividades educativas". Nada nos autos documentalmente prova que o CAPS, com a função e a estrutura previstas na legislação, não atenda ou não esteja preparada a fazer o atendimento de portadores de autismo infantil.

21. O direito ao atendimento mais adequado, com garantia de vaga na rede CAPS, significa, não adaptar o autor ao serviço possível, mas assegurar-lhe o tratamento consentâneo com as necessidades próprias do portador de transtorno mental, o que, porém, por igual, não significa nem garante, segundo a lei, que o modelo de casa de convivência - que não é clínica, hospital nem escola -, com recursos sofisticados a custo de serviço privado, deva ser adotado no âmbito do serviço público, gratuito e universal. O tratamento ambulatorial, fornecido pelo sistema público, é exatamente o que se destina a evitar o método de internação que, no caso do autos, é involuntária porque promovida por opção da família e, cabe recordar, toda internação é um ato de violência, ainda mais e, sobretudo, se o internado não pode decidir e não tem consciência do que se lhe impõe. A internação psiquiátrica, por exemplo, exige prévio laudo médico circunstanciado (artigo 6º, Lei 10.216/2001). Claro que o autor não se encontra em internação em hospital psiquiátrico, mas em casa de convivência, porém sem respaldo médico que justifique, comprovadamente, a impossibilidade de observar o modelo de tratamento ambulatorial, educação assistida e efetiva participação da família no desenvolvimento da socialização do autor.

22. O perito judicial, cabe reiterar, foi enfático em afirmar não ser indicada "internação em tempo integral, o tempo todo"; aduzindo que o "tratamento em regime integral é questionável e não é a recomendação para o tratamento do autismo"; "O tratamento mais indicado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com

períodos de internação em tempo integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em regime parcial na maior parte do tempo, incluindo a presença e proximidade dos familiares"; o autor não necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados, "desde que os familiares sejam treinados para lidar com suas dificuldades"; "A presença dos familiares no tratamento de portadores de transtornos mentais graves, incluindo o autismo é de fundamental importância, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes. Embora a associação em que esteja internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos pessoais mais significativos, neste caso, os pais não tem sido contemplados"; "Nos últimos anos, desde a reforma psiquiátrica, tratamento em tempo integral não são (*sic*) indicados para o tratamento dos diversos transtornos mentais, incluindo o autismo. Internações em tempo integral são necessárias em períodos de desestabilização ou troca de medicações. Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS, com a participação e proximidade dos familiares"; "necessita de uma instituição especializada em transtornos mentais graves", "Os CAPS são indicados e especializados para o tratamento de transtornos mentais graves, inclusive o autismo"; "O tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em CAPS infantil e adulto - dependendo da idade do portador. Existe também a AMA (Associação de Amigos do Autista)"; sendo o autor maior de 18 anos, "deve buscar o tratamento em CAPS adulto".

23. Além da conclusão pericial e da exposição da política pública aplicável, é importante destacar que entidades privadas, dedicadas a dar assistência, apoio, informação, orientação e esclarecimentos a familiares de portadores de autismo, dentre as quais a "A & R", em cartilha informativa dirigida aos pais, adverte que o tratamento para o "autismo normalmente é um programa intenso e abrangente que envolve a família toda da criança e um grupo de profissionais", sendo que "alguns programas podem ser feitos em casa, e incluir profissionais especialistas e terapeutas treinados, ou podem incluir seu treinamento como terapeuta para seu filho sob a supervisão de um profissional. Outros programas são colocados em prática dentro de uma instituição especializada, na sala de aula ou na escola de educação infantil. Não é incomum uma família optar por combinar mais de um método de tratamento". "Os tratamentos intensivos para os sintomas principais do autismo abordam as questões sociais, de comunicação e cognitivas centrais do autismo. Os tratamentos para os sintomas associados abordam os desafios comumente associados ao autismo, mas não específicos do transtorno. Seu filho pode ter problemas como alergias, intolerâncias alimentares, problemas gastrointestinais ou distúrbios do sono, que também precisão ser tratados. Os programas de tratamento podem combinar as terapias para os sintomas principais com aquelas para os sintomas associados". As técnicas utilizadas no tratamento destacam o papel fundamental da família, e não apenas de técnicos e especialistas profissionais, outras abordagens possíveis no atendimento próprio ao autista, e intervenções médicas. Tais elementos e informações, derivadas da experiência prática de quem lida diretamente com a questão do autismo e com grande envolvimento familiar, reforçam a conclusão lançada pelo perito judicial que, por sua vez, tem amparo na legislação especial, instituída para o atendimento de portadores de transtornos

mentais e para o redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental (Lei 10.216/2001).

24. O exame dos autos, dirigido pela perspectiva médico, jurídica e humanitária, impõe o reconhecimento da adequação do tratamento, não por internação em regime de tempo integral em localidade distante, mas no próprio município declarado como residência familiar, a fim de permitir com o atendimento, em tempo parcial, na rede CAPS, a participação e o convívio familiar, consagrados como essenciais no tratamento do portador de autismo. Necessário, porém, que seja documentada nos autos a efetiva existência de vaga para a transferência do autor do estabelecimento em que se encontra para Campo Grande/MS, devendo isto ocorrer com devido e necessário acompanhamento médico, considerando, inclusive, as necessidades de alteração ou adequação da medicação no período de readaptação no novo ambiente. Em suma, não pode prevalecer a condenação dos réus ao custeio definitivo da internação do autor na Associação de Convivência Novo Tempo, porém devem os mesmos providenciar vaga no sistema público de atendimento - CAPS adequado, nos termos dos apontamentos deste voto, arcando os réus com os custos da internação até a comprovação documental, nos autos, da existência de vaga específica para o autor, para fins de transferência, a ser promovida com todas as cautelas médicas para o resguardo da sua saúde e integridade. Enquanto não atestada a vaga, os réus ficam sujeitos ao custeio do tratamento, inclusive com aplicação da multa diária estipulada, caso deixem de fornecer a vaga ou de arcar com as despesas de internação, nas condições fixadas pelo julgamento. A partir da data em que atestada a existência de vaga, fica cessada a obrigação dos réus de arcar com despesas de internação, salvo as do mês em curso até o respectivo término.

25. Provimento parcial das apelações e da remessa oficial, por votação unânime da Turma.

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 parcial provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de agosto de 2011.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de ação proposta por REGIS DE SOUZA COSTA, maior absolutamente incapaz, representado por seu genitor REGINALDO BRITO DA COSTA, contra a UNIÃO, alegando, em suma, os seguintes fatos (f. 03):

> "O Autor é portador de autismo em um grau elevado, e não consegue pronunciar mais que duas palavras por mês.

O autismo é uma condição onde o portador, devido a alterações cerebrais, tem sua capacidade de comunicação reduzida, dificultando a relação com outras pessoas e a interação com o ambiente.
Os pais do autor já buscaram tratamento em Campo Grande, e ele já esteve matriculado na Escola Colibri e na Escola Clínica Santa Teresinha.
Acontece que as instituições que recebem pacientes com distúrbios mentais em Campo Grande não possuem condições adequadas para o tratamento do autismo, sendo a maioria voltada para portadores de Síndrome de Down.
Estas instituições funcionam como escolas, abrindo na maioria das vezes por meio período, e fechando no período de férias. Acontece que o autismo precisa de tratamento em período integral e contínuo, pois é necessário um verdadeiro 'treinamento' comportamental, para que ele 'aprenda' a se relacionar com pessoas e com o ambiente. Em nenhum destes locais onde o Autor esteve matriculado houve melhora significativa em sua condição.
Desta forma, os pais do Autor o matricularam na Associação de Convivência NOVO TEMPO, no Estado de São Paulo, onde ele vem apresentando vários avanços devido ao tratamento especializado.
O tratamento já vem sendo realizado há dois anos e meio com excelentes resultados. Ocorre que o custo do tratamento é muito alto, e a família do Autor encontra-se em sérias dificuldades financeiras, e já não conseguem mais custear este tratamento."

Aos fatos narrados, agregou-se a fundamentação jurídica do pedido com a invocação dos artigos 6º, 196 e 205 da Constituição Federal, que tratam da saúde e educação como direitos sociais e dever do Estado, e como instrumentos de desenvolvimento pleno da pessoa humana, aduzindo que a Lei 7.853/89 tratou dos direitos básicos de educação e saúde, instituindo o dever do Estado para com os portadores de necessidades especiais, e que o Decreto 3.298/99 estabeleceu o direito dos portadores de redução funcional a processos de reabilitação a fim de garantir sua integração educativa, laboral e social, incluindo sistema de educação especial, preferencialmente na rede regular de ensino (artigos 17 e 24), ou em escolas especializadas quando necessário (artigo 25).

Salientou que "não há em Campo Grande nenhum local adequado para o tratamento específico desta condição, sendo que o Autor já tentou realizar o tratamento em dois locais sem obter avanço algum" e que "o Poder Público deve garantir ao portador de deficiência todos os meios necessários para que este preserve sua dignidade, através da disponibilização de meios para o tratamento de sua doença/condição e da disponibilização de instituições que estejam aptas a fornecer a devida educação para o seu desenvolvimento pleno" e "Como não há nenhum local em Campo Grande para o tratamento do Autor, e como sua família já não consegue mais sustentar seu tratamento, cabe ao Poder Público garantir a continuidade do mesmo, atendendo assim ao princípio da dignidade da pessoa humana, e dos dispositivos constitucionais que garantem a toda pessoa saúde e educação". Enfim, concluiu que haverá "verdadeiro retrocesso em todo avanço obtido até agora", caso não garantida a continuidade do tratamento pelo Poder Público, tendo em vista que "sua família efetivamente não possui condições de mantê-lo, e que será obrigada a retirá-lo da Associação de Convivência NOVO TEMPO". (f. 07).

Dentre os documentos anexados à inicial constam o comprovante de salário de maio/2007 do genitor do autor (f. 14); o boleto relativo à cobrança do custo de internação

na Associação de Convivência Novo Tempo em julho de 2007 (f. 15); o atestado/relatório de tratamento psiquiátrico do autor e declaração médica (f. 18 e 19); e a declaração da Associação de Convivência Novo Tempo (f. 20).

Deferidos os benefícios da Justiça Gratuita (f. 24).

Houve integração à lide do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande/MS (f. 51).

Indeferido o pedido de tutela antecipada (f. 95/8).

Deferida a produção de prova pericial (f. 136), realizada por meio de carta precatória, foi apresentado o laudo médico (f. 209/13).

Houve audiência de instrução, com oitiva de testemunha arrolada pelo autor (f. 232/4), seguindo-se manifestações e alegações finais (f. 218/23, 238/41, 242, e 243/4).

A sentença condenou a UNIÃO, ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, e MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, solidariamente, "a pagarem o tratamento do autor na Associação de Convivência Novo Tempo, localizada na Estrada da Mata, 381, Jardim Ercília, em Araçoiaba da Serra - SP"; com tutela antecipada para que, "no prazo de trinta dias, a contar da intimação, os réus cumpram a presente sentença"; fixando multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), em caso de descumprimento da decisão (f. 251/7).

Apelou o Município de Campo Grande, alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva, pois, "de acordo com a Norma Operacional de Assistência à Saúde/NOAS 2001/2002, instituída através da Portaria do Ministério da Saúde nº 373/01, a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, ações e serviços que não estão disponíveis nos municípios é da União e dos Estados"; no mérito, afirmou-se incompetente ao custeio do tratamento em unidade federativa, aduzindo ter faltado a comprovação do direito postulado, e "que existe o programa Tratamento Fora de Domicílio, criado pelo Ministério da Saúde através da Portaria SAS nº 55/1999 que disciplina o tratamento de pacientes em outros Estados, quando efetivamente, o atendimento não [puder] ser realizado nos seu estado de origem" (f. 260/6, *sic*).

Igualmente apelou a UNIÃO, sustentando que: (1) pela ação devem responder apenas o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande, vez que desde a CF/88 "*deixou de prestar diretamente os serviços de saúde, sendo apenas gestora e financiadora do sistema*"; (2) o acolhimento do pedido gera o deslocamento de recursos já direcionados a outros tratamentos, com prejuízo a terceiros; e (3) incumbia ao autor provar "*a insuficiência da renda familiar, bem como de que há necessidade de tratamento médico no local requerido, em instituição privada insubstituível por outro em instituição pública e no próprio domicílio do paciente*", o que não ocorreu, vez que a prova pericial demonstra que o autor não faz jus ao "recebimento de tratamento médico fora do domicílio", e a prova testemunhal "nada acrescentou ao caso" (f. 267/75).

Finalmente, apelou o Estado de Mato Grosso do Sul, tratando dos requisitos para o benefício de Tratamento Fora do Domicílio - TFD, nos termos da Portaria MS/SAS 55/99; afirmando que "somente tem direito ao TFD o paciente atendido pelo SUS, e se não houver no município em que reside tratamento para a moléstia que o acomete"; e aduzindo que o autor não provou o fato constitutivo do direito, já que os documentos juntados revelam que "*sempre buscou médicos e clínicas particulares, possuindo, inclusive, plano de saúde - UNIMED*"; e que Campo Grande possui a AMA - Associação de Pais e Amigos dos Autistas, especializado no atendimento de autistas e, portanto, ali deveria ser efetuado o tratamento; e que a perícia médica foi desfavorável, com indicação do cabimento,

inclusive, de internação parcial, e que "em Campo Grande existe a rede de CAPS, sendo que é possível que o paciente passe todo o dia realizando atividades terapêuticas e volte para casa para dormir, e em caso de agitação extrema poderá passar à noite no CAPS 3 e em situações críticas ainda existe a possibilidade de internação no Hospital Nosso Lar, nesta capital" (f. 281/5).

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

Os autos foram distribuídos a esta Turma em 27/01/2011, porém a remessa física ao Gabinete somente ocorreu em *18/02/2011* (f. 314).

A UNIÃO pleiteou a concessão de efeito suspensivo à apelação (f. 315/8).

Tendo em vista que o pagamento das mensalidades de seis meses de tratamento foram depositadas em conta judicial pelo Município de Campo Grande/MS, o autor requereu sua transferência à Associação de Convivência Novo Tempo, "para que não tenha interrupção do tratamento" (f. 320).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento das apelações, devendo os réus "custear solidariamente o tratamento de apelado na Associação de Convivência Novo Tempo, até disponibilizem efetivamente uma vaga para ele em uma unidade do CAPS na cidade de Campo Grande" (f. 342/53).

O Município de Campo Grande/MS informou "que foi depositado valor para custear o tratamento do autor" (f. 355).

O pedido de atribuição de efeito suspensivo para obstar a eficácia da tutela antecipada concedida na sentença foi indeferido, em função do tempo já decorrido, com vencimento das mensalidades e com providências administrativas de pagamento já concluídas, o que ocorreu por não ter sido interposto agravo de instrumento da decisão que recebeu os recursos apenas no efeito devolutivo, de modo que a questão somente pôde ser conhecida pelo Tribunal, quando do envio físico dos autos ao Gabinete, estabelecendo, assim, a inversão do risco de dano irreparável, a exigir que se mantenha a antecipação de tutela pelo curto período necessário ao julgamento dos recursos, vez que já preparado o feito para revisão e pauta. Na mesma oportunidade, quanto ao depósito judicial, foi determinado o seu levantamento pelo depositante a fim de que este, na via administrativa, efetue diretamente o pagamento necessário, observadas cautelas administrativas e legais aplicáveis, com juntada nos autos apenas do que necessário à comprovação do cumprimento da sentença (f. 362).

Os autos foram liberados à Secretaria para remessa à revisão em *06/05/2011*.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, cabe salientar, em primeiro lugar, que após sentença, apelações, contrarrazões, parecer ministerial, relatório, revisão e peço dia, a Defensoria Pública da União protocolou ontem, 08/06/2011, véspera do presente julgamento, petição a título de manifestação sobre a prova dos autos, especificamente sobre o laudo judicial do perito médico, pedido subsidiário de diligência e juntada de relatório técnico da Associação de Convivência Novo Tempo (f. 392/400).

Embora afirme a DPU que não existe prova de que outra instituição poderia prestar

atendimento ao autor, daí porque a improcedência do pedido de reforma, requereu, caso assim não se entenda, a conversão do julgamento em diligência para a realização de complementação da perícia a fim de verificar se no sistema CAPS é possível o tratamento do autor, nos moldes realizados na instituição em que atualmente se encontra.

O requerido pela DPU é, porém, intempestivo, seja porque a fase de pronunciamento sobre o laudo pericial já foi ultrapassada, tendo havido efetiva manifestação e, assim, preclusão consumativa, com impugnação anterior ao laudo (f. 218/21), seja porque, em termos probatórios, não se pediu, na oportunidade, laudo complementar nem esclarecimentos ao perito judicial, mas apenas que se produzisse prova testemunhal, o que foi atendido (f. 232/4). Desse modo, está mais do que preclusa a fase postulatória e de instrução, até porque se superou a própria fase de julgamento, pois, neste Tribunal, estamos em sede recursal. Bem sabido que o sistema processual brasileiro caracteriza-se por preclusões rígidas, o que não garante, necessariamente, eficiência e celeridade processual, inclusive devido a certos benefícios processuais, muito criticados pela doutrina. Ainda que a Defensoria Pública goze de prazos mais amplos, não existe imunidade à preclusão de fases processuais e, assim, não é possível abrir, encerrar ou reabrir a instrução a qualquer tempo e modo, em prejuízo ao devido processo legal.

Por sua vez, a conversão em diligência é requerida de forma condicionada ao resultado que se pretenda dar aos recursos nesta Corte (f. 395/6). Assim, se for o caso de reforma da sentença, então requereu a DPU a conversão do julgamento em diligência para provar o que se entenderia necessário para garantir a confirmação da sentença. Todavia, não é mais tempo para tal espécie de providência. Por outro lado, cabe considerar que o esclarecimento que possa o autor querer - e isto no curso da instrução, sempre observados os prazos e as fases que são próprias ao devido processo legal - somente seria razoável se o fato não estivesse contido nos limites da dúvida subjetiva do postulante, ou seja, somente poderia ser o julgamento das apelações convertido em diligência se demonstrado que se trata de prova acerca de fato sobre o qual paire dúvida objetivamente existente nos autos. Não se trata, porém, de algo que se possa discutir ou que tenha sido provado para exame às vésperas do julgamento pautado dos recursos, dada a preclusão conforme restou firme e indiscutivelmente caracterizada no caso concreto.

Sobre a juntada do relatório da Associação de Convivência Novo Tempo (f. 398/400), trata-se de aditamento, feito por conveniência do autor, ao relatório anterior que já constou dos autos (f. 63/4), e não de documento novo até porque os fatos narrados referem-se a situação que já poderia ter sido retratada no relatório de *27/05/2008* - ou seja, mais de dois anos após a internação, iniciada em *fevereiro de 2006*, e não o foi, sendo elaborada, de última hora e enviada por correspondência eletrônica em 07/06/2011, sem referência a qualquer fato ou situação nova, e tampouco prestando-se a servir de contraprova à prova que tenha sido produzida pela parte contrária. Ao contrário, a instrução através de documentos encerrou-se para ambas as partes na fase própria, precedendo, como é de rigor, o julgamento de 1ª instância, de modo que nada justifica a reabertura da instrução com a admissão de relatório de tal natureza, elaborado pela própria entidade em que internado o autor, interessada ainda que indiretamente na causa, e sobretudo porque o que se relatou poderia já ter sido relatado a tempo e modo, e se não o foi, não é possível fazê-lo agora em grau de apelação.

Assim sendo, em preliminar, não conheço da manifestação sobre o laudo pericial, do pedido de conversão do julgamento em diligência e do citado relatório juntado (f. 392/400).

Passo ao julgamento do feito, propriamente dito.

O caso é de especial complexidade, por envolver controvérsia com repercussão jurídica, social e econômica, que não fica limitada ao caso concreto, daí porque, desde logo, justifico a extensão do voto, o qual foi subdividido em diversos tópicos para melhor abordagem e compreensão de todos os aspectos da causa.

I. Sobre a legitimidade passiva dos réus

Cabe, preliminarmente, afastar a alegação de ilegitimidade passiva, pois consagrada a jurisprudência quanto à obrigação solidária entre os entes federados, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, na promoção e garantia do direito fundamental à saúde e vida, o que envolve ações no campo tanto do fornecimento de medicamentos, como de tratamento médico específico, imediato ou continuado.

A matéria não é nova e, seguidamente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou, juntamente com outras Cortes, a legitimidade passiva solidária entre os entes que integram o SUS, independentemente da análise legislativa da divisão interna de atribuições conferidas a cada um deles, não sendo possível, portanto, à União, por exemplo, eximir-se de responder pela ação a pretexto de estar apenas incumbida da gestão e financiamento do sistema, pois qualquer inoperância que se verifique, em tema de tamanha relevância jurídica e social, ainda e sobretudo na etapa do atendimento ao necessitado, mesmo que atribuída a ação ou omissão a Estado ou Município, compromete, essencialmente, a estrutura e a própria concepção e idéia de sistema, determinando a responsabilidade de todos os seus integrantes pelo restabelecimento de sua eficácia rumo à finalidade para a qual foi constitucional e legalmente instituída.

Para não alongar a discussão que, já agora, não exibe mais qualquer novidade, basta citar significativo e recente precedente que, embora do Superior Tribunal de Justiça, invocou firme orientação da Suprema Corte, conforme restou relatado por Ministro que, atualmente, inclusive, integra a Corte Constitucional:

> *ROMS 24.197, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 24/08/2010: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não 'qualquer tratamento', mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da*

pessoa humana. 3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, in verbis: 'Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 1 O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2 Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU

de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 3 De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS não seriam passíveis de ampla delibação no juízo do pedido de suspensão, por constituírem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejara a tutela antecipada. Aduziu, ademais, que, ante a natureza excepcional do pedido de contracautela, a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, tendo o pedido formulado, neste ponto, nítida natureza de recurso, o que contrário ao entendimento fixado pela Corte no sentido de ser inviável o pedido de suspensão como sucedâneo recursal. Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Por fim, julgou-se improcedente a alegação de temor de que esta decisão constituiria precedente negativo ao poder público, com a possibilidade de resultar no denominado efeito multiplicador, em razão de a análise de decisões dessa natureza dever ser feita caso a caso, tendo em conta todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.' (STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010). 4. *Last but not least*, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento

dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente. 5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: '(...) Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls. 79 (...)' fl. 312. 6. *In casu*, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27. 7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame 'pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)' realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado 'positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV' (fl. 26). 8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento."

Também assim recentemente decidimos nesta Turma, reiterando precedentes firmados sempre no mesmo sentido:

AI 2010.03.00034775-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 25/02/2011: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO INOMINADO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CF E LEI Nº 8.080/90. FIXAÇÃO DE MULTA. VALIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. É solidária a obrigação dos entes federados, integrantes do Sistema Único de Saúde, pelo fornecimento de tratamentos e medicamentos necessários à garantia da saúde e vida, por isso inviável o reconhecimento da ilegitimidade passiva da União. 2. Não se trata, pois, de distinguir, internamente, as atribuições de cada um dos entes políticos dentro do SUS, para efeito de limitar o alcance da legitimidade passiva para ações de tal espécie, cabendo a todos e a qualquer um deles a responsabilidade pelo efetivo fornecimento de medicamento à pessoa sem recursos financeiros através da rede pública de saúde, daí porque inexistente a ofensa aos preceitos legais invocados (artigos 9º, 16, XV, 17, e 18, I, IV e V, Lei 8.080/90) e a incompetência da Justiça Federal, donde a manifesta inviabilidade da reforma preconizada. 3. Por fim, em relação à validade da fixação de multa a fim de assegurar o cumprimento da obrigação de fazer, dentro do prazo estipulado, face à predominância do valor jurídico 'saúde' e 'vida', a tornar urgente e imperiosa a satisfação imediata da necessidade do medicamento essencial ao tratamento do agravado. 4. Agravo inominado desprovido."

Ainda que a maioria dos julgados trate da hipótese de fornecimento de medicamentos, tal circunstância específica dos casos concretos não pode servir para afetar a validade imperativa da premissa, maior e constitucional, estatuída em termos de responsabilidade estatal pela garantia do direito social à saúde e à vida, independentemente do que necessário para a prestação pública específica em cada caso concreto. Discutir se os requisitos para o atendimento da prestação específica encontram-se presentes, ou não, condiz com o mérito, porém dúvida não pode existir de que, para todos os casos, a legitimidade passiva é de todos os entes públicos, em regime de solidariedade, conforme assentado pela reiterada e firme jurisprudência.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Acerca do mérito, cabem diversas abordagens e discussões, porém inicio com o exame, em tese, da pretensão jurídica deduzida.

II. Sobre o direito em tese

A discussão jurídica na presente ação tem relevância e fundamento constitucional, pois o constituinte afirmou e consagrou, como fundamental, no plano individual como social, o direito à saúde, atribuindo ao Poder Público o dever de promover políticas públicas específicas, e conferindo aos necessitados a especial prerrogativa de reivindicar do Estado a garantia de acesso, universal e gratuito, a todos os medicamentos e tratamentos disponíveis e comprovadamente eficazes para a cura ou melhoria da condição de saúde ou vida ao acometido de doença ou portador de alguma necessidade especial.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Sistema Único de Saúde - SUS, erigiu à condição de princípio o atendimento integral (artigo 198, II), concretizando o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias e medicamentos, e o que mais necessário à tutela do direito fundamental.

Por isso, mesmo a Lei nº 8.080/1990 dispôs que:

> "Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
> (...)
> II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

A compreensão do direito, assim construído em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite rejeitar os fundamentos de ordem estritamente econômica e orçamentária que, não raro, são levantados pelo Poder Público. Neste sentido, cabe salientar que o preponderante, acima mesmo do interesse econômico, orçamentário e administrativo do ente público onerado, foi, por opção inequívoca e legítima do constituinte, o direito individual e social à saúde, especialmente em relação aos economicamente necessitados.

A propósito da supremacia de tal direito fundamental, destacou, na Suprema Corte,

o Ministro CELSO DE MELLO, relator do RE 267.612, DJU 23/08/2010:

"*.....*
Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.
A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.
Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246 - SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.
A legislação gaúcha - consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 -, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.
Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.
O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em

políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Poder Constituinte e Poder Popular', p. 199, itens nºs 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

....."

Encontra-se, como se observa, firmada a jurisprudência no sentido da prevalência da garantia à saúde, especialmente em favor daquele que é social e economicamente necessitado, sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público e, coletivamente, à sociedade, derivando de tal premissa interpretativa da Constituição que o Sistema Único de Saúde - SUS deve prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários, segundo prescrição médica, aos que deles necessitem por falta de condições financeiras de custeio pessoal ou familiar.

Estabelecido o dever estatal, perante tais necessitados e na tutela de tal direito fundamental e vital para situação fático-jurídica devidamente provada, não se viabilizam objeções vinculadas a situações gerais de exigência formal para pagamento ou dispêndio

de recursos públicos, como destacou a própria Suprema Corte:

> AI-AgR 553.712, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, sessão de 19/05/2009: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido."

Certo que, para efeito de tratamento de saúde mental, existe regime legal próprio, o qual será abordado, oportunamente, já no exame do direito a ser aplicado em concreto para a solução desta ação.

Por ora, o que cabe destacar é que, em tese e abstrato, tem amparo constitucional e legal a discussão do direito à tutela específica do Poder Público, para fins de *tratamento médico* no caso de pessoa ou família *economicamente necessitada*. Para o exame da adequação da jurisprudência destacada ao caso dos autos, imprescindível avaliar, minuciosamente, aspectos médicos, sociais e legais que influenciam e identificam, em concreto, a pretensão deduzida.

Vejamos, primeiramente, o que decidiu a sentença apelada.

III. A sentença apelada

A sentença julgou procedente o pedido inicial nos seguintes termos (f. 253/7, grifamos):

> "……
> Inicialmente, considerando que o autor-incapaz é maior de idade (24 anos) nomeio seu pai para atuar na presente lide como curador. Providencie-se sua intimação.
> De início, registro que, no caso, há responsabilidade solidária entre os entes federados em assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária ao controle das enfermidades de que sejam portadoras, razão pela qual os três réus estão legitimados para figurarem no polo passivo da presente demanda, conforme já decidido (f. 96-99).
> Pretende o autor a condenação *dos entes públicos ao pagamento de todo seu tratamento* de saúde, em instituição especializada *especificadamente indicada*.
> Reza a Constituição Federal brasileira de 1988:
> '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 (...)
> 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.'

Da mesma forma, o artigo 2º da Lei nº 8.080/90 dispõe que 'a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício'.

Nesses termos, não há dúvida de que o direito à saúde é um dos direitos fundamentais do homem.

E como tal o Estado é obrigado a garantir a todos o acesso à saúde, prestando os correlatos serviços diretamente ou através de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, eventualmente subsidiadas com recursos estatais, sejam particulares, sejam ressarcidos pelo erário público, por sua atuação.

No presente caso constato que o autor, segundo perícia médica realizada (f. 210-214) apresenta *quadro de autismo infantil* com '*... comprometimento global cognitivo com limitada capacidade de comunicação, comportamento* inadequado, movimentos estereotipados e emissão de sons incompreensíveis'. Incapacidade total e permanente para o trabalho, dependendo inteiramente do cuidado de outrem (família ou terceiros) e *necessitando de tratamento especializado, que exige abordagens terapêuticas multidisciplinares, porquanto apresenta manifestações, como medos, alterações no sono, alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade*).

Apesar do perito afirmar que nos últimos anos tratamentos em tempo integral não são indicados, sendo necessárias internações em tempo integral apenas em períodos de desestabilização ou troca de medicações, afirma ser necessária participação e proximidade dos familiares. Não informa em que período o autor se encontra, no entanto, descreve sua total dependência, incapacidade e dificuldade no tratamento, vejamos: 'entra na sala, senta-se no chão e fica lendo um panfleto. Apresenta movimentos estereotipados, ri de forma inadequado e sem estímulo. Grita, faz sons não compreensíveis.' Ora, logo se vê que *não há como deixar o autor sozinho. O tratamento em casa (ainda que em um período) exigiria da família a atenção integral de uma ou mais pessoas, o que nos tempos atuais é improvável, ante as dificuldades da vida moderna (ausência de tempo e necessidade do trabalho de todos na família para o sustento).*

Considero razoável a pretensão do autor de permanecer na instituição especializada, em que se trata desde 2006, segundo documento de fl. 20, mormente quando, em sua defesa, os entes públicos se limitam a afirmar que o autor teria que se tratar nas instituições existentes nesta cidade.

O autor, por meio de seu curador, afirmou e trouxe documentos referentes às instituições que frequentou, afirmando que não obteve melhora significativa, apresentou ainda declaração da AMA - Associação de Pais e Amigos do Autista de Campo Grande, na qual consta que o autor não poderia ser tratado na referida

instituição por ter sido diagnosticado como portador de Deficiência Mental Grave. Ora caberia aos réus comprovar que determinada instituição conveniada, expressamente indicada, teria condições de dar continuidade ao tratamento do autor - sem o qual se sujeitaria ao agravamento do seu comportamento e ao comprometimento do seu bem-estar -, ônus do qual não se desincumbiu. Indicações genéricas, como feitas, não se prestam a tanto. Caberia ainda aos réus comprovar que os documentos apresentados pelo autor não refletiam sua realidade.

Restou suficientemente comprovado que o autor e a sua família não são hipossuficientes, no entanto, não têm condição econômica de manter seu tratamento na instituição indicada e ainda lhe dar assistência emocional. O custo elevado do tratamento impede seu deslocamento até a clínica, com a frequência adequada.

É certo que os réus têm o dever de atender à pretensão do autor, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

Nesse sentido as seguintes decisões:

'CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETIVO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE RETARDO MENTAL, HEMIATROPIA, EPILEPSIA, TRICOTILOMANIA E TRANSTORNO ORGÂNICO DA PERSONALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196 DA CF). PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I - É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 6º e 196 da CF). II - Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de retardo mental, hemiatropia, epilepsia, tricotilomania e transtorno orgânico da personalidade. III - Recurso provido. (STJ, ROMS 13452, DJ de 07.10.2002, p. 172)'

'ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DOENTE MENTAL - TRATAMENTO - INTERNAÇÃO EM ACOMODAÇÃO ESPECIAL MEDIANTE PAGAMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO - AUTORIZAÇÃO COM OBRIGAÇÃO DO IMPETRADO A PAGAR A PARTE QUE LHE CABE NO CUSTO DE TRATAMENTO DO IMPETRANTE. I - A RESTRIÇÃO IMPOSTA POR FORÇA DA ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA PORTARIA Nº 283, DE 20.08.91, DO INAMPS, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL, QUE DETERMINOU A INTERNAÇÃO DO SEGURADO EM ENFERMARIAS, PROIBINDO A COMPLEMENTAÇÃO DE DIÁRIAS HOSPITALARES PELA FAMÍLIA DOS PACIENTES DE MODO A QUE POSSA UTILIZAR-SE DE QUARTOS PARTICULARES E DE TER TRATAMENTO INDIVIDUALIZADO, REVELA-SE INJUSTA E INJURÍDICA, VEZ QUE NENHUM DANO SERÁ CAUSADO AO IMPETRADO, TENDO EM VISTA JÁ ESTAR OBRIGADO A PAGAR OS CUSTOS REFERENTES À INTERNAÇÃO EM ENFERMARIA, CABENDO A COMPLEMENTAÇÃO DECORRENTE DA ACOMODAÇÃO ESPECIAL AO IMPETRANTE. II - REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. (TFR 2ª Região, REO 9602308702, decisão de 10.02.98)'

Possibilito aos réus (União, Estado e Município) a indicação de outra instituição

especializada, desde que comprovem que ela presta os mesmos serviços da clínica em que o autor é tratado, a um custo menor.

Revejo a decisão de f. 96-99 para conceder desde já a tutela antecipada tendo em vista a presença dos requisitos autorizadores. A verossimilhança do direito alegado e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação que se mostra evidente, ante a necessidade de continuidade do tratamento.

Diante do exposto, JULGO procedente o pedido inicial para condenar, solidariamente, a União, o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande a pagarem o tratamento do autor na Associação de Convivência Novo Tempo, localizada na Estrada da Mata, 381, Jardim Ercília, em Araçoiaba da Serra - SP.

Defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que, no prazo de trinta dias, a contar da intimação, os réus cumpram a presente sentença.

Fixo, nos termos do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), para o caso de descumprimento da presente decisão por parte dos réus.

Sem custas. Sem honorários, por ser a parte autora representada pela Defensoria Pública da União (STJ, REsp. 873039, DJE de 12.06.2008).

Sentença sujeita a reexame.

.....”

Como se observa, considerou o Juízo, em suma, ser direito do autor o custeio pelo Poder Público do tratamento de saúde, na instituição específica em que se encontra internado desde 2006, por possuir quadro de autismo infantil, exigindo abordagens multidisciplinares, diante de “medos, alterações no sono, alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade)”, o que torna inviável o tratamento em casa, por ser incompatível a atenção integral exigida com as dificuldades da vida moderna, tendo o autor comprovado que não teve melhoria significativa nas instituições que freqüentou, o que não foi elidido pelos réus que, ao contrário, deixaram de provar a existência de entidade capaz de oferecer o tratamento adequado. Salientou a sentença que, embora não haja hipossuficiência econômica, o custo elevado da internação impede que a família ofereça assistência emocional com visitas regulares ao autor, daí porque caber ao Poder Público custear o tratamento.

São premissas e conclusões que, no campo da prova e da exegese do direito, devem ser reexaminadas por força do pedido de reforma deduzido nas apelações e, para tanto, inicio com a análise do que consta dos autos acerca do autor e seu histórico de vida.

IV. Sobre o autor e seu histórico de vida

O autor, *REGIS DE SOUZA COSTA*, nascido em 07/07/1985, na cidade de Piracicaba/SP, filho de Reginaldo Brito da Costa e Mirian Souza da Costa (f. 13), tem, atualmente, 26 anos, maior, porém absolutamente incapaz.

Não existe laudo, pesquisa ou parecer de assistente social acerca da família e suas condições de vida, para fornecer elementos de conhecimento da realidade familiar, econômica e social. Não se sabe se seria ele filho único ou se possui outros irmãos, e qual a situação de convívio familiar, histórica e atual, em função da data da internação promovida.

Todavia, o pouco documentado nos autos revela que o pai do autor é ou era

professor universitário na Universidade Católica Dom Bosco, instituição de ensino superior privada, em Campo Grande/MS, conforme comprovante de folha de pagamento de *maio de 2007* (f. 14). O currículo *Lattes* respectivo, disponível no endereço eletrônico do CNPq, atualizado e certificado em *04/05/2011*, revela que *Reginaldo Brito da Costa* é professor vinculado à UFMT - Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Engenharia Florestal, tendo doutorado pela UFPR e mestrado pela ESALQ, em Piracicaba, cidade em que o autor nasceu, no período de 1985 a 1988. Além de *professor do quadro permanente da UFMT, em Cuiabá/MT*, foi professor da *UCDB, em Campo Grande/MS*, entre *1999-2008*, possuindo ainda vínculo institucional com o *INEP/MEC*, sem embargo da condição de *bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq* - Nível 1 C, possuindo ampla atuação e produção acadêmica, com livros, artigos e lista expressiva de orientações e participações em bancas de pós-graduação, conforme o extenso currículo *Lattes*, de nada menos do que 23 páginas.

Para atestar renda familiar, foi juntado não a declaração do imposto de renda, com o informe completo dos rendimentos auferidos, mas somente o comprovante de pagamento da UCDB de maio de 2007 (f. 14), de modo que não documentada a situação relativa à eventual renda decorrente de outras entidades, vínculos ou fontes, inclusive do cônjuge, mãe da autora, sobre a qual não existe qualquer informação nos autos, sequer a qualificação profissional, que permitam firmar a conclusão acerca da condição familiar.

Segundo informações verbais dadas ao perito judicial, pelo pai do autor, este teria tido diagnóstico de autismo aos 3 anos de idade, iniciando tratamento psiquiátrico, com uso de medicamentos, aos 5 anos. Freqüentou escolas e tratamentos sempre na cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em convívio familiar, até quase os 21 anos, quando foi internado no interior do Estado de São Paulo, na entidade em que ainda atualmente se encontra.

Não consta qualquer esclarecimento nos autos acerca de atividade escolar ou internação em entidade especializada, para ensino ou tratamento ainda que em tempo parcial, até início de 1994, quando o autor possuía 9 anos de idade. O primeiro documento, a tal título juntado, foi a declaração da Escola Especial Raio de Luz, no sentido da freqüência do autor por seis meses no *1º semestre de 1994* (f. 123). Depois, durante o ano de *1995*, o autor foi matriculado na Escola Colibri - Associação de Educação Especial "Marcelo Takahashi", destinada ao ensino fundamental (f. 122).

Não consta registro de sua situação entre 1996 e 1997.

No período de *fevereiro de 1998 a fevereiro de 2001*, freqüentou o ensino fundamental especial na Associação Escola Clínica Santa Terezinha (f. 121). No final de 2001, buscou atendimento no AMA - Associação de Pais e Amigos do Autista de Campo Grande, porém não foi admitido (f. 120). Em 2002, retornou à Escola Colibri - Associação de Educação Especial "Marcelo Takahashi" (f. 122).

Nos três anos seguintes, *entre 2003 e 2005*, não há documentos nos autos sobre atividades escolares, atendimento ou internação. No entanto, o laudo médico pericial registrou, com base exclusivamente no relato verbal do pai, que o autor "*Após os 18 anos de idade passou a morar em hospitais/clínicas*" (f. 209), ao que se pode presumir na própria cidade de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, pois somente em 2006 consta a mudança para o interior deste Estado.

Com efeito, em *fevereiro de 2006*, o autor foi internado na Associação de Convivência Novo Tempo, em regime integral, localizada no interior do Estado de São Paulo,

no Município de Araçoiaba da Serra, onde se encontra até hoje (f. 20).

Como se observa, desde o diagnóstico aos 3 anos de idade, início de tratamento médico aos 5 anos até quase os seus 21 anos de idade, o autor teve convivência familiar e esteve matriculado, em entidades próprias para o ensino especial e atendimento clínico necessário, sempre na cidade de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul.

Apesar do longo período, não existe qualquer documento nos autos acerca da *situação médica* do autor para efeito de avaliação do seu quadro e da eficiência ou não de eventual tratamento, a que se tenha submetido, para amparar qualquer afirmativa acerca da estagnação, e tampouco involução, do quadro patológico, constando apenas o depoimento do Dr. HÉLIO JOÃO SEVERO, médico neurologista, que nada declarou acerca do histórico médico do autor, embora o tenha atendido no período de maio de 1998 a julho de 2001, e tenha destacado que "*O depoente é neurologista e o problema do autor envolve questões psiquiátricas*" (f. 232/3).

O certo é que, com ou sem indicação médica, o autor foi internado, em *fevereiro de 2006*, na Associação de Convivência Novo Tempo, em regime integral, localizada na cidade de Araçoiaba da Serra, neste Estado, distante, por via rodoviária, cerca de 1.000 quilômetros de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul.

Permanece até hoje internado, tendo sido custeado o tratamento apenas pela própria família, ajuizada a presente ação em 13 de agosto de 2007, sem antecipação de tutela, concedida apenas com a sentença, em 07 de junho de 2010, de modo que somente a partir das despesas relativas ao mês de *setembro de 2010* é que o tratamento e internação passaram a ser custeados, por força de decisão provisória, com recursos públicos (f. 304/6).

V. Sobre o diagnóstico médico

O histórico de vida do autor revela o quadro médico que possui, de forma inequívoca e devidamente atestada.

Vejamos, a propósito, as provas documentais juntadas:

1) "Atestado/Relatório de Tratamento" da psiquiatra CHISLEINE FÁTIMA DE ABREU, CRM 51.608, em 28/02/2007 (f. 18):

> "Atesto que Régis de Souza Costa se encontra em acompanhamento sob meus cuidados desde maio/2006.
> Trata-se de rapaz com diagnóstico de autismo (F 84.0), dependente de cuidados e supervisão para seus cuidados pessoais. É incapaz para gerir sua pessoa e seus bens, em caráter irreversível."

2) Parecer Técnico 295/2008, Direção Geral de Atenção à Saúde, Secretaria de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul (f. 84):

> "*Histórico*:
> O requerente é portador de Autismo, vem realizando tratamento na *Associação de Convivência Novo Tempo em São Paulo*, custeado pelos familiares."

3) Laudo do perito médico judicial (f. 210):

"*DISCUSSÃO*
O periciando apresenta ao exame psíquico comprometimento global cognitivo com limitada capacidade de comunicação, comportamento inadequado, movimentos estereotipados e emissão de sons incompreensíveis.
O quadro é compatível com autismo infantil."

A prova técnica, considerando apenas os subscritos por médicos e pela Secretaria de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul, é farta o suficiente para caracterizar o autor como portador de *autismo infantil*.

A única informação divergente, e ainda assim sem a prova médica nos autos, encontra-se na declaração da AMA, de 09/09/2008, que faz referência a uma avaliação médica de 2001, porém não juntada para comprovação, em que se teria, segundo declarado, diagnosticado o autor como portador de deficiência mental grave, o que o tornaria inelegível naquela instituição, embora dedicada a tratamento de portadores de "Transtornos Globais do Desenvolvimento" (f. 120).

Cabe, porém, observar, paradoxalmente ao declarado, que, segundo a literatura médica e a classificação internacional de doenças - CID, transtornos globais do desenvolvimento (F84) são conceituados como "Grupo de transtornos caracterizados por alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e modalidades de comunicação e por um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Estas anomalias qualitativas constituem uma característica global do funcionamento do sujeito, em todas as ocasiões". Entre as espécies de TGD, temos o *autismo infantil (F84.0)*, autismo atípico (F84.1), síndrome de Rett (F84.2), outro transtorno desintegrativo da infância entre os quais a síndrome de Heller (F84.3), transtorno com hipercinesia associada a retardo mendal e a movimentos estereotipados (F84.4), síndrome de Asperger (F84.5), outros transtornos globais do desenvolvimento (F84.8), e transtornos globais não especificados do desenvolvimento (F84.9).

O autismo infantil, CID F84.0, configura "*Transtorno global do desenvolvimento caracterizado por a) um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade de três anos, e b) apresentando uma perturbação característica do funcionamento em cada um dos três domínios seguintes: interações sociais, comunicação, comportamento focalizado e repetitivo. Além disso, o transtorno se acompanha comumente de numerosas outras manifestações inespecíficas, por exemplo fobias, perturbações de sono ou da alimentação, crises de birra ou agressividade (auto-agressividade)*."

O *transtorno global do desenvolvimento* - TGD, CID F84, é uma categoria de doença, dividida em subcategorias, dentre as quais, a mais grave, é o *autismo infantil* (CID F84.0), não se confundindo, porém, com as patologias identificadas como *retardo mental*, CID F70/79, retardo ou deficiência mental grave, como constou da declaração da AMA.

Como se observa, o autor é portador de autismo infantil (F84.0), doença que configura transtorno global do desenvolvimento - TGD que, assim, não impediria, como constou da declaração da AMA, a sua internação naquela instituição, justamente porque especializada no tratamento da doença que possui o autor, conforme fartamente documentado nos autos.

VI. Sobre a doença diagnosticada

Segundo a prova técnica produzida nos autos, o autismo é patologia dotada de características, que impõem restrições e exigem cuidados específicos.

O portador da doença, segundo a psiquiatra CHISLEINE FÁTIMA DE ABREU, CRM 51.608, que assiste o autor desde maio de 2006, fica "*dependente de cuidados e supervisão para seus cuidados pessoais. É incapaz para gerir sua pessoa e seus bens, em caráter irreversível*." (f. 18); apresenta "*dificuldades de relacionamento interpessoal*" e tem "*necessidade de cuidados e supervisão para os cuidados pessoais e segurança*" (f. 19).

A propósito, destacou o parecer técnico da Secretaria de Saúde do Estado do Mato Grosso do Sul que (f. 84):

> "AUTISMO: É uma alteração 'cerebral'/'comportamental' que afeta a capacidade da pessoa comunicar, de estabelecer relacionamentos e de responder apropriadamente ao ambiente que a rodeia. O autismo é mais conhecido como um problema que se manifesta por um alheamento da criança ou adulto acerca do seu mundo exterior encontrando-se centrado em si mesmo ou seja existem perturbações das relações afetivas com o meio. O termo autismo se refere às características de isolamento e auto-concentração das crianças. O autista possui uma incapacidade inata para estabelecer relações afetivas, bem como para responder aos estímulos do meio.
> Características comuns do autista:
> - Tem dificuldade em estabelecer contacto com os olhos,
> - Parece surdo, apesar de não o ser,
> - Pode começar a desenvolver a linguagem mas repentinamente ela é completamente interrompida.
> - Age como se não tomasse conhecimento do que acontece com as outros,
> - Por vezes ataca e fere outras pessoas mesmo que não existam motivos para isso,
> - Costuma estar inacessível perante as tentativas de comunicação das outras pessoas,
> - Não explora o ambiente e as novidades e costuma restringir-se e fixar-se em poucas coisas,
> - Apresenta certos gestos repetitivos e imotivados como balançar as mãos ou balançar-se,
> - Cheira, morde ou lambe os brinquedos e ou roupas,
> - Mostra-se insensível aos ferimentos podendo inclusive ferir-se intencionalmente
> - Etc.
> Os tratamentos passam por uma estimulação constante e por um apoio constante como forma de estimular e fazer com que a criança interaja com o ambiente, com as pessoas e com outras crianças. Frequentemente usa-se a hipoterapia, a musicoterapia, a terapia da fala, natação, o contacto com animais, o apoio em casa e com especialistas e muitas outras abordagens."

Em resposta a quesitos formulados, o perito médico judicial atestou sobre a doença e, especificamente, quanto ao autor, que foi periciado, que (f. 211 e 212/3):

> "As alterações diagnosticadas geram uma incapacidade total e permanente para o desempenho de sua atividade habitual. Há dependência de terceiros para a atividades da vida diária.

.....
1. O autor é portador de autismo infantil, que se caracteriza por um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade dos 3 anos de idade com prejuízos nas interações sociais, comunicação (linguagem) e comportamento (repetitivos e focalizados). Além disso apresenta outras manifestações, como medos, alterações no sono e alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade). O autor possui todos os sintomas apresentados, os quais tem sido controlados e reabilitados através do tratamento."

VII. Sobre a internação e a respectiva entidade escolhida

Embora diagnosticado o autor e confirmado o quadro de autismo infantil, não existe nos autos comprovação de prévia avaliação ou indicação médica para o regime de internamento e, menos ainda, na distante localidade escolhida. A justificativa que a própria inicial lançou, não foi fundada em parecer técnico, mas, ao que parece, na escolha subjetiva dos pais do autor, como se observa do seguinte excerto da peça (f. 03):

"O Autor é portador de autismo em um grau elevado, e não consegue pronunciar mais que duas palavras por mês.
O autismo é uma condição onde o portador, devido a alterações cerebrais, tem sua capacidade de comunicação reduzida, dificultando a relação com outras pessoas e a interação com o ambiente.
Os pais do autor já buscaram tratamento em Campo Grande, e ele já esteve matriculado na Escola Colibri e na Escola Clínica Santa Teresinha.
Acontece que as instituições que recebem pacientes com distúrbios mentais em Campo Grande não possuem condições adequadas para o tratamento do autismo, sendo a maioria voltada para portadores de Síndrome de Down.
Estas instituições funcionam como escolas, abrindo na maioria das vezes por meio período, e fechando no período de férias. *Acontece que o autista precisa de tratamento em período integral e contínuo, pois é necessário um verdadeiro 'treinamento' comportamental, para que ele 'aprenda' a se relacionar com pessoas e com o ambiente. Em nenhum destes locais onde o Autor esteve matriculado houve melhora significativa em sua condição.*
Desta forma, os pais do Autor o matricularam na Associação de Convivência NOVO TEMPO, no Estado de São Paulo, onde ele vem apresentando vários avanços devido ao tratamento especializado.
O tratamento já vem sendo realizado há dois anos e meio com excelentes resultados.
Ocorre que o custo do tratamento é muito alto, e a família do Autor encontra-se em sérias dificuldades financeiras, e já não conseguem (*sic*) mais custear este tratamento." (g. n.)

A única recomendação médica favorável à internação integral, que consta dos autos, foi dada em data posterior à própria internação pela psiquiatra que, a partir da internação, passou a assistir o autor, em maio de 2006. Ainda assim, tal declaração, de 27 de julho de 2007, refere-se a características gerais da doença ("dificuldades de relacionamento interpessoal") para justificar o regime de internação, não sendo referida qualquer

situação específica do autor, como se todo o portador da doença devesse ser, necessariamente, internado e segregado do convívio social e familiar.

Certo que a própria entidade em que houve a internação, depois de descrever a sua natureza jurídica, a espécie de serviço que presta e o sistema de trabalho, enfatiza, em relação ao autor, o sucesso do atendimento, atestado por sua diretora técnica, Priscila C. de Araújo, em 27/07/2007 (f. 20):

> "A Associação de Convivência Novo Tempo é uma entidade particular, sem fins lucrativos, fundada em 1997 por pais de pessoas com deficiência mental, localizada em Araçoiaba da Serra, interior de São Paulo. Trabalha com o sistema de moradia assistida, tendo como objetivos principais oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência.
> Nosso funcionamento se dá em regime de internato nos 365 dias do ano, 24 horas por dia, sem períodos de férias ou recesso.
> Régis Souza Costa, 22 anos, é residente da Associação de Convivência Novo Tempo desde fevereiro de 2006. Está bem adaptado às rotinas e no decorrer destes 17 meses obteve avanços significativos em seu quadro geral. Em função de sua patologia, é indispensável que o mesmo esteja inserido dentro de um espaço nos moldes de residência/internato, em virtude da instabilidade comportamental inerente ao quadro de Autismo que apresenta".

A mesma declarante emitiu relatório de acompanhamento do autor, em 27/05/2008 (f. 63, grifamos):

> "Relatório de Acompanhamento
> Ref. Regis de Souza Costa
> A Associação de Convivência Novo Tempo é uma entidade particular, sem fins lucrativos, fundada em 1997 por pais de pessoas com deficiência mental, localizada em Araçoiaba da Serra, interior de São Paulo. Trabalha com o sistema de moradia assistida para jovens e adultos (a partir dos 14 anos de idade cronológica), *tendo como objetivos principais oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência.*
> *Toda a estrutura física da Associação viabiliza um trabalho que permite a essas pessoas o desenvolvimento da autonomia e independência, considerando sempre seu comprometimento intelectual e suas características individuais.*
> A Associação conta com *profissionais da área técnica da Psicologia, Fisioterapia, Fonoaudiologia e Terapia Ocupacional, Nutrição e Enfermagem que atuam na supervisão e suporte de todas as atividades aplicadas aos nossos moradores. Nosso espaço se caracteriza por ser um lar, uma residência e não uma clínica, um hospital ou uma escola. Não temos médicos, sendo que cada um de nossos residentes dispõem de um especialista responsável a critério das famílias e/ou responsáveis. Além disso, os residentes são acompanhados por uma vasta equipe de monitores treinados e capacitados para o trabalho com os mesmos.*
> Nossa estrutura oferece:
> - Orientações e treinamentos das Atividades de Vida Diárias (AVDs), que dão aos moradores a autonomia necessária nas áreas de alimentação, higiene pessoal, autocuidado e organização do ambiente em que vive;

- Atividades de Vida Prática (AVPs), como compra de matérias de uso pessoal, idas a supermercados e outros;
- Seis (6) Oficinas Ocupacionais: Culinária, Artesanato, Reciclagem de Papel, Fuxico, Horticultura e Jardinagem e Cuidados com Pequenos Animais. Tais oficinas objetivam proporcionar aos residentes hábitos de trabalho, de rotinas, além do desenvolvimento da auto-estima e satisfação pessoal;
- Lazer e Recreação, com atividades direcionadas ao bem estar global de nossos moradores, tanto internamente utilizando nosso espaço, quanto nos passeios externos;
Regis de Souza Costa, nascido em 07 de julho de 1985, reside na Associação Novo Tempo desde fevereiro de 2006. Possui diagnóstico de Autismo e Deficiência Mental Grave."

O relatório supra reproduzido revela que a entidade "*se caracteriza por ser um lar, uma residência e não uma clínica, um hospital ou uma escola*", voltada a "*oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência*".

Pelo que se observa, a entidade, por não ser hospital nem clínica, não oferece qualquer tratamento médico, ou seja, não existe acompanhamento médico como parte integrante da internação, devendo, se for o caso, a própria família do internado providenciar a presença de médico quando necessário. Os profissionais que atendem no regime de internação prestam serviços em termos de acompanhamentos, orientações e treinamentos para a vida diária, com oficinas ocupacionais, lazer e recreação. O objetivo da internação não é promover um tratamento médico, no sentido estrito e específico, mas oferecer uma "*uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência*".

O endereço eletrônico (http://www.residencianovotempo.org.br) da entidade revela a natureza, estrutura, características, objetivos e finalidades de sua atuação:

"*Um lugar construído pelos pais de quem tem necessidades especiais só pode ser especial.*
A Associação de Convivência Novo Tempo é um lugar especial para pessoas especiais. Localizado em um sítio, numa área rural de 17 hectares em Araçoiaba da Serra, próximo de um grande centro, a 120 Km de São Paulo, com muito verde e uma paz acolhedora. *Foi idealizada por pais de deficientes mentais que sentiram a necessidade de dar aos seus filhos, uma assistência qualificada 24 horas, difícil de ser realizada na sua própria casa*. Esses pais desejavam para seus filhos *uma vida independente, socialmente integrada e portanto, mais feliz.*
A associação está apta a receber deficientes intelectuais de diversos níveis de funcionalidade, *em regime de residência definitiva e semi-internato.* O trabalho fundamenta-se em oferecer a esses jovens e adultos uma vida de qualidade e de bem estar, propiciando oportunidades de desenvolvimento de suas potencialidades.
A Associação contra com uma piscina coberta e aquecida, pista de caminhada, bosque para pin-nic, campo de futebol e quadra de basquete. Desta forma, no processo de desenvolvimento dessas atividades, o objetivo final é agregar aos moradores autonomia, valorização pessoal e socialização" (g. n.).

"Quem Somos
A Associação de Convivência Novo Tempo é *uma entidade particular, sem fins*

lucrativos, fundada em 1997 por pais de pessoas com deficiência intelectual, localizada em Araçoiaba da Serra, interior de São Paulo. Trabalha *com sistema de moradia assistida*, tendo como *objetivos principais oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência*.

Dentro de nossa filosofia residencial, *não existe objetivos de reabilitação, tratamento e/ou internação. Não somos um hospital ou clínica, nem tão pouco uma escola*. Não existe estabelecimento de horários para visitas ou para retirada do(a) residente do espaço, desde que não interfiram nas dinâmicas internas e no funcionamento global da Associação.

A Associação conta com profissionais da área técnica da Psicologia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Terapia Ocupacional e Enfermagem, que atuam na supervisão e suporte de todas as atividades aplicadas aos nossos moradores. Além disso, os residentes são acompanhados por uma vasta equipe de monitores treinados e capacitados para o trabalho com os mesmos.

Dentro de nosso contexto, esse tipo de programação destina-se a adolescentes e adultos (idade mínima de 14 anos). Funciona diariamente, de maneira ininterrupta, com diversas atividades dirigidas aos residentes. *O suporte familiar deve ser constante, para que a família possa ser engajada na proposta residencial, a fim de não quebrar os laços familiares.*

A Equipe

Sua equipe técnica consta de Coordenador, Terapeuta Ocupacional, Psicólogo, Fonoaudiólogo, Fisioterapeuta, Enfermeiro, Monitores, Auxiliares de Monitores e Atendentes de Residência (período noturno). Toda equipe tem suas ações sob responsabilidade do Diretor(a) Técnico(a) desta entidade.

Ainda contamos com uma Gerente Administrativa que responde diretamente ao Conselho Administrativo, Auxiliares de Administração, Serviços Gerais e Serviços com o Sítio" (g. n.).

"Instalações

A Associação também se preocupa com o lazer e a interação com a sociedade. Para isso, conta com uma série de atividades internas e externas que contribuem para o desenvolvimento das habilidades sociais de seus moradores.

As atividades dedicadas para o lazer e recreação são também chamadas Atividades de Vida de Lazer (AVL's), e na Associação de Convivência Novo Tempo são divididas em:

Atividades de Finais de Tarde:

oficinas de dança e música, jogos, exercícios, caminhadas e piscina;

Atividades de Finais de Semana:

passeios, jogos, exercícios;

Férias:

realizamos duas férias durante nosso calendário, nas quais a rotina das oficinas ocupacionais é interrompida. Uma no mês de Julho e outra no mês de Janeiro. As férias duram três semanas consecutivas e são compostas por passeios externos realizados em nossa região;

Festas em Datas Comemorativas:

Carnaval, Dia das Mães, Dia dos Pais, Festa Junina, Festa da Primavera e Encerramento".

"FAQ

1. O que é Deficiência Mental ou Intelectual?

R. Segundo a descrição do DSM. IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) entende-se por Deficiência Intelectual ou Mental o indivíduo que apresenta um 'funcionamento intelectual significativamente inferior à média, acompanhado de limitações significativas no funcionamento adaptativo em pelo menos duas das seguintes áreas de habilidades: comunicação, auto-cuidados, vida doméstica, habilidades sociais, relacionamento interpessoal, uso de recursos comunitários, auto-suficiência, habilidades acadêmicas, trabalho, lazer, saúde e segurança'.

2. O que é Moradia (ou Residência) Assistida para pessoas com Deficiência Intelectual ou Mental?

R. Moradia Assistida para Pessoas com Deficiência Intelectual é uma casa, um lugar de convivência, onde as pessoas que ali habitam têm a oportunidade de viver em comunidade, assistidas por uma equipe preparada e amparada por um corpo técnico, que lhes dêem auxílio e subsídios para que desenvolvam atividades que lhes dêem prazer, e desta forma possam conquistar certa autonomia, de acordo com suas necessidades e limitações individuais. *Não é um hospital, clínica de internação ou de tratamento, nem mesmo uma escola*. Um projeto de moradia assistida consiste fundamentalmente por ser um local para Jovens e Adultos, onde a qualidade de vida e bem estar pessoal sejam a prioridade.

3. O que motiva as famílias a colocarem seus parentes numa Moradia Assistida?

R. São vários os motivos que levam os familiares a optarem por um sistema de moradia. Um dos principais é a preocupação com o futuro. Muitas famílias passam alguns anos com a angústia de se perguntarem 'E quando eu morrer, quem cuidará do meu filho?'. Uma Moradia Assistida, como a Associação de Convivência Novo Tempo, deve ter sua estrutura filosófica pautada na perenidade e continuidade do projeto, garantindo que o morador (residente) tenha sua vaga e seus cuidados preservados vitaliciamente. Outro fator importante de escolha é a diversidade de atividades que uma residência oferece aos seus moradores. Muitas vezes, na casa de seus familiares, as dificuldades como encontrar funcionários aptos para os cuidados, a correria da vida moderna, entre outros, impedem que o indivíduo tenha uma vida de qualidade, muitas vezes ficando restrito a um espaço pequeno, sem rotinas, prejudicando assim sua saúde física e mental.

4. Mas, deixando seu parente em uma moradia, a família não estaria 'abandonando'?

R. Vamos pensar no seguinte: toda a pessoa dita 'normal', com certa idade, passa a viver longe do seu núcleo familiar, seja porque vai estudar fora de casa, casar, passar uma temporada fora do país, entre outros, mas não deixam de ter o contato com seus familiares. Raciocinando desta maneira, porque as pessoas com deficiência não podem ter a mesma oportunidade? O jovem e o adulto deficientes intelectuais, quando vivem em uma moradia, também desenvolvem capacidades que lhes permitam 'existir' ALÉM do seu núcleo familiar, mas não ISENTOS da convivência familiar. Em um sistema de moradia não há horários de visitas preestabelecidos. É, na verdade, a casa do seu filho ou parente, portanto a presença e a participação das famílias serão sempre bem vindas. Portanto, não é abandono, e sim uma alternativa de oferecer ao indivíduo uma vida de relacionamentos, integração social e bem estar.

> 5. Qual o diferencial da Associação de Convivência Novo Tempo?
> R. Nossa entidade é uma Associação de pais. Foi criada, fundada e é administrada por pais de pessoas que são moradores daqui. Desta forma, está implícita a necessidade e o comprometimento da busca e manutenção constante da qualidade de nosso trabalho. Além disso, a Novo Tempo trabalha pautada numa visão individualizada, priorizando acima de tudo as características pessoais de cada um de nossos residentes. Nosso objetivo é oferecer aos nossos moradores um olhar holístico, ou seja, um olhar que transgrida o diagnóstico de deficiência e que considere a essência e as potencialidades desse indivíduo" (g. n.).

Como se observa, a própria entidade, Associação de Convivência Novo Tempo, expressamente afirma que "Dentro de nossa filosofia residencial, *não existe objetivo de reabilitação, tratamento e/ou internação. Não somos um hospital ou clínica, nem tão pouco uma escola*" e que "Não temos médicos, sendo que cada um de nossos residentes dispõem de um especialista responsável a critério das famílias e/ou responsáveis", e, ainda, que "Funciona diariamente, de maneira ininterrupta, com diversas atividades dirigidas aos residentes. *O suporte familiar deve ser constante, para que a família possa ser engajada na proposta residencial, a fim de não quebrar os laços familiares*" (f. 63).

Não obstante a especificidade dos serviços prestados, que não são de natureza médica, a diretora técnica da entidade discorreu sobre a evolução do quadro patológico do autor, dando detalhes que sequer a médica psiquiatra, que o atende especificamente, lançou em sua declaração, *verbis* (f. 64, grifamos):

> "*O residente está apresentando uma evolução significativa considerando seus aspectos individuais e dificuldades.*
> *Inicialmente, Regis demonstrava importante déficit de relacionamentos interpessoais, assim como episódios de auto-agressividade e agitação psicomotora. Hoje, a partir de todo o trabalho de convivência que nossa entidade propicia, o residente encontra-se mais sociabilizado, participa das atividades realizadas a contento, facilitando desta forma sua vida na comunidade.*
> *Levando em consideração suas características comportamentais oscilantes e sua patologia, entendemos que um espaço residencial é de fundamental importância para o mesmo. Regis necessita de acompanhamento constante, supervisão nas atividades de vida diária de maneira geral, permitindo assim a manutenção de seu quadro*".

Ainda que se trate de entidade com reconhecimento e idoneidade, e mesmo que não tenha fins lucrativos, a falta de relatório e avaliação médica em data anterior à internação não permite fixar parâmetro para a evolução e o êxito médico na internação, lembrando que tal entidade não presta, como ela própria e expressamente afirma, tratamento médico, e nem é especializada em "autistas", de modo que eventual melhora na condição do autor - ainda que admitida, apesar da falta de parâmetro anterior, e mesmo considerando que o laudo oficial não foi conclusivo quanto à melhora, mas apenas atestou a estabilidade - não pode ser comprovadamente atribuída à internação nem conduzir à certeza de que haverá regressão ou estagnação na condição médica do autor, caso lhe seja assegurado o direito de conviver com a família, dentro dos preceitos e recomendações feitas

pela medicina e amparada na legislação especial, que instituiu a política nacional de saúde pública para os portadores de transtorno mental.

VIII. Sobre o tratamento recomendado pela perícia judicial

Para dissipar o quadro nebuloso, estabelecido a partir da ação que nada provou a respeito de recomendação médica de internação, e sequer em relação ao histórico médico específico do autor antes de sua transferência para a entidade onde atualmente se encontra, foi deferida e realizada perícia médico-judicial, por profissional com especialidade psiquiátrica, Dr. PAULO MICHELUCCI CUNHA, CRM 105.865.

O laudo pericial médico informa que (f. 209/13):

"*LAUDO PERICIAL MÉDICO*
INTRODUCÃO
Autoridade Requisitante: MM. Juiz da Primeira Vara Federal de Sorocaba, 10ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.
Processo: 2009.61.10.011809-8
Carta Precatória
Nome do Periciando (a): Regis de Souza Costa
Documento: CPF: 745882731-91
DADOS PESSOAIS
Idade: 24 anos Nacionalidade: brasileira
Sexo: masculino Estado civil: solteiro
Data de nascimento: 07/07/1985 Escolaridade: nunca estudou
Natural de: Piracicaba - SP Profissão/Ocupação principal: não trabalha
Assistente técnico presente: Não
HISTÓRICO
(30/11/2009)
- Resumo da inicial:
O autor pleiteia o benefício da gratuidade de justiça.
- Condições da entrevista:
Necessitou do auxilio do pai para responder todas as perguntas. O periciando não é capaz de entender o objetivo desta perícia.
- História pessoal
Nascido de parto cesárea, desde os 3 anos de vida com isolamento, falta de interação com outras crianças e não desenvolvimento da fala como esperado para a idade. Nega ter tido doenças graves na infância.
Nunca estudou
É solteiro. Mora na associação de convivência Novo Tempo na cidade de Araçoiaba da Serra.
Nunca trabalhou. Não apresentou CTPS.
O pai relata que sua doença começou na medida em que sempre foi muito isolado e não desenvolveu a fala, além de ser muito agitado. Não interagia com outras crianças. A hiperatividade foi aumentando ao longo do tempo. Iniciou tratamento psiquiátrico aos 5 anos de idade e uso de medicamentos. O convívio em família sempre foi muito difícil tendo procurado tratamento em diversas instituições. Após

os 18 anos de idade passou a morar em hospitais/clínicas. No momento internado na associação de convivência Novo Tempo desde fevereiro de 2006. Medicações em uso atual: imovane 7,5 mg/dia, donaren 100 mg/dia, risperidona 3 mg/dia e neuleptil4% 120 gts/dia.

O pai considera que com o tratamento atual esta mais tranqüilo, embora venha visitá-lo a cada 4 meses, não tendo contato.

Apresentou atestado médico de 26/11/2009 da Dra. Chisleine Fátima de Abreu, CRM 51.608 com diagnóstico de autismo infantil (F84.0/CID-10).

Nega história de doença psiquiátrica na família.

Nega uso de álcool e drogas ilícitas.

Apresenta também as seguintes comorbidades: tumoração em hálux direito, em avaliação.

EXAME FÍSICO

- Geral: BEG, corado, hidratado, eupnéico, anictérico, acianótico, afebril.
- Cardiopulmonar: 2 BRNF s/ sopro; MV+ s/ RA.
- Abdome: sem alterações.
- Extremidades: boa perfusão, sem edemas. Apresenta tumor em hálux direito.

EXAME PSÍQUICO

- Apresenta-se em trajes adequados e em boas condições de higiene.
- Consciente e vigil.
- Comportamento inquieto, inadequado
- Entra na sala, senta-se no chão e fica lendo um panfleto. Apresenta movimentos estereotipados, ri de forma inadequado e sem estímulo.
- Grita, faz sons não compreensíveis.
- Atenção voluntária e espontânea prejudicadas.
- Orientação temporal e espacial prejudicadas. Orientação autopsíquica prejudicada.
- Memória de longo prazo e de fixação prejudicada.
- Não há verbalização.
- Crítica e capacidade de julgamento prejudicados.

EXAMES COMPLEMENTARES

- Desnecessário para o deslinde desta perícia.

DISCUSSÃO

O periciando apresenta ao exame psíquico comprometimento global cognitivo com limitada capacidade de comunicação, comportamento inadequado, movimentos estereotipados e emissão de sons incompreensíveis.

O quadro é compatível com autismo infantil.

Tem usado imovane 7,5 mg/dia, donaren 100 mg/dia, risperidona 3 mg/dia e neuleptil4% 120 gts/dia com resposta satisfatória ao tratamento, no que diz respeito ao controle da agitação e heteroagressividade.

Considerando os elementos apresentados, o periciando apresenta incapacidade total e permanente para o trabalho.

CONCLUSÃO

As alterações diagnosticadas geram uma incapacidade total e permanente para o desempenho de sua atividade habitual. Há dependência de terceiros para a atividades da vida diária.

QUESITOS DO JUÍZO [f. 136]

1. O autor é portador de alguma doença ou deficiência? Em caso positivo, especificar e informar quais as implicações da patologia no desenvolvimento do autor.
Sim. Autismo infantil, que se caracteriza por um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade dos 3 anos de idade com prejuízos nas interações sociais, comunicação (linguagem) e comportamento (repetitivos e focalizados). Além disso apresenta outras manifestações, como medos, alterações no sono e alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade).
2. O autor necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados?
Não, desde que os familiares sejam treinados para lidar com suas dificuldades.
3. O tratamento, em tempo integral, em instituição especializada na patologia que o acomete traria melhoras na qualidade de vida, bem-estar e relacionamentos interpessoais e de convivências do autor?
Nos últimos anos, desde a reforma psiquiátrica, tratamento em tempo integral não são indicados para o tratamento dos diversos transtornos mentais, incluindo o autismo. Internações em tempo integral são necessárias em períodos de desestabilização ou troca de medicações. Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS, com participação e proximidade dos familiares."

O laudo ainda respondeu a quesitos das partes e para uma melhor compreensão, faremos a transcrição do quesito e da resposta respectiva.

Quesitos e respostas ao Estado de Mato Grosso do Sul (f. 140/1 e 211/2):

"1) O paciente é portador de autismo? Quais exames clínicos e laboratoriais confirmam este diagnóstico? O que eles mostraram?"
"1. Sim. O diagnóstico é clínico e observado ao longo do desenvolvimento do portador. Não há exames laboratoriais que confirmem o diagnóstico."
"2) Quais são os sintomas desta(s) doença(s)? O paciente possui estes sintomas? Como se demonstram estes sintomas no paciente?"
"2. O autismo infantil se caracteriza por um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade dos 3 anos de idade com prejuízos nas interações sociais, comunicação (linguagem) e comportamento (repetitivos e focalizados). Além disso apresenta outras manifestações, como medos, alterações no sono e alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade). O autor possui todos os sintomas apresentados, os quais tem sido controlados e reabilitados através do tratamento."
"3) Quais são os tratamentos existentes no Brasil para tratamento desta enfermidade? Quais são disponíveis na rede pública de saúde?"
"3/4. O tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em CAPS infantil e adulto - dependendo da idade do portador. Existe também a AMA (Associação de amigos do autista). Não existem programas do SUS específicos para o autismo, sendo tratados juntamente aos portadores de doenças mentais graves. Em relação ao tratamento particular o tratamento pode ser feito em clínicas especializadas em pacientes com transtorno mental grave ou deficientes."
"5) De quais tratamentos o paciente já fez uso? Foram ineficazes? Por quê?"
"5. Fez tratamento em Campo Grande em clínicas multidisciplinares em regime

parcial (meio período) e desde 2006 está internado em clínica multidisciplinar em regime integral na cidade de Araçoiaba da Serra. Não. Há evidências de estabilidade do quadro clínico atual."
"6) O paciente está sendo atendido pelo SUS?"
"6. Não."
"7) O paciente já procurou atendimento na 'AMA - Associação de Pais e Amigos dos Autistas' em Campo Grande?"
"7. Resposta prejudicada."
"8) A internação do paciente na Associação de Convivência Novo Tempo, considerando que irá ficar afastado de seus pais e parentes, irá trazer benefícios ou prejuízos para o tratamento do autor?"
"8. Trará prejuízos em relação à distância dos pais e parentes do periciando, já que esta questão é considerada importante no tratamento de doenças mentais graves, cujo tratamento objetiva a melhora da socialização do indivíduo em seu meio."

Quesitos e respostas à Defensoria Pública da União (f. 142/142v e 212):

"1. O autor necessita de uma instituição especializada em pessoas com autismo e/ou deficiência mental? A situação do autor exige tratamento em tempo integral? Explique."
"1. Não. O autor necessita de uma instituição especializada em transtornos mentais graves. Não. O tratamento em regime integral é questionável e não é a recomendação para o tratamento do autismo."
"2. Analisando a situação do autor e as especificidades que sua condição de saúde demanda, qual seria o método de tratamento mais indicado? A associação onde se encontra (Associação de Convivência Novo Tempo) oferece terapia adequada?"
"2. O tratamento mais indicado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com períodos de internação em tempo integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em regime parcial na maior parte do tempo, incluindo a presença e proximidade dos familiares. Sim."
"3. Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) estão capacitados para o tratamento do autor? Por quê? Quais são as especialidades dos CAPS?"
"3. Sim. Os CAPS são indicados e especializados para o tratamento de transtornos mentais graves, inclusive o autismo."
"4. Interromper o tratamento que realiza na Associação de Convivência Novo Tempo, dirigindo-se a uma instituição sem especialização na enfermidade que o acomete, poderá resultar em prejuízo à sua saúde? A mesma coisa pode-se dizer de sua educação? Haverá retrocesso? Explique."
"4. A instituição em que está internado o autor não é especializada em autismo e sim em pacientes portadores de deficiência mental. Uma instituição próximo de sua família poderá beneficiar o tratamento do autor. Não é possível prever se haverá retrocesso."
"5. O tratamento adequado é imprescindível para evitar episódios de auto-agressividade e agitação psicomotora no autor?"
"5. Não. Assim como qualquer doença mental grave os períodos de agitação e agressividade podem ocorrer independentemente do tratamento realizado."

"6. Existe déficit de relacionamentos interpessoais no autor? Este está sendo tratado na Associação de Convivência Novo Tempo?"
"6. Sim. Sim, parcialmente, já que não há participação freqüente dos familiares."
"7. Instituições que trabalham com os transtornos globais do desenvolvimento são adequadas e suficientes para tratar o autor? Por quê?"
"7. Sim. São capacitadas para este tratamento."
"8. Qual seria a estrutura da instituição capacitada para atender às necessidades do autor? Poderia citar algumas instituições com estas características?"
"8. Instituições que trabalhem a reabilitação do portador de autismo em regime de tratamento parcial ao longo do dia. Ex. AMA e CAPS."
"9. Demais esclarecimentos que o Sr. Perito entender pertinentes."

Quesitos e respostas à Advocacia Geral da União (f. 147/8 e 212/3):

"1 - Queira o ilustre Perito descrever a moléstia acometida pelo Autor? Detalhar, minuciosamente, as razões do convencimento neste particular;"
"1. O autor é portador de autismo infantil, que se caracteriza por um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade dos 3 anos de idade com prejuízos nas interações sociais, comunicação (linguagem) e comportamento (repetitivos e focalizados). Além disso apresenta outras manifestações, como medos, alterações no sono e alimentação, crises de birra e agressividade (auto e heteroagressividade). O autor possui todos os sintomas apresentados, os quais tem sido controlados e reabilitados através do tratamento."
"2 - Pode afirmar com precisão que o referido distúrbio não pode ser tratado no Centro de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenis, situado no Município de Campo Grande/MS (Rua da Travessa Ana Vani, nº 44, Jardim dos Estados, tel 67-33143874)? Com base em que documentos? Detalhar, minuciosamente, as razões do convencimento neste particular;"
"2. Sim. O autor é maior de 18 anos e deve buscar tratamento em CAPS adulto. Resposta prejudicada."
"3 - O distúrbio em questão exige tratamento por tempo indeterminado, inclusive, a sua internação em caráter permanente em instituição especializada? Qual o prognóstico na espécie?"
"3. Exige tratamento por tempo indeterminado, não sendo indicada a internação em regime integral, o tempo todo. O tratamento mais indicado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com períodos de internação em tempo integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em regime parcial na maior parte do tempo, incluindo a presença e proximidade dos familiares. O prognóstico em geral é reservado."
"4 - Considerando o domicílio da família do Sr. Regis - Campo Grande/MS, seria importante que o tratamento se concretizasse nesse local? 5 - Queira, finalmente, o Sr. Perito prestar outros esclarecimentos úteis ou necessários para o deslinde da questão."
"4. Sim. A presença dos familiares no tratamento de portadores de transtornos mentais graves, incluindo o autismo é de fundamental importância, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes. Embora a associação em que

está internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos interpessoais mais significativos neste caso, os pais não tem sido contemplados."

As partes não indicaram assistentes técnicos, inexistindo, portanto, pareceres técnicos divergentes do laudo oficial para descaracterizar o que, na perspectiva médica, foi atestado pelo perito judicial.

Em resumo, o perito judicial atestou o seguinte sobre as diversos aspectos abordados nos quesitos formulados:

(I) doença diagnosticada: autismo infantil, com características que lhe são próprias (desenvolvimento anormal ou alterado, prejuízo nas interações sociais, em termos de comunicação/linguagem e comportamento - repetitivos e focalizados, medos, alterações no sono e na alimentação, crises de birra e agressividade contra si e contra terceiros), classificada na categoria médica como *Transtorno Global do Desenvolvimento* - TGD, CID F84 (autismo infantil - CID F84.0), que não se confunde com a categoria médica do *Retardo Mental*, nas suas diversas modalidades, CID F70/F79;

(II) necessidades do autor: não necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados, desde que familiares sejam treinados para lidar com suas dificuldades; e "necessita de uma instituição especializada em transtornos mentais graves" (lembrando que, na técnica médica, transtorno mental grave é diferente de retardo mental grave; e, na categoria dos TGDs - F84.0 a F84.9, F88 e F89, o autismo infantil é a modalidade mais severa);

(III) tratamento contraindicado: "tratamento em regime integral é questionável e não é a recomendação para o tratamento do autismo"; regime de internação integral apenas em períodos de desestabilização ou troca de medicações; e a internação na Associação de Convivência Novo Tempo "Trará prejuízos em relação à distância dos pais e parentes do periciando, já que esta questão é considerada importante no tratamento de doenças mentais graves, cujo tratamento objetiva a melhora da socialização do indivíduo em seu meio";

(IV) tratamento indicado: "tratamento por tempo indeterminado, não sendo indicada a internação em regime integral, o tempo todo. O tratamento mais indicado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com períodos de internação em tempo integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em regime parcial na maior parte do tempo, incluindo a presença e proximidade dos familiares"; "Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS, com participação e proximidade dos familiares"; "A presença dos familiares no tratamento de portadores de transtornos mentais graves, incluindo o autismo é de fundamental importância, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes";

(V) Associação de Convivência NOVO TEMPO: "A instituição em que está internado o autor não é especializada em autismo e sim em pacientes portadores de deficiência mental. Uma instituição próximo de sua família poderá beneficiar o tratamento do autor"; existe déficit parcial nos relacionamentos interpessoais do autor, "já que não há participação freqüente dos familiares"; "Embora a associação em que está internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos interpessoais mais significativos neste caso, os pais não tem sido contemplados";

(VI) atendimento no CAPS ou AMA: "tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em CAPS infantil e adulto - dependendo da idade

do portador. Existe também a AMA (Associação de amigos do autista)"; "autor é maior de 18 anos e deve buscar tratamento em CAPS adulto"; e

(VII) prognósticos na mudança de tratamento: "Não é possível prever se haverá retrocesso"; e "como qualquer doença mental grave os períodos de agitação e agressividade podem ocorrer independentemente do tratamento realizado."

O perito judicial não atestou a ineficácia do tratamento em clínicas multidisciplinares em tempo parcial, feito pelo autor em Campo Grande/MS, tendo, ao contrário, recomendado o tratamento junto ao CAPS adulto ou AMA, próximo dos familiares, contrariando, portanto, a opinião familiar que motivou a internação em tempo integral em localidade distinta da residência da família.

Parece claro dos autos que internação, como atualmente ocorre, e tratamento, tal como recomendado, são coisas bem distintas: a primeira, diante da situação estabelecida conduz ao isolamento quase completo do internado em relação à família, tendo sido relatado que apenas o pai faria visitas de quatro em quatro meses e, mesmo depois do custeio das despesas com a entidade, não se tem notícia nem comprovação de que tenha havido um estreitamento ou maior participação dos familiares, e não apenas do pai, na reabilitação e socialização do autor; já o tratamento, tal como recomendado pela perícia judicial, comporta internação parcial como regra, em instituição pública ou privada, e integral somente nos episódios de crise, associada sempre à ênfase na constante interação e comprometimento da família com todo o processo de desenvolvimento do portador do autismo.

Note-se que, na avaliação pericial, consta referência a episódios de crise como justificativa de internação e, ainda, assim, temporária. Todavia, não foi diagnosticado qualquer comportamento, pelo autor, que não fosse o típico da patologia, destacadamente o "alheamento", principal característica. Não houve relato de quadro de violência, a si ou a outrem, como traço freqüente no histórico da conduta do autor e, ao contrário, foi destacado que a medicação ministrada, que nada revela de excepcional em termos de espécie ou quantidade, confere estabilidade ao quadro clínico, capaz de inibir e controlar agitação e mesmo a heteroagressividade, enquanto característica geral da doença. Assim, ao que se percebe, a doença do autor, com a correta medicação e atenção, não oferece risco concreto à integridade física, pessoal ou de terceiros, que justifique a internação em caráter permanente.

Reitere-se que a psiquiatra, que assiste o autor, nem de longe tratou da hipótese de internação como necessidade para garantir integridade física, seja do próprio autor, seja de terceiro. Nada, absolutamente nada foi registrado neste aspecto e, ao contrário, o laudo judicial atesta a adequação dos medicamentos no tratamento e controle físico da interação do autor com o meio-ambiente, objetos e eventualmente com terceiros. O relato restringe-se ao "alheamento", movimentos corporais estereotipados, sem estímulo ou causa, gritos sem verbalização, nada que, porém, denote causa justificadora, do ponto de vista médico, de internação e isolamento familiar do autor.

A internação em tempo integral, especialmente em entidades com estrutura de excelência e conforto para o doente, poderia ser vista como a melhor opção para a família, sobretudo diante do evidente desgaste imposto pela rotina, sistematização de procedimentos e restrições que o convívio com o portador do autismo tende, inevitavelmente, a criar. Dizer que o ritmo de vida atual impede a família de adaptar-se à rotina de necessidades do autor significaria legitimar a política de internação de todos os autistas, paradoxalmente fazendo com que a sociedade e as famílias ficassem "alheias" a uma realidade, em

que, por questões não apenas médicas, mas humanitárias, se deve recriminar a omissão e a inércia, estimulando exatamente o contrário, a ação e a participação. Claro que a família que possui um autista deve aprender a viver de forma diferenciada, adequada e necessária ao aprendizado mútuo que exige a presença de pessoa, que possui não apenas necessidades especiais, como qualidades especiais, que a maioria de nós ainda não aprendeu a enxergar ou, ainda pior que isto, que alguns consideram ser motivo de discriminação, segregação e isolamento.

A família com membro autista não é melhor e nem pior que outras, apenas é diferente porque exige rotina de intenso e pleno envolvimento no bem-estar do doente. É sabida a desestruturação que pode causar, no convívio familiar e na manutenção da vida profissional dos pais. Não raro, um deles, pai ou mãe, caso a opção seja dedicação ao filho autista, acaba necessitando abandonar a vida profissional ou restringi-la severamente, a fim de compatibilizar o tratamento em tempo parcial nas instituições especializadas com o tempo remanescente no lar.

A internação em tempo integral, longe da família, privando o filho da assistência, não material, mas afetiva e emocional - e nem se diga que por ser autista a criança ou adulto não tem sentimentos, como pessoa que é, ainda que portadora de necessidades especiais - não é recomendada, seja pela medicina, seja pela legislação, que regula a situação jurídica do portador de transtorno mental, atribuindo-lhe, apesar da incapacidade absoluta, direitos que não lhe podem ser alienados, por quem quer que seja, ainda que pela própria família, da qual se exige participação e comprometimento no tratamento a fim de propiciar melhor condição de vida ao portador da doença.

O Poder Público e as entidades, sejam públicas ou privadas, podem auxiliar, mas não podem substituir-se à família nesta tarefa, porque ninguém é melhor do que ela própria para atuar, efetivamente, no acompanhamento, formação e desenvolvimento do portador da doença, não apenas porque exista dever no plano jurídico e moral, mas porque, terapeuticamente, já se reconhece a importância desta participação e interação familiar, longe do mito, cruel e infundado, de que o autista não possui, não nutre, não cultiva ou não expressa sentimentos. A modo específico e próprio, com as restrições que a situação individual de cada ser impõe, o portador da doença pode ter a sua condição de vida melhorada no seio e com a assistência familiar, e esta parece ser a orientação que predomina no conceito e modelo médico vigente, tal como deixou expresso o laudo oficial.

O movimento “antimanicomial” não é apenas um conceito médico, um modelo legal, mas, paulatinamente, tem crescido como *valor social*, pautado pela *valorização da integração e socialização*, contra as políticas de segregação, isolamento e abandono familiar ou social.

IX. Sobre o tratamento assegurado à luz da legislação

A conclusão pericial não decorre apenas do que prevalece, hoje, em termos de modelo de tratamento aprovado e recomendado pela medicina, pois o que existe, efetivamente, é a transformação da experiência médica em política de saúde pública, estabelecida e consagrada pela legislação. A discussão, portanto, não se resolve apenas a partir de critério médico, nem de exame no plano abstrato e genérico de princípios constitucionais abertos, como dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), mas envolve, efetivamente, o exame de aspectos práticos e concretos da densidade normativa, que decorre da implementação

legislativa de princípios através de normas instituídas para a proteção dos direitos dos portadores de transtornos mentais e reconstrução do modelo assistencial em saúde mental.

A quem cabe, afinal, dizer o que é a dignidade da pessoa humana em termos de tratamento médico? À família, segundo a experiência prática que possui com o doente? Aos médicos, que têm capacitação profissional para dizer o que a medicina recomenda e considera mais eficiente? Ao legislador, que edita a norma à luz de conceitos técnicos e políticos? Ao Judiciário, que a todos ouve, aplicando técnica jurídica, segundo e conforme a Constituição e a legislação?

O ideal parece situar-se na ponderação de todos os valores, critérios e experiências, que estão revelados nos autos: primeiramente, a família formulou sua opção, antes mesmo de ajuizar esta ação, quando, em 2006, fez a internação do autor em tempo integral e o perito médico retratou, a partir do exame do autor, o que a medicina recomenda em termos de tratamento.

Cabe considerar, agora, como o legislador forjou, em termos legais, a consecução prática do princípio da dignidade da pessoa humana, que apresenta toda a sua força normativa em relação aos portadores de transtornos mentais, cuja capacidade cognitiva, decisória e de expressão, podendo estar afetada, de forma parcial ou integral, pela doença, coloca nas mãos de terceiros a responsabilidade de definir o destino que o próprio doente não pode, por si, definir.

Aqui, neste processo, existe mais do que a polêmica questão acerca da autoridade da família para definir, livre e absolutamente, o tratamento médico a ser aplicado a um de seus membros, em caso de incapacidade absoluta, pois, que fique claro para a exata compreensão da controvérsia, não é apenas a opção, em si, que se quer fazer prevalecer. O conflito, presente nesta ação, não se situa no plano estrito do direito de escolher, mas abrange a imposição a um terceiro, no caso, ao Poder Público, das conseqüências do exercício de tal opção e, assim, impõe ao Judiciário a atribuição, primeira e essencial, de formular um juízo de adequação, no plano médico e jurídico, da decisão adotada pela família quanto ao tratamento destinado ao autor, absolutamente incapaz.

No plano médico, a perícia judicial trouxe a recomendação médica aplicável, cabendo, agora, examinar, sob o prisma jurídico da concretude legal, se encontra amparo a pretensão deduzida pelo autor, através do representante legal e genitor.

Vejamos, a propósito, o que estabelece a Lei 10.216/2001:

> "Art. 1º Os direitos e a proteção das *pessoas acometidas de transtorno mental*, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.
> Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.
> Parágrafo único. *São direitos da pessoa portadora de transtorno mental*:
> *I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades*;
> II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.
Art. 3º É responsabilidade do Estado o *desenvolvimento da política de saúde mental*, a assistência e a promoção de ações de saúde aos *portadores de transtornos mentais*, com a devida *participação da sociedade e da família*, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.
Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.
§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.
§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º." (g. n.)

Como evidente, o artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei 10.216/2001, garante aos portadores de transtornos mentais "acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades", o que significa que o legislador valorizou e centralizou na pessoa e no interesse do doente, e não na opinião ou conveniência seja da família, seja do Estado, todos os esforços para a satisfação de sua necessidade de tratamento.

Desde logo, porém, estabeleceu o legislador a premissa de que não haverá internação, em qualquer de suas modalidades, salvo "*quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes*" (artigo 4º da 10.216/2001), o que se destinou, claramente, a combater a *cultura da segregação*, fortemente presente na política pública de saúde, por longo período, e ainda muito enraizada como prática social, em diversos níveis da sociedade.

Erigiu-se, pois, como critério legal, constitucionalmente fundado, o do melhor tratamento conforme as necessidades do portador de transtorno mental vedada a internação como tratamento ou medida terapêutica, salvo insuficiência de recursos extra-hospitalares. Desse modo, o Estado não deve impor, oferecer ou facilitar a internação injustificada em instituições públicas ou privadas, ainda que seja este o interesse ou a conveniência da família, se existir possibilidade de tratamento alternativo, especialmente com o convívio e assistência familiar.

Para viabilizar o mandamento legal, que decorre de imperativo da própria Constituição Federal, foi criada estrutura de serviços para o atendimento das necessidades inerentes a tais tratamentos. O Ministério da Saúde baixou a Portaria 336/GM, de 19 de

fevereiro de 2002, prevendo, em seu artigo 1º, os Centros de Atenção Psicossocial, em diferentes modalidades de serviço: CAPS I, CAPS II e CAPS III, definidos por ordem crescente de porte/complexidade e abrangência populacional, com capacidade para "realizar, prioritariamente o atendimento a pacientes com *transtornos mentais severos e persistentes* em sua área territorial, em regime de tratamento intensivo, semi-intensivo e não intensivo" (§ 1º).

Lembremos que, conforme classificação internacional de doenças, *autismo infantil*, transtorno global do desenvolvimento - TGD, é modalidade severa, grave e persistente da patologia, cujo tratamento é alcançado pelo sistema CAPS de atendimento psicossocial, não havendo prova alguma nos autos de que a rede criada exclua portadores de autismo infantil, os quais não são portadores de retardo ou deficiente mental (CID - 10).

Os CAPS I funcionam no período de 08:00 às 18:00 horas em 02 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana (artigo 4º, item 4.1, letra *f*); os CAPS II, CAPS i II, e CAPS ad II, das 08 às 18 horas em 02 (dois) turnos, durante os cinco dias úteis da semana, podendo comportar um terceiro turno funcionando até às 21:00 horas (artigo 4º, item 4.2, letra *f*; item 4.4, letra *g*; e item 4.5, letra *g*); e os CAPS III, com serviço ambulatorial de atenção contínua, durante 24 horas diariamente, incluindo feriados e finais de semana (artigo 4º, item 4.3, letra *a*).

Conforme o artigo 4º, item 4.3, da portaria ministerial, a estrutura e os serviços prestados pelos CAPS - citando-se, para o caso concreto e a título de ilustração, o III, destinado a adultos, como é o caso do autor -, são os seguintes:

> "4.3 - CAPS III - Serviço de atenção psicossocial com capacidade operacional para atendimento em municípios com população acima de 200.000 habitantes, com as seguintes características:
> a - constituir-se em serviço ambulatorial de atenção contínua, durante 24 horas diariamente, incluindo feriados e finais de semana;
> b - responsabilizar-se, sob coordenação do gestor local, pela organização da demanda e da rede de cuidados em saúde mental no âmbito do seu território;
> c - possuir capacidade técnica para desempenhar o papel de regulador da porta de entrada da rede assistencial no âmbito do seu território e/ou do módulo assistencial, definido na Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS), por determinação do gestor local;
> d - coordenar, por delegação do gestor local, as atividades de supervisão de unidades hospitalares psiquiátricas no âmbito do seu território;
> e - supervisionar e capacitar as equipes de atenção básica, serviços e programas de saúde mental no âmbito do seu território e/ou do módulo assistencial;
> f - realizar, e manter atualizado, o cadastramento dos pacientes que utilizam medicamentos essenciais para a área de saúde mental regulamentados pela Portaria/GM/MS nº 1077 de 24 de agosto de 1999 e medicamentos excepcionais, regulamentados pela Portaria/SAS/MS nº 341 de 22 de agosto de 2001, dentro de sua área assistencial;
> g - estar referenciado a um serviço de atendimento de urgência/emergência geral de sua região, que fará o suporte de atenção médica.
> 4.3.1 - A assistência prestada ao paciente no CAPS III inclui as seguintes atividades:
> a - atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, orientação, entre outros);

b - atendimento grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
c - atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
d - visitas e atendimentos domiciliares;
e - atendimento à família;
f - atividades comunitárias enfocando a integração do doente mental na comunidade e sua inserção familiar e social;
g - acolhimento noturno, nos feriados e finais de semana, com no máximo 05 (cinco) leitos, para eventual repouso e/ou observação;
h - os pacientes assistidos em um turno (04 horas) receberão uma refeição diária; os assistidos em dois turnos (08 horas) receberão duas refeições diárias, e os que permanecerem no serviço durante 24 horas contínuas receberão 04 (quatro) refeições diárias;
i - a permanência de um mesmo paciente no acolhimento noturno fica limitada a 07 (sete) dias corridos ou 10 (dez) dias intercalados em um período de 30 (trinta) dias.
4.3.2 - Recursos Humanos:
A equipe técnica mínima para atuação no CAPS III, para o atendimento de 40 (quarenta) pacientes por turno, tendo como limite máximo 60 (sessenta) pacientes/dia, em regime intensivo, será composta por:
a - 02 (dois) médicos psiquiatras;
b - 01 (um) enfermeiro com formação em saúde mental.
c - 05 (cinco) profissionais de nível superior entre as seguintes categorias: psicólogo, assistente social, enfermeiro, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico;
d - 08 (oito) profissionais de nível médio: técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão.
4.3.2.1 - Para o período de acolhimento noturno, em plantões corridos de 12 horas, a equipe deve ser composta por:
a - 03 (três) técnicos/auxiliares de enfermagem, sob supervisão do enfermeiro do serviço;
b - 01 (um) profissional de nível médio da área de apoio;
4.3.2.2 - Para as 12 horas diurnas, nos sábados, domingos e feriados, a equipe deve ser composta por:
a - 01 (um) profissional de nível superior dentre as seguintes categorias: médico, enfermeiro, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional, ou outro profissional de nível superior justificado pelo projeto terapêutico;
b - 03 (três) técnicos/auxiliares técnicos de enfermagem, sob supervisão do enfermeiro do serviço
c - 01 (um) profissional de nível médio da área de apoio."

Trata-se, portanto, de estrutura pública de atendimento a portadores de doenças de natureza mental, instituída por força de lei e de mandamento da Constituição Federal.

X. Sobre a aplicação do critério legal do melhor atendimento segundo as necessidades do autor

A definição da solução, mediante aplicação do critério legal do *melhor atendimento*

segundo as necessidades do autor, não deve partir, pois, da conveniência familiar ou do Poder Público, mas do que a medicina recomenda como técnica ou modelo de tratamento mais eficaz, senão para a cura, ao menos para garantir ao doente, condição de vida mais digna, o que, no caso específico de portadores de autismo, parece vivamente significar e induzir à permanente e insistente busca do desenvolvimento da capacidade de socialização da criança, adolescente ou adulto acometido da enfermidade.

A grande controvérsia deste processo reside na *opção familiar pela internação em tempo integral*, agravada pela distância entre Campo Grande e Araçoiaba da Serra, apoiada, tecnicamente, apenas por declaração da psiquiatra, que faz o atendimento do autor desde que este foi internado.

No entanto, como anteriormente observamos, esta opinião médica é fundada exclusivamente nas características gerais da doença, no fato de ter o autor, enquanto autista, "dificuldades de relacionamento interpessoal" (f. 19), o que antecipamos ser insuficiente para respaldar a solução, sobretudo porque a conclusão do perito judicial foi, motivadamente, contrária e, contra tal conclusão, não vieram pareceres técnicos divergentes, mas apenas alegações jurídicas que se resumiram ao seguinte (f. 220/1):

> "O autismo é um transtorno neurológico que leva a pessoa ao isolamento, sendo que o autista tem muita dificuldade em relacionar-se com outras pessoas e com o meio social, necessitando, assim, especial atenção.
> Consoante já informado acima, o autor não foi elegível para freqüentar a AMA (fl. 121). Quanto ao CAPS, esses apenas dão acompanhamento ambulatorial interdisciplinar para portadores de transtornos mentais, ao passo que o autismo exige que a pessoa seja estimulada a conviver em sociedade, que assimile quais as necessidades, como higiene pessoal, alimentação, etc. Sem o devido acompanhamento não haverá evolução.
> Assevere-se que o autismo não tem cura, tanto que o perito consignou que o autor está total e permanentemente incapaz (fl. 212). O histórico do autor não deixa dúvidas acerca da necessidade de acompanhamento apto a sua melhora intersocial, tendo-o obtido na Associação de Convivência Novo Tempo, tanto que o Especialista do Juízo classificou-a como de excelência (fl. 214).
> Apenas para se ter um parâmetro, a referida associação conta com profissionais das seguintes áreas: psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional, nutrição e enfermagem.
> Como asseverado alhures, o autor já passou por inúmeras Instituições (tanto em tempo integral quanto em tempo parcial), obtendo melhoras significativas apenas na Associação de Convivência Novo Tempo.
> Vale transcrever a declaração firmada pela Dra. Chisleine Fátima de Abreu (Psiquiatra - CRM 51.608):
> 'Devido às dificuldades de relacionamento interpessoal, à necessidade de cuidados e supervisão para os cuidados pessoais e segurança necessita estar vivendo em regime de internato.
> Neste regime de internato, com profissionais especializados no cuidado e estímulo a pacientes dependentes, como é o caso do Régis, vem apresentado progresso dentro das possibilidades de seu quadro clínico-psiquiátrico'.
> No que tange ao acompanhamento familiar no tratamento, não pairam dúvidas sobre

sua importância. No entanto, até que haja o custeamento pelo Estado da terapia postulada, inviabilizada estará uma visitação com maior freqüência. Isso porque a família do autor dispende mais de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) por mês para manter o Sr. Regis de Souza na clínica em Açoiaba da Serra - SP (fl. 161).
Em razão disso, o Sr. Reginaldo Brito da Costa, pai do autor, comparece nessa Instituição Defensória para registrar:
'(...) por conta dos dispêndios com o tratamento de saúde do Régis de Souza, não dispõe de condições financeiras para ir com mais freqüência visitá-lo na Clínica em São Paulo, onde se encontra internado seu filho. No entanto, registrou que, em sendo o tratamento na Associação de Convivência Novo Tempo custeado pelo Estado, poderá passar a visitá-lo com freqüência de até 15 dias. Isso porque, no momento, parte substancial do seu salário (65%) é utilizado para manutenção do Régis de Souza Costa na Clínica em São Paulo (Associação de Convivência Novo Tempo' (documento anexo).
....."

Tal pretensão deve ser afastada no que reitera a internação, que não se encontra devidamente justificada para contrapor-se à conclusão pericial.

Isso porque, primeiramente, não se encontra em discussão aqui se a entidade onde ocorre a internação é de excelência ou não, até porque não se trata, como demonstrado, de clínica, hospital ou escola, mas casa de convivência com terapias ocupacionais que, embora possam colaborar para o bem-estar geral do paciente, não significam, necessariamente, evolução do quadro médico, que o perito judicial atestou estar estabilizado com uso, inclusive, de medicamentos (f. 212), nem, por outro lado, que deva o Poder Público custear a opção da família pelo regime de internação em tempo integral, em localidade distante e de alto custo, sem indicação médica suficiente da necessidade em favor da saúde do paciente.

Note-se, aliás, que requisitos fundamentais para o reconhecimento do dever do Poder Público de ofertar, gratuitamente, medicamento ou tratamento médico, são, primeiramente, a efetiva necessidade econômica e social da família, devidamente provada nos autos, além de qualquer dúvida - o que não ocorre no caso dos autos -; e, depois, a prescrição médica, atestando a eficácia e adequação do medicamento ou tratamento judicialmente pleiteado, o que, igualmente, não se tem concretizado nos autos.

Todavia, o que parece mais grave é que a opção pela internação em tempo integral, feita pela família, que busca respaldo financeiro do Poder Público para tal escolha terapêutica, não é compatível com os fundamentos da política pública de saúde mental, através da qual o Executivo é obrigado a investir, não em tratamento de internação privada, a custo que seja, a portadores de transtornos mentais, mas em tratamento público, através da criação de rede de atendimento que não privilegie a internação como método terapêutico, e muito menos ainda em instituições de características asilares (artigo 4º, *caput*, e § 3º, da Lei 10.216/2001), ainda que de excelência ou dotados de estrutura física e recursos humanos que possam garantir conforto para o paciente, e tranqüilidade à família.

Ao contrário disso, o que a legislação foca é o dever do Estado de promover a assistência à saúde, com a "devida participação da sociedade e da família" (artigo 3º, da Lei 10.216/2001).

Note-se que o autor tem direito social não apenas à saúde, mas à *educação*

compatível com a sua necessidade especial. Quando o autor esteve na cidade de Campo Grande freqüentou entidades dedicadas à atividade de ensino, além da assistência médica (f. 121/2), diferentemente da atual internação, cujas características são distintas e específicas. Embora não esteja esclarecido qual o grau de aprendizagem possível para o autor, o que se quer enfatizar, ainda que seja o caso de impossibilidade, pelo grau da doença, de qualquer aprendizado, é que a legislação, através da garantia do acesso à educação especial (artigos 58 e seguintes da Lei 9.394/1996), quis evitar *segregação*, privilegiando sistema de ensino regular, fundado no conceito da especialização e de ensino complementar.

A participação da família no processo educativo tem o tratamento legal de *direito e garantia*, fundamental pela importância que tem na formação de toda e qualquer pessoa, especialmente da portadora de transtornos mentais. É o que expressamente prevê o Decreto 6.571/2008, em seu artigo 1º, *verbis*:

> "Art. 1º A União prestará apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma deste Decreto, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, *transtornos globais do desenvolvimento* e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.
> § 1º Considera-se atendimento educacional especializado o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucionalmente, prestado de forma complementar ou suplementar à formação dos alunos no ensino regular.
> § 2º O atendimento educacional especializado deve integrar a proposta pedagógica da escola, *envolver a participação da família* e ser realizado em *articulação com as demais políticas públicas*". (g. n.)

Verifica-se, pois, que existe um sistema jurídico, por sua vez firme e fundado nos princípios de *integração, inserção e socialização* do portador de transtornos mentais, a partir da participação familiar, com assistência do Estado através de órgãos públicos ou privados conveniados para prestação de serviços e atendimento de saúde e educacional.

A alegação de que a família poderá participar e conviver de forma mais ativa no "tratamento" do autor, se garantido o custeio público da internação privada, não justifica o acolhimento da pretensão deduzida. A visitação a cada 7, 15 ou 30 dias não significa efetiva participação no processo de desenvolvimento, interação e socialização do portador de autismo, o qual, sabidamente, necessita de acompanhamento e participação familiar não apenas diária, mas em diversos momentos durante o próprio dia. Assim ocorre com as crianças de tenra idade, às quais os pais não deixam de conferir atenção diária, e várias vezes ao dia, e que não é dispensada nem suprida pelo fato de permanecerem, parte do dia ou todo ele, sob cuidados dos mais diversos profissionais em instituições especializadas (babás, professoras, enfermeiras, nutricionistas, pedagogas etc.).

Finalmente, quanto à deficiência do sistema de atendimento público existente na cidade de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, reside na alegação de que o autor não foi elegível, em 2001, para freqüentar a AMA, o que, porém, depois do diagnóstico médico-pericial, é argumentação que não mais se sustenta, por falta de efetiva demonstração de incompatibilidade entre o estado patológico do autor e o tipo de tratamento

oferecido. Seja como for, por se tratar de entidade privada, que pode ou não ser conveniada com o Poder Público, eventual restrição de acesso para o autor no seu quadro de atendimento, não prejudica a possibilidade de admissão na rede específica, instituída a partir da Lei 10.216/2001.

Com efeito, conforme dados disponíveis no endereço eletrônico da Prefeitura Municipal e da Secretaria de Atenção à Saúde - CNESNet DATASUS (*http://cnes.datasus.gov.br*), *Campo Grande possui CAPS i, CAPS I, CAPS II, CAPS III e CAPS AD*, lembrando que, para o caso dos autos, o tratamento deve ser feito junto ao CAPS destinado a adultos.

Para atendimento de adultos, com transtornos mentais específicos, não relacionados ou decorrentes de uso de álcool ou outras drogas, o sistema de atendimento é o prestado pelo CAPS II e III, sendo três as unidades existentes em Campo Grande: CAPS II - Vila Margarida, à rua Itambé, 2939 - Jardim Vitrine, telefones: 3314-3871/3314-3144; CAPS II - Vila Planalto, à Avenida Monte Pascoal, 366 - Vila Planalto, telefones: 3314-3185/3314-3187/3314-3188; e CAPS III, à Avenida Raquel de Queiróz s/n - Aero Rancho, telefones: 3314-6415/3314-6118.

Neste último, os serviços oferecidos são: "Funcionamento 24 horas para Urgência e Emergências. Oferece consulta médica ambulatorial de 2ª a 6ª feira, diurno, reguladas pelo SISREG; Atendimento psicossocial com equipe multiprofissional para moradores da região do grande Aero Rancho; Conta com equipe 24 horas composta por médico, enfermeiro, técnico de enfermagem, farmacêutico; Atendimento psicológico e social de urgência, diário até as 00:00h; Unidade de regulação das internações psiquiátricas do Município de Campo Grande; Dispensação de medicamentos controlados até as 23:00h; Exames laboratoriais de urgência para pacientes em observação na unidade; Realização de atividades educativas".

Nada nos autos documentalmente prova que o CAPS, com a função e a estrutura previstas na legislação, não atenda ou não esteja preparada a fazer o atendimento de portadores de autismo infantil. O perito judicial, psiquiatra sem qualquer vínculo ou interesse profissional ou econômico no regime de tratamento do autor, desinteressado no deslinde específico da causa, afirmou, textualmente, que "*Os CAPS são indicados e especializados para o tratamento de transtornos mentais graves, inclusive o autismo*" (resposta ao quesito 3 da própria DPU, f. 212).

A especialização dos CAPS é direcionada para transtornos mentais graves, incluindo o autismo, não exigindo a lei que haja exclusividade no trato de autistas. Já a Associação de Convivência Novo Tempo foi qualificada como não especializada em autismo, transtorno mental, mas em deficiência mental, como apurou o perito judicial (resposta ao quesito 4 da própria DPU, f. 212), sendo que tais patologias são distintas e classificadas cada qual de forma diferenciada na técnica médica, como já enfatizamos.

A DPU em réplica pleiteou a procedência do pedido, contra a opção de tratamento na rede pública, afirmando que (f. 117): "Em contato mantido por essa defensoria com a sra. Joana, diretora do CAPS, foi nos informado que o CAPS é especialista em *transtorno mental*, TAB, esquizofrenia, depressão leve, média e grave, e que *nunca atendeu nenhum caso de autismo. Disso, infere-se que o centro não está preparado para receber o sr. Regis de Souza Costa, o qual tem autismo no grau grave, demandando um centro especializado.*"

Primeiramente, ainda que se repute verdadeira a premissa ("*nunca atendeu nenhum*

caso de autismo"), dela não resulta, porém, a conclusão feita pela DPU ("*infere-se que o centro não está preparado para receber o sr. Regis de Souza Costa*"). O contato telefônico e a informação, que teria sido prestada, não se referem à falta de atendimento como resultado da falta de especialidade ou de condição para o tratamento psicossocial de autistas. O autor, por exemplo, não procurou, segundo consta dos autos, atendimento no CAPS e, disto, não se infere a impossibilidade de que seja tratado nesta instituição. Inferência por inferência, dentro do campo meramente argumentativo, a que deve prevalecer é a de que o CAPS cumpre o que a legislação determina, ou seja, presta o tipo de atendimento que lhe é atribuído pelas normas de saúde pública.

Presumir a ilegalidade ou descumprimento da lei não é cabível, pois dependeria de prova. Todavia, mesmo que - por hipótese, no campo ainda apenas argumentativo, vez que nada de concreto existe nos autos - não estivesse o Executivo a prestar o serviço público garantido na legislação e Constituição Federal, nada impediria que o Judiciário impusesse seu cumprimento, não porque deva ser sempre público o serviço, mas porque a solução de atendimento no CAPS, no local de residência da família, propicia a forma de terapia e tratamento, com participação e assistência familiar, consagrada como a mais adequada, tanto pela medicina, como pela perícia judicial, e legislação.

O direito ao atendimento mais adequado, com a garantia de vaga na rede CAPS, significa, não adaptar o autor ao serviço possível, mas assegurar-lhe o tratamento consentâneo com as necessidades próprias do portador de transtorno mental, o que, porém, igualmente não significa nem garante, segundo a lei, que o modelo de casa de convivência - que não é clínica, hospital nem escola -, com recursos sofisticados a custo de serviço privado, deva ser adotado no âmbito do serviço público, gratuito e universal.

Pertinente destacar ainda as informações, prestadas em 05/10/2007, pelo Coordenador da Área Técnica de Saúde Mental, do Ministério da Saúde (f. 35/6):

> "Esta Coordenação de Saúde Mental tem como diretriz que a atenção aos portadores de transtornos mentais, incluindo as pessoas portadoras de autismo, deverá ser realizada em serviços especializados de saúde mental, preferencialmente de base comunitária que promovam atenção integral, contemplando o acompanhamento e orientação familiar. O autismo é um problema complexo e a atenção às pessoas que apresentam esta patologia deve envolver diferentes áreas do conhecimento de forma a possibilitar uma atenção integral, multiprofissional, através de articulações intersetoriais, visando desta forma a garantia do acesso e atenção qualificada no SUS.
> 1 - *Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são serviços de saúde abertos e comunitários do SUS, sendo lugares de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, entre eles o autismo. O objetivo do CAPS é oferecer atendimento à população de sua área de abrangência, realizando o acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários. É um serviço de atendimento de saúde mental criado para ser substitutivo às internações em hospitais psiquiátricos ou em clínicas especializadas* e que deve ser articulador com outras redes disponíveis no município, ensejando ações conjuntas com as instâncias educacionais, culturais, de lazer, esportes e etc.
> 2 - Além da atenção oferecida nos Centros de Atenção Psicossocial, em especial

> nos CAPSi - Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenis - existe a possibilidade de outras unidades da rede SUS ou da rede complementar serem cadastradas no Sistema SUS para oferecerem acompanhamento a pacientes com deficiência mental ou com autismo, desde que possuam serviço de reabilitação sob o código 18/100. O credenciamento é realizado junto às gestões locais, conforme Portaria GM nº 1635 de 12 de setembro de 2002. Vale ressaltar que as áreas de Saúde Mental e Saúde da Pessoa com Deficiência/DAPE/SAS estão revisando esta Portaria no que concerne aos critérios para sua regulamentação.
> ....."
> (g. n.)

Segundo a defesa do autor (f. 220):

> "Quanto ao CAPS, esses apenas dão acompanhamento ambulatorial interdisciplinar para portadores de transtornos mentais, ao passo que o autismo exige que a pessoa seja estimulada a conviver em sociedade, que assimile quais as necessidades, como higiene pessoal, alimentação, etc. Sem o devido acompanhamento não haverá evolução."

O tratamento ambulatorial é exatamente o que se destina a evitar o método de internação que, no caso do autos, é involuntária porque promovida por opção da família e, cabe recordar, toda internação é um ato de violência, ainda mais e, sobretudo, se o internado não pode decidir e não tem consciência do que se lhe impõe. A internação psiquiátrica, por exemplo, exige prévio laudo médico circunstanciado (artigo 6º da Lei 10.216/2001). Claro que o autor não se encontra em internação em hospital psiquiátrico, mas em casa de convivência, porém sem respaldo médico que justifique, comprovadamente, a impossibilidade de observar o modelo de tratamento ambulatorial, educação assistida e efetiva participação da família no desenvolvimento da socialização do autor.

O perito judicial foi claro, e cabe aqui reiterar e destacar que não é indicada a "internação em *tempo integral*, o tempo todo" (f. 213); o "tratamento em *regime integral* é *questionável* e não é a recomendação para o tratamento do *autismo*" (f. 212); "O tratamento mais adequado seria aquele que trabalhasse a reabilitação do autor, com períodos de internação em *tempo integral* em períodos de desestabilização ou troca de medicações, sendo em *regime parcial* na maior parte do tempo, incluindo a *presença e proximidade dos familiares*" (f. 212); o autor não necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados, "desde que os *familiares* sejam treinados para lidar com suas dificuldades" (f. 211); "A *presença dos familiares* no tratamento de *portadores de transtornos mentais graves*, incluindo o *autismo* é de *fundamental importância*, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes. Embora a associação em que esteja internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos pessoais mais significativos, neste caso, *os pais não tem sido contemplados*" (213); "Nos *últimos anos*, desde a *reforma psiquiátrica*, tratamento em *tempo integral* não são (*sic*) indicados para o tratamento dos diversos transtornos mentais, incluindo o *autismo*. Internações em *tempo integral* são necessárias em períodos de desestabilização ou troca de medicações. Internações em *tempo parcial* são indicadas *nestes casos*, exemplo hospital dia ou *CAPS*, com a participação e proximidade dos *familiares*" (f. 211); "necessita de uma

instituição especializada em *transtornos mentais graves*" (f. 212), "Os *CAPS* são indicados e especializados para o tratamento de *transtornos mentais graves*, inclusive o *autismo*" (f. 212); "O tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em *CAPS infantil e adulto* - dependendo da idade do portador. Existe também a AMA (Associação de Amigos do Autista)"; sendo o autor maior de 18 anos, "deve buscar o tratamento em *CAPS adulto*" (f. 213).

Além do material probatório acostado, pesquisa eletrônica revela a existência de diversas entidades assistenciais, dedicadas à orientação, informação e esclarecimento sobre a doença e o tratamento do autismo, de que é exemplo a "A & R", com o seguinte endereço eletrônico: *www.autismoerealidade.com.br*.

A entidade divulga estudos, dirigidos para a compreensão de leigos, especialmente familiares diretamente envolvidos com a doença, destacando que as informações fornecidas não são "recomendações, referências ou endossos a qualquer recurso, método terapêutico ou provedor de serviços e não substituem os conselhos dados por profissionais médicos, jurídicos ou educacionais", nem se prestam a servir como "ferramenta de verificação das credenciais, qualificações ou habilidades de qualquer organização, produto ou profissional".

Segundo a cartilha informativa da entidade, destinada a assistir os pais nos primeiros meses do diagnóstico da doença e do impacto que provoca no seio familiar, o tratamento para o "autismo normalmente é um programa intenso e abrangente que envolve a família toda da criança e um grupo de profissionais", sendo que "alguns programas podem ser feitos em casa, e incluir profissionais especialistas e terapeutas treinados, ou podem incluir seu treinamento como terapeuta para seu filho sob a supervisão de um profissional. Outros programas são colocados em prática dentro de uma instituição especializada, na sala de aula ou na escola de educação infantil. Não é incomum uma família optar por combinar mais de um método de tratamento". "Os tratamentos intensivos para os sintomas principais do autismo abordam as questões sociais, de comunicação e cognitivas centrais do autismo. Os tratamentos para os sintomas associados abordam os desafios comumente associados ao autismo, mas não específicos do transtorno. Seu filho pode ter problemas como alergias, intolerâncias alimentares, problemas gastrointestinais ou distúrbios do sono, que também precisão ser tratados. Os programas de tratamento podem combinar as terapias para os sintomas principais com aquelas para os sintomas associados" (p. 48/9).

As técnicas utilizadas no tratamento destacam o papel fundamental da família, e não apenas de técnicos e especialistas profissionais. Por exemplo, a denominada "Análise do Comportamento Aplicada" (*ABA*); Comportamento Verbal - (Verbal Behavior - *VB*); Pivotal Response Treatment - *PRT* (Tratamento das Respostas Centrais) descrito como estilo de vida a ser adotado pela família da criança com autismo; Early Start Denver Model (*ESDM*) - Modelo Denver de Estimulação Precoce; *Floortime* (DIR - Developmental Individual Difference Relationship Model); *RDI* (Relationship Development Intervention) - Intervenção para o Desenvolvimento de Relações, elaborada para ser aplicada pelos pais, com o uso dos seus princípios pela família no cotidiano; Treinamento e Ensino de Crianças com Autismo e outras dificuldades de Comunicação Relacionadas (*TEACCH*), com programas que podem ser feitos em casa, trabalhando os pais em conjunto com os profissionais como terapeutas para que as técnicas possam ter continuidade em casa, sendo este, no Brasil, um dos métodos mais usados para trabalhar com portadores de autismo.

Existem, ainda, outras abordagens possíveis no atendimento próprio ao autista: Tratamento Fonoaudiológico (FONO); Terapia Ocupacional (TO); Terapia da Integração Sensorial; Fisioterapia; Sistema de Comunicação por Troca de Figuras (PECS), que pode ser usado em casa, com o pai ou mãe ajudando a criança a construir vocabulário e articular desejos, observações ou sentimentos usando imagens sistematicamente; Treinamento de Integração Auditiva ou de Processamento Auditivo; Dieta Livre de Glúten e de Caseína (DLGC); além de outras intervenções médicas.

Sobre a participação nos treinamentos, orienta-se que o pai ou a mãe devem fazer parte do grupo. "Sua participação no treinamento do grupo é vital para melhorar suas habilidades, permitindo que você tenha sucesso com seu filho e compreenda os objetivos e técnicas do programa dele. O conhecimento das técnicas e objetivos do programa de intervenção dos seu filho, permitirá que você monitore de perto seu progresso e oriente e avalie os membros do seu grupo" (p. 71).

Sobre a importância fundamental do trabalho realizado pelos pais em conjunto com o profissional terapeuta, o manual relata que: "Há muitas evidências mostrando que *as crianças com autismo se desenvolvem melhor quando os pais estão ativamente envolvidos na intervenção* e quando os programas são coordenados. Procure programas que encoragem a sua participação - você deve aprender todos os procedimentos e coordenar o programa do seu filho em todos os ambientes. Isso será impossível caso se exclua do programa. Se um profissional lhe disser que você não pode assistir as sessões ou que seu filho renderá mais se você não estiver lá, FIQUE ALERTA. É razoável um terapeuta pedir algumas sessões sem a presença dos pais para que possa formar um vínculo com a criança, mas mais do que isso não é recomendável. Além disso, o terapeuta deve se comunicar abertamente para que você saiba exatamente tudo o que está acontecendo o tempo todo" (p. 72).

Quanto ao resultado das técnicas ou tratamento, uma recomendação aos pais, que reforça a importância e a sua responsabilidade no desenvolvimento do filho autista: "Se um clínico lhe disser que não está *documentando as mudanças*, fique preocupado - a *única maneira de saber se um programa de tratamento está funcionando é analisar as alterações que estão ocorrendo com o seu filho*" (p. 72).

Tais elementos e informações, derivadas da experiência prática de quem lida diretamente com a questão do autismo e com grande envolvimento familiar, reforçam a conclusão lançada pelo perito judicial que, por sua vez, tem amparo na legislação especial, instituída para o atendimento de portadores de transtornos mentais e para o redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental (Lei 10.216/2001).

XI. O parecer da Procuradoria Regional da República

Em convergência com o que destacamos neste voto, encontra-se o cuidadoso parecer da Procuradoria Regional da República, assim lavrado, no que essencial (f. 346/53):

"*3. Do Direito ao Tratamento*

O artigo 23 da Constituição Federal dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde.

O novo ordenamento jurídico inaugurado com a Constituição de 1988 prestigiou a cidadania e a dignidade humana como fundamentos do estado de direito, determinando

como objetivos fundamentais da República promover o bem de todos e reduzir as desigualdades sociais.

Como forma de efetivar esses objetivos constitucionais erigiu o Constituinte como direito social a *saúde*, determinando ser a mesma necessidade vital básica - artigo 7º, inciso IV, ao lado da previdência e da assistência social.

Dentre os princípios comuns à seguridade social, destaco a *universalidade da cobertura* e do *atendimento*, e a *seletividade* e *distributividade* na prestação dos serviços e na concessão dos benefícios.

Os princípios específicos da *saúde* são: *igualdade* e *universalidade* do acesso, *integralidade* do atendimento com prioridade de ações e serviços preventivos e *unicidade do sistema*.

Extrai-se desses princípios constitucionais que o acesso ao sistema público de saúde é permitido a todos, sem qualquer distinção e pagamento, que todas as ações e serviços de saúde devem ser disponibilizados ao cidadão e que deve ser observada a igualdade na distribuição dos mesmos e no atendimento.

O Sistema Único de Saúde, disciplinado pela Lei nº 8.080/90 e integrado pelas 03 (três) esferas de governo, tem natureza pública e é constituído pela rede pública e complementado pelos serviços filantr6picos e privados.

Essa rede de serviços está organizada nos municípios e nos estados, sob a responsabilidade de um dos três participantes do sistema - União, Estados e Municípios. Isso significa que existe também implícito na Constituição o princípio da *territorialidade* da saúde, o que importa dizer que o cidadão tem direito a todas as ações e serviços de saúde existente no *território nacional*.

A Lei Maior elenca prioridades no atendimento à saúde quando determina que as ações preventivas devem preceder as curativas e também no tocante a determinadas pessoas - crianças, adolescentes e idosos - artigo 227, § 1º e 230.

No presente caso, não há controvérsia nos autos acerca do fato de o autor ser *portador de autismo infantil* desde os três anos de idade.

A celeuma está em saber qual *o tratamento mais adequado à sua condição de saúde*.

Por um lado, o autor sustenta ser adequado o tratamento na clínica particular *ASSOCIAÇÃO NOVO TEMPO*, localizada em *ARAÇOIABA DA SERRA/SP*, em regime de internação em tempo integral, onde se encontra desde *fevereiro de 2006*.

Por outro lado, os réus argumentam que no Estado do domicílio do autor e de sua família, Mato Grosso do Sul, funciona uma unidade do CAPS, integrante do SUS, que presta atendimento a pessoas portadoras de transtornos mentais graves, *inclusive o autismo*, nas quais o paciente pode passar o dia todo realizando atividades terapêuticas, sendo assistido por médico psiquiatra, enfermeiro com formação em saúde mental, psicólogo, terapeuta ocupacional e outros profissionais especializados e depois voltar à noite para sua casa ou, se houver necessidade, pode ainda passar a noite no CAPS III (Portaria nº 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002), possibilitando-lhe o convívio com os familiares e o acompanhamento de seus pais, fatores importantes para o tratamento.

Pois bem.

O requerente, consoante se observa dos atestados médicos carreados com a inicial, corroborado pelo laudo pericial apresentado pelo *expert* nomeado pelo Juízo, é

portador de autismo desde os 03 anos de idade, sendo incapaz de gerir sua pessoa e seus bens, em *caráter irreversível* - fls. 18/19 e 209/213.

Com efeito, no que toca ao exame psíquico do autor, cabe destacar trecho do laudo pericial - fls. 209/213:

'- Apresenta-se em trajes adequados e em boas condições de higiene.
- Consciente e vigil.
- Comportamento inquieto, inadequado.
- Entra na sala, senta-se no chão e fica lendo um panfleto. Apresenta movimentos estereotipados, ri de forma inadequada e sem estímulo. Grita, faz sons não compreensíveis.
- Atenção voluntária e espontânea prejudicadas.
- Orientação temporal e espacial prejudicadas. Orientação autopsíquica prejudicada.
- Memória de longo prazo e de fixação prejudicada.
- Não tem verbalização.
- Crítica e capacidade de julgamento prejudicados.
(...)
CONCLUSÃO
As alterações diagnosticadas geram uma incapacidade total e permanente para o desempenho de sua atividade habitual. Há dependência de terceiros para as atividades da vida diária.'

Extrai-se dos autos que o autor, hoje com 25 anos, vem sendo submetido ao longo desses anos a tratamento psiquiátrico em diferentes entidades, com o uso de medicamentos desde os 5 anos de idade.

Em *1994*, com oito anos de idade, freqüentou por seis meses o *Centro de Desenvolvimento do Potencial Humano Raio de Luz*. Em 1995 e em 2002, foi aluno da *Associação de Educação Especial* '*Marcelo Takahashi*' - *Escola Colibri*, recebendo atendimento clínico necessário - fls. 122/123.

No período de *17 de fevereiro de 1998 a 21 de fevereiro de 2001* foi atendido pela *Associação Escola Clínica Santa Terezinha* e, no final do ano de 2001 passou por avaliação na Associação de Pais e Amigos do Autista de Campo Grande, ocasião em que teve diagnosticada deficiência mental grave e por isso não foi admitido na instituição, que é voltada a pessoas com transtornos globais do desenvolvimento - fls. 120/123.

Desde *fevereiro de 2006* encontra-se internado na *ASSOCIAÇÃO NOVO TEMPO*, localizada em ARAÇOIABA DA SERRA/SP, entidade particular sem fins lucrativos, fundada por pais de pessoas com deficiência mental, que trabalha com o sistema de moradia assistida, tendo como objetivos principais oferecer uma vida de qualidade e bem estar, de relacionamentos interpessoais e de convivência, em regime de internato - fls. 20.

Em *30/11/2009, data da realização* da perícia nestes autos pelo *médico psiquiatra* nomeado pelo Juízo, REGIS já contava com mais de *03 anos de tratamento* na citada *Associação Novo Tempo*.

Dos trabalhos periciais, o *expert* ressalta que há necessidade de *tratamento por tempo indeterminado*, não sendo, portanto, indicada a *internação em regime integral (o tempo todo)*, sendo mais adequada a internação em *regime de tempo parcial*, exemplo hospital dia ou CAPS, alternando-se com a internação integral em período

de desestabilização ou troca de medicações.

Nas palavras do perito do juízo, *médico psiquiatra*, '*Nos últimos anos, desde a reforma psiquiátrica, tratamentos em tempo integral não são indicados para o tratamento dos diversos transtornos mentais, incluindo o autismo. Internações em tempo integral são necessárias em períodos de desestabilização ou troca de medicações. Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS*' - fls. 211.

No que diz respeito especificamente aos CAPS, a *União* apresentou juntamente com a contestação documento emitido pelo Departamento de Ações Programáticas Estratégicas - Área Técnica de Saúde Mental, da Secretaria de Atenção à Saúde em que informa a capacitação destas unidades para o atendimento de pessoas que sofrem com transtornos mentais, entre eles o *autismo*, - fls. 35/36:

'*Que a Coordenadoria de Saúde Mental tem como diretriz que a atenção aos portadores de transtornos mentais, incluindo as pessoas portadoras de autismo, deverá ser realizada em serviços especializados de saúde mental, preferencialmente de base comunitária que promovam atenção integral, contemplando o acompanhamento e orientação familiar.*'

'*Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são serviços de saúde abertos e comunitários do SUS, sendo lugares de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, entre eles o autismo. O objetivo do CAPS é oferecer atendimento à população de sua área de abrangência, realizando o acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários. É um serviço de atendimento de saúde mental para ser substitutivo à internação em hospitais psiquiátricos ou em clínicas especializadas e que deve ser o articulador com outras redes disponíveis no município, ensejando ações conjuntas com as instâncias educacionais, culturais, de lazer, esportes etc.*'

Essa também foi a opinião do Perito Judicial, médico psiquiatra, ao afirmar que '*Os CAPS são indicados e especializados para o tratamento de transtornos mentais graves, inclusive o autismo*', e ainda que, '*A instituição em que está internada o autor não é especializada em autismo e sim em pacientes portadores de deficiência mental*' (fls. 212 - Quesitos 3 e 4 da DPU).

Veja-se, ainda, que das respostas aos demais quesitos, o Perito é claro ao afirmar que o autor *não* necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados, *desde que* os familiares sejam treinados para lidar com as dificuldades do paciente (fls. 211 - Quesito 2 do Juízo), o que possibilita a internação em regime de tempo parcial, reservando-se a internação integral em período de desestabilização ou troca de medicações.

Da mesma forma, o *expert* é enfático em afirmar nas respostas aos quesitos, que *a presença dos familiares no tratamento, principalmente dos pais, é de fundamental importância*, pois, objetiva a melhora da socialização do indivíduo em seu meio (fls. 213 - Quesito 4 da AGU), o que não tem se verificado a contento em razão da distância entre a entidade NOVO TEMPO e o domicílio dos familiares (fls. 212 - Quesito 8 da Procuradoria do Estado e Quesito 2 da DPU, fls. 213 - Quesito 4 da AGU).

Nesse ponto, cabe ressaltar ainda que, atualmente, em virtude da distância entre a

Associação NOVO TEMPO e o domicílio dos familiares do autor, consoante relatado nos trabalhos periciais, apenas o seu genitor efetua visitas ao incapaz, e mesmo assim, a cada período de 4 em 4 meses, não havendo notícias quanto a visitas dos demais familiares - fls. 210.

Saliente-se, sob essa perspectiva, que os réus lograram comprovar que determinada instituição conveniada teria condições de dar continuidade ao tratamento do autor, uma vez que a *União* indicou expressamente o *CAPSI*, situado na Travessa Ana Vani, 44, Jardim dos Estados, em Campo Grande.

Insta consignar ainda que, segundo informação obtida no sítio da Prefeitura de Campo Grande, página da Secretaria Municipal de Saúde Pública, existem várias unidades CAPS na cidade, incluindo CAPS III, que poderiam atender o incapaz, possibilitando-lhe, ainda, o convívio com os familiares e o acompanhamento de seus pais, fatores importantes para o tratamento.

Por fim, no que se refere ao controle da agitação e da heteroagressividade e autoagressividade, tem sido ministrado ao paciente as medicações descritas no laudo pericial, as quais, de acordo com o médico psiquiatra, tem trazido respostas satisfatórias ao tratamento - fls. 210.

Além disso, a internação em regime de tempo parcial no CAPS não obsta a adoção do regime integral em períodos de desestabilização ou troca de medicações, cabendo destacar ainda que o médico neurologista que assistiu o autor por aproximadamente 03 anos, no período de 05/1998 a 07/2001, afirmou *não ser este um paciente agressivo* - fls. 233.

Diante do quadro probatório delineado, com apoio nas conc1usões dos trabalhos periciais, conc1ui-se ser mais adequado o tratamento oferecido pelo CAPS, que pode ser realizado em unidade localizada em sua cidade, possibilitando-lhe o convívio com os familiares e o acompanhamento de seus pais, ao invés do tratamento requerido, não restando comprovado os benefícios deste último.

Assim, os réus devem custear solidariamente o tratamento do apelado na Associação de Convivência Novo Tempo, até que disponibilizem efetivamente uma vaga para ele em uma unidade do CAPS na cidade de Campo Grande.

Ante o exposto opino pelo parcial provimento das apelações".

XII. Conclusão e dispositivo

Como visto, na perspectiva médica e jurídica, impõe-se reconhecer a adequação do tratamento, não por internação de tempo integral em localidade distinta, mas no próprio município declarado como residência familiar, a fim de permitir com o atendimento, em tempo parcial, na rede CAPS, a participação e o convívio familiar, consagrados como essenciais no tratamento do portador de autismo. Necessário, porém, que seja documentada nos autos a efetiva existência de vaga para a transferência do autor do estabelecimento em que se encontra para Campo Grande/MS, devendo isto ocorrer com devido e necessário acompanhamento médico, considerando, inclusive, as necessidades de alteração ou adequação da medicação no período de readaptação no novo ambiente.

Em suma, não pode prevalecer a condenação dos réus ao custeio definitivo da internação do autor na Associação de Convivência Novo Tempo, porém devem os mesmos providenciar vaga no sistema público de atendimento - CAPS adequado, nos termos dos

apontamentos deste voto, arcando os réus com os custos da internação até a comprovação documental, nos autos, da existência de vaga específica para o autor, para fins de transferência, a ser promovida com todas as cautelas médicas para o resguardo da saúde e integridade do autor.

Enquanto não atestada a vaga, os réus ficam sujeitos ao custeio do tratamento, inclusive com aplicação da multa diária estipulada, caso deixem de fornecer a vaga e deixem de arcar com as despesas de internação. A partir da data em que atestada a existência de vaga, fica cessada a obrigação dos réus de arcar com despesas de internação, salvo as do mês em curso até o respectivo término.

Ante o exposto, não conheço da petição e documento de f. 392/400, e dou parcial provimento às apelações e à remessa oficial para reformar a sentença nos termos supracitados.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Dizendo padecer de autismo, Regis de Souza Costa, representado por seu genitor e patrocinado pela Defensoria Pública da União, aforou, perante o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Campo Grande/MS, ação ordinária em face da União Federal, objetivando compeli-la a arcar com o custeio de seu tratamento de saúde, empreendido junto à Associação de Convivência Novo Tempo, localizada em Araçoaiba da Serra/SP.

Contestado o pedido pela ré, o demandante providenciou a inclusão à lide do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, que também ofertaram resposta.

A tutela antecipada vindicada restou indeferida. O demandante por mais de uma vez compareceu aos autos e anexou documentos tidos por novos, com o escopo de fixar a pertinência do tratamento que lhe vem sendo dispensado perante o estabelecimento reportado na exordial.

Sobreveio, em ato contínuo, a produção de prova pericial, a rogo do demandante, encontrando-se o respectivo laudo agregado aos autos.

Prova testemunhal igualmente colhida, o feito, após anexação das alegações finais dos litigantes, aportou no Ministério Público Federal, que se bateu pela convolação do julgamento em diligência, “in verbis”:

> “(...) o Ministério Público Federal opina pela: a) intimação das partes rés (União, Estado e Município) para que providenciem nova avaliação (atualizada) perante a AMA - Associação de Pais e Amigos dos Autistas, ou entidade similar, no sentido de que seja definida a possibilidade, ou não, de tratamento do autor em Campo Grande - MS; b) intimação da União para que contate o setor competente do Ministério da Saúde (Secretaria de Atenção à Saúde), explique o caso e solicite a emissão de parecer específico, nota técnica, ou similar, a respeito de qual a solução que o Gestor Máximo do SUS apresenta para ocaso em debate. Deveras, sem esses esclarecimentos, no entender do MPF, não é possível saber se o Poder Público está, ou não, cumprindo a diretriz constitucional”.

Seguiu-se a prolação de sentença, submetida a reexame necessário, a julgar procedente o pleiteado, para condenar os requeridos no pagamento do tratamento do requerente na instituição mencionada, deferindo o requerimento de tutela antecipada formulado, com fixação de multa diária, à base de R$ 1.000,00, em caso de inadimplemento. Referido decisório ensejou a oferta de apelações, por parte dos réus.

Neste Tribunal, distribuídos os autos ao e. Des. Federal Carlos Muta, após o indeferimento de atribuição de efeito suspensivo às irresignações postas e a oferta de parecer ministerial a acenar ao parcial provimento aos recursos, foi o feito submetido a julgamento na sessão desta Turma realizada em 09.06 p. p., ocasião em que o e. Relator rejeitou as preliminares aduzidas e deu parcial provimento às apelações e à remessa oficial, para compelir os suplicados ao custeio do tratamento, enquanto não atestada a ocorrência de vaga específica ao demandante junto ao sistema público de atendimento.

Eis, em suma síntese, os argumentos alinhados por Sua Excelência em seu alentado voto:

1. O direito à saúde, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, não se vincula a argumentos de ordem econômica e orçamentária, usualmente levantados pelo Poder Público;

2. O autor porta autismo infantil, configurando Transtorno Global do Desenvolvimento, quadro que, em tese, não impediria sua internação na AMA, porque especializada em distúrbio tal, em contrariedade à declaração emitida pela instituição, alusiva à avaliação médica realizada em 2001, cuja conclusão não quedou anexada, para devida comprovação;

3. Inexiste demonstração de prévia indicação médica para o regime de internamento do proponente, mormente na cidade escolhida, certo que a única recomendação médica é posterior à internação, e dela não consta referência à específica situação dos autos;

4. A entidade eleita para o paciente destina-se a ofertar-lhe vida de qualidade e bem-estar, não constituindo hospital, tampouco clínica, cabendo à família providenciar acompanhamento médico, quando necessário;

5. Infactível fixação de parâmetro à apuração da evolução e êxito médico na sobredita internação, à falta de relatório a propósito;

6. O perito judicial recomendou o tratamento do suplicante junto ao CAPS adulto ou AMA, contrariando a opinião dos familiares, ressaltando que a internação integral não é aconselhada, pela medicina e legislação, principalmente em razão da relevância da família, no plano efetivo e emocional;

7. A legislação de regência (Lei nº 10.216/2001), em combate à cultura da segregação, dispõe que internações de portadores de transtornos mentais somente sucederá quando insuficientes os recursos extra-hospitalares, competindo aos Centros de Atenção Psicossocial o atendimento a referidos pacientes (Portaria 336/2002, do Ministério da Saúde);

8. Nada há nos autos a demonstrar que os CAPS's existentes em Campo Grande não atendam ou não estejam preparados a atender autistas, abstendo-se a lei de exigir que o tratamento desses enfermos ocorra com exclusividade;

9. Não estando o Executivo a prestar serviço público garantido na Constituição, nada impediria que o Poder Judiciário ordenasse seu efetivo cumprimento;

10. A par do material probatório amealhado, pesquisa eletrônica revela a existência de diversas outras entidades assistenciais vocacionadas à orientação, informação e esclarecimento sobre a enfermidade em foco;

11. Adequado o tratamento do demandante no próprio município declarado como de residência familiar, a fim de permitir seu atendimento na rede CAPS, com a participação e o convívio familiar, não podendo prevalecer a condenação dos requeridos quanto ao custeio definitivo de sua internação;

12. Incumbirá aos réus franquear vaga ao requerente em CAPS, tocando-lhes arcar com os custos da internação até verificação dessa ocorrência, ficando os suplicados sujeitos à multa diária em caso de inação quanto ao fornecimento da vaga ou custeamento do tratamento até então empreendido.

Na oportunidade, pedi vista dos autos, para melhor me assenhorear da matéria em debate, e, agora, trago meu voto.

Acompanhamos o eminente Relator no que atina à rejeição da matéria preliminar (ilegitimidade passiva), dado assistir responsabilidade solidária dos entes federados, componentes do SUS, quanto a gestões na área da saúde, em obséquio ao direito à vida.

Passemos ao mérito.

Embora nos coloquemos em situação de sensibilidade ao pedido deduzido, reconhecendo a importância da iniciativa da família em diligenciar a que o filho receba tratamento de excelência, temos que *ordinariamente* não é viável à parte escolher o local em que irá ser assistido, às custas do Erário, via Sistema Único de Saúde - SUS.

Falamos, por ora, "in abstracto", sem nos debruçar, neste momento, ao caso dos autos: a se outorgar a qualquer dos administrados essa possibilidade - a de opção de tratamento em instituição particular, às expensas dos cofres públicos - a jurisdição estaria sendo utilizada como instrumento contrário ao princípio da isonomia. Ou seja, enquanto ao autor de determinada demanda se concede acompanhamento de escol, por força da prestação da tutela jurisdicional, aos demais portadores da mesma moléstia remanesceria o encaminhamento aos órgãos componentes do Sistema Único de Saúde.

Vale dizer, se acolhida for pretensão dessa natureza, não se poderia posteriormente negar a qualquer dos portadores do mesmo transtorno tratamento congênere. De outra forma, estaríamos desprestigiando cidadãos acometidos de outras moléstias senão mais gravosas, mas também pesarosas aos que os cercam.

Contudo, dissemos que *ordinariamente* não é possível a escolha do local em que o demandante receberá tratamento. Porque, a nosso pensar, se resultar devidamente comprovado que a instituição a que se reporta a parte autora é a única capaz de lhe fornecer os cuidados necessários, aí sim guardaria pertinência o pleito autoral. É dizer: o pleiteado somente reunirá condições de atendimento, se restar cabalmente comprovado que o direito à vida e à saúde, constitucionalmente consagrados, não poderiam ser eficazmente resguardados pelos órgãos do Sistema Único de Saúde e por nenhuma outra entidade privada que não aquela expressamente citada pela parte autora em sua inicial. É uma situação bastante parelha àquelas em que o Poder Público se viu condenado por decisão judicial a adquirir medicamentos ao tratamento de algumas doenças - como a AIDS - porque tais substâncias eram vitais aos enfermos e não eram disponibilizadas graciosamente à população.

Trata-se, por excelência, de questão ligada ao ônus da prova, de competência autoral, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC.

"In casu", a tanto não se desincumbiu a parte autora. Nem se vá cogitar, a propósito, que se cuida de comprovar fatos negativos, afazer insusceptível de execução. A prova que deveria ser produzida se revelava perfeitamente praticável e poderia ser sintetizada na seguinte assertiva: ausência de condições do órgão competente do Sistema Único de

Saúde a realizar o devido acompanhamento clínico do autor.

Bem é verdade que o vindicante trouxe alguns documentos oriundos de instituições a que teria freqüentado, alegadamente sem êxito. Alguns desses elementos singelamente acusam o comparecimento do suplicante por determinados períodos, e são silentes quanto à hipotética impossibilidade de persistência da freqüência. A declaração oriunda da AMA, a seu turno, em que pese firmada em 2007, alude a situação verificada em 2001, desprezando possível melhora no estado clínico do proponente, aliás noticiada nos autos. De efeito, participa-se no feito que, após a internação do autor na entidade sita em Araçoiaba da Serra/SP, houve otimização do quadro apresentado pelo requerente.

Por outra parte, não foi apresentado documento algum emanado de Centros de Atenção Psicossocial - CAPS. E são eles que, por essência, destinam-se ao enfrentamento de situações como a aqui vertida, integrando a rede do Sistema Único de Saúde.

Por pertinentes, consultem-se fragmentos extraídos da publicação "Saúde Mental no SUS: Os Centros de Atenção Psicossocial", do Ministério da Saúde:

> "Os CAPS são instituições destinadas a acolher os pacientes com transtornos mentais, estimular sua integração social e familiar, apoiá-los em suas iniciativas de busca de autonomia, oferecer-lhes atendimento médico e psicológico. Sua característica principal é buscar integrá-los a um ambiente social e cultural concreto, designado como seu 'território', o espaço da cidade onde se desenvolve a vida quotidiana de usuários e familiares. Os CAPS constituem a principal estratégia do processo de reforma psiquiátrica.
> (...)
> Um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) (...) é um serviço de saúde aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde (SUS). Ele é um lugar de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, neuroses graves e demais quadros, cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência num dispositivo de cuidado intensivo, comunitário, personalizado e promotor de vida.
> (...)
> O acolhimento noturno e a permanência nos fins de semana devem ser entendidos como mais um recurso terapêutico, visando proporcionar atenção integral aos usuários dos CAPS e evitar internações psiquiátricas. Ele poderá ser utilizado nas situações de grave comprometimento psíquico ou como um recurso necessário para evitar que crises emerjam ou se aprofundem. O acolhimento noturno deverá atender preferencialmente aos usuários que estão vinculados a um projeto terapêutico nos CAPS, quando necessário, e no máximo por sete dias corridos ou dez dias intercalados durante o prazo de 30 dias.
> (...)"

Demais de tudo, absteve-se a parte autora de demonstrar a impossibilidade de atendimento em outros CAPS's, situados em localidades mais próximas da residência do autor. Observe-se que, em pesquisa efetivada junto à rede mundial de computadores, constatamos que em Mato Grosso do Sul há tais Centros não somente na Capital, mas também nos Municípios de Dourados, Paranaíba e Corumbá. Cidades, bem se vê, menos distantes da residência da parte autora e de sua família e, portanto, em tese, com maior facilidade de deslocamento.

Outrossim, o laudo pericial produzido não milita em prol do solicitante. Ao contrário: o louvado expressamente acena à conveniência de encaminhamento do ofertante ao CAPS, bem como a desnecessidade de sua internação em regime integral. Seguem excertos:

> "(...)
> O autor necessita de acompanhamento permanente de profissionais especializados? Não, desde que os familiares sejam treinados para lidar com suas dificuldades.
> O tratamento, em tempo integral, em instituição especializada na patologia que o acomete traria melhoras na qualidade de vida, bem-estar e relacionamentos interpessoais e de convivência do autor?
> Nos últimos anos, desde a reforma psiquiátrica, tratamento em tempo integral não são indicados para o tratamento dos diversos transtornos mentais, inclusive o autismo. Internações em tempo integral são necessárias em períodos de desestabilização ou troca de medicações. Internações em tempo parcial são indicadas nestes casos, exemplo hospital dia ou CAPS, com participação e proximidade dos familiares.
> (...)
> O tratamento do autismo objetiva principalmente a reabilitação e é feito preferencialmente em CAPS infantil e adulto - dependendo da idade do portador. Existe também a AMA (Associação dos amigos do autista). Não existem programas do SUS específicos para o autismo, sendo tratados juntamente aos portadores de doenças mentais graves (...)
> O tratamento em regime integral é questionável e não é a recomendação para o tratamento do autismo.
> Os CAPS são indicados e especializados para o tratamento de transtornos mentais graves, inclusive o autismo.
> A instituição em que está internado o autor não é especializada em autismo e sim em pacientes portadores de deficiência mental. Uma instituição próximo (*sic*) de sua família poderá beneficiar o tratamento do autor. Não é possível prever se haverá retrocesso.
> (...) Assim como qualquer doença mental grave os períodos de agitação e agressividade podem ocorrer independentemente do tratamento realizado.
> (...)
> O autor é maior de 18 anos e deve buscar tratamento em CAPS adulto.
> (...) A presença dos familiares no tratamento dos portadores de transtornos mentais graves, incluindo o autismo é de fundamental importância, visto que o tratamento visa a reabilitação social destes pacientes. Embora a associação em que está internado seja de excelência para a reabilitação social, os relacionamentos interpessoais mais significativos neste caso, os pais não tem sido contemplados".

Impende atentar à inocorrência de nomeação de assistente técnico pelo vindicante, no desiderato de melhor aclarar as assertivas postas.

A prova testemunhal colhida também não é cabal e consistente o suficiente a se arredar a factibilidade de assistência do pleiteante junto ao CAPS do município de sua residência.

Nesse contexto, considerando que o juiz deve em seu mister guiar-se pela finalidade

social da norma, estamos acordes que o mais adequado é obrigar os réus a cumprirem a obrigação constitucional de prestação do direito à saúde, mas da maneira adequada, disponibilizando vaga na instituição pertencente à rede pública (CAPS) mais próxima à residência do proponente, privilegiando-se, assim, o contato familiar. As normas existentes sobre o assunto indicam que os CAPS's foram criados justamente nesse fito, não se descurando estar o Poder Público, em suas ações, compelido à eficiência.

Por óbvio que não se fecham ao proponente outros caminhos que a seu talante possa vir a trilhar. "Motu proprio" poderá ser averiguada a possibilidade de tratamento junto ao AMA, máxime porque a situação que hoje se delineia em muito se diferencia daquela constatada em idos de 2001. Tanto assim que, nos autos, noticia-se a melhora do quadro ostentado pelo autor, de sorte a eventualmente inseri-lo no rol dos assistidos pela entidade.

Por outro turno, apenas para colorir o pensamento, diga-se que "de lege ferenda" o específico contexto em que se encerram os autistas poderá experimentar profunda modificação. Projeta-se, de efeito, a instituição de Sistema Nacional Integrado de Atendimento à Pessoa Autista, a compreender órgãos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos setores da saúde, educação, assistência social, trabalho, transporte e educação. Entre outros vetores, o programa mirará o estabelecimento dos direitos fundamentais aos enfermos; o empreendimento de cadastro único no escopo da exteriorização de estatísticas oficiais sobre o mal; bem assim a equiparação dos doentes à condição de pessoa com deficiência. A matéria, veiculada em projeto de lei, logrou aprovação no Senado Federal em junho p. p., seguindo à deliberação no âmbito da Câmara dos Deputados.

Pelo quanto se expendeu, somos pelo parcial provimento à remessa oficial e aos recursos interpostos, partilhando da conclusão a que chegou o eminente Relator. Em conseguinte, ficam os réus obrigados à oportunização de vaga em CAPS, carreando-lhes a despesa da internação até constatação dessa ocorrência. Inertes os suplicados no tocante à disponibilização de vaga ou custeio do tratamento desenvolvido, incidirá a multa diária assinalada na sentença.

Destarte, acompanhamos o voto proferido pelo eminente Relator, dando parcial provimento à remessa oficial e às irresignações interpostas, nos moldes alinhavados.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0000317-86.1999.4.03.6119
(1999.61.19.000317-8)

Apelante: MIGUEL SANTIAGO HABA LOZANO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: ACR 31262
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/09/2011

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. FOLHAS DE COCA. "COINCOLA - PRODUTOS NATURAIS" "VINO DE COCA-COINCOCA" "MAMA-COCA" PRODUTOS LIVREMENTE COMERCIALIZADOS NA BOLÍVIA COMO PRODUTOS NATURAIS. ERRO DE PROIBIÇÃO. CARACTERIZADO. RÉU ABSOLVIDO.

I - O apelante foi surpreendido, quando desembarcava de um voo proveniente de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia, com destino a Salvador, trazendo consigo: três sacos plásticos com folhas de coca, sete sacos plásticos, com as inscrições "Coincola-Produtos Naturais", quarenta e oito sacos plásticos com as inscrições "Coincoca-Produtos Naturais", um frasco plástico contendo a inscrição "Vino de Coca-Coincoca", e dois com as inscrições "Mama-Coca". A materialidade do delito restou demonstrada pelo laudo de exame em substância (fls. 14/16), que atestou a presença dos alcalóides cocaína e *benzoilecgonina* na composição de todos os produtos enviados.

II - O apelante atuou em erro de proibição direto, que se dá na hipótese em que o agente atua na plena convicção, embora errada, de que sua ação não está proibida pela ordem jurídica. Trata-se de erro invencível, haja vista acreditar, sinceramente, que sua conduta não contrariava o ordenamento jurídico, pois ao passar pela Bolívia, como turista, adquiriu produtos "naturais", comercializados livremente nas farmácias do país.

IV - A defesa não só alegou como também juntou prova de que os produtos que o apelante trazia em sua mala são considerados produtos naturais e de livre comercialização, no país em que foram comprados (Bolívia). Constam dos autos prospectos impressos dos referidos produtos, com o nome dos distribuidores, endereço e telefone, no país em que são comercializados.

V - Além das provas dos autos, tais fatos são de notório conhecimento, porquanto publicado na mídia internacional que a folha de coca é comumente utilizada em países como o Peru e a Bolívia, em que pessoas as consomem fazendo chá ou mascando-as; inclusive, foi amplamente divulgado que o próprio presidente da Bolívia, Evo Morales, já fora a uma reunião da ONU mascando folha de coca, para postular sua retirada da lista de entorpecentes, constante da Convenção de Viena de 1961.

VI - Está claro nos autos que o apelante atuou em erro de proibição inevitável, que exclui a culpabilidade e o isenta de pena, por inexistência de potencial

conhecimento da ilicitude, nos termos do art. 21 do Código Penal, razão pela qual deve ser absolvido, com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

VII - Recurso provido para absolver o réu.

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, dou provimento à apelação da defesa para absolver o réu, nos termos do art. 386, VI, do Código Penal, e em determinar a expedição do competente contramandado de prisão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de agosto de 2011.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo réu MIGUEL SANTIAGO HABA LOZANO contra a r. sentença de fls. 272/281, que julgou procedente o pedido da denúncia (recebida em 13.05.99 - fls. 55), para condená-lo como incurso no art. 12, *caput,* c. c art. 18, inc I, da Lei nº 6.368/76, a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, porque, no dia 09 de dezembro de 1992, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, foi surpreendido, quando desembarcava de um voo proveniente de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia, com destino a Salvador, trazendo consigo: três sacos plásticos com folhas de coca, sete sacos plásticos, com as inscrições “Coincola-Produtos Naturais”, quarenta e oito sacos plásticos com as inscrições “Coincoca-Produtos Naturais”, um frasco plástico contendo a inscrição “Vino de Coca-Coincoca”, e dois com as inscrições “Mama-Coca”.

Expedido mandado de prisão em nome do apelante (fls. 287).

Expedida carta rogatória à autoridade competente da cidade de Valência/Espanha para determinar a intimação do acusado, a fim de tomar ciência da sentença condenatória (fls. 288/289).

Inconformada, apela a defesa (fls. 332/334), em cujas razões recursais (fls. 335/369), postula, em síntese:

a) a concessão do direito de recorrer em liberdade, revogando-se, imediatamente, o mandado de prisão expedido em nome do apelante;

b) seja reconhecido o erro de tipo essencial invencível, ou o erro de tipo essencial vencível, na conduta do apelante, par absolvê-lo do crime que lhe foi imputado;

c) caso não seja reconhecido o erro de tipo, que seja o réu, no máximo, enquadrado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, restando, destarte, prescrita a punição do referido delito;

d) se imputado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, a não aplicação da causa de aumento de pena referente à internacionalidade por total impossibilidade ao caso de consumo próprio;

e) se mantida a condenação, a redução da pena pela colaboração do acusado, em dois terços, conforme o art. 14 da Lei nº 9.807/99;

f) a aplicação da Lei nº 11.343/06, em tudo que for mais benéfica ao caso concreto, inclusive, com a aplicação da causa de diminuição prevista em seu art. 33, § 4º, no percentual máximo de 2/3 (dois terços);

g) a declaração parcial de inconstitucionalidade via incidental, com redução de texto do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no tocante à vedação da conversão em penas restritivas de direito;

h) a declaração parcial de inconstitucionalidade via incidental, com redução de texto do art. 44, da Lei nº 11.343/06, no que tange à vedação da concessão de liberdade provisória, pois viola o princípio da presunção de inocência;

i) a decretação da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, nos termos dos mais recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal;

j) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

l) seja afastada a condenação do réu ao pagamento de custas processuais, uma vez que ele faz jus a assistência gratuita;

m) a condenação do réu em honorários que sejam revertidos para a Defensoria Pública d União, em conta judicial criada exclusivamente para esse fim.

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 372/387), nas quais requer seja dado parcial provimento ao recurso da defesa, apenas para se reconhecer a possibilidade de progressão de regime e o direito do apelante recorrer em liberdade.

Decisão do MM. Juiz *a quo*, indeferindo o pedido de liberdade provisória e reconsiderando "o tópico final da decisão de fls. 315, não sendo caso de se determinar, neste momento, diligências de busca internacional no encalço do sentenciado, haja vista que tal medida não prescinde do trânsito em julgado da condenação, de modo a viabilizar eventual procedimento extradicional" (fls. 388/389).

Ofício do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, por meio do qual se encaminhou documentação transmitida pela autoridade central espanhola, na qual atesta que a Carta Rogatória foi diligenciada, porém, não cumprida, devido à impossibilidade de localização do réu (fls. 395/492).

Foi determinada a intimação do réu por meio de edital (fls. 502).

Certidão de que foi afixado o Edital de Intimação no Átrio do Fórum (fls. 508).

Impetrado *Habeas Corpus* nº 2007.03.00.093102-4 (fls. 521/544). Concedida liminar, apenas para o fim de ser possibilitada, em tese, a progressão de regime prisional, desde que cumpridos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva supra apontados (fls. 565/566).

Ao julgar o mérito do referido *habeas corpus*, esta Primeira Turma concedeu parcialmente a ordem, apenas para o fim de possibilitar ao paciente a progressão do regime prisional (fls. 569).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 574/593), opina para que o recurso seja declarado deserto, haja vista o apelante se encontrar foragido, ou que seja parcialmente provido o recurso da defesa, apenas para que seja concedida a possibilidade de progressão de regime prisional.

Feito submetido à revisão, conforme previsão regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade, em face do julgamento do presente recurso.

Quanto ao pedido do Ministério Publico Federal, em seu parecer de fls. 574/593, para que o recurso da defesa seja declarado deserto, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal, haja vista o apelante se encontrar foragido, não se coaduna com o princípio da ampla defesa e, portanto, não merece ser acolhido.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> "CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. RÉU FORAGIDO. DESERÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 595 DO CPP JULGADO INCONSTITUCIONAL. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA Nº 347/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 595 do Código de Processo Penal é inconstitucional, o que ensejou a revisão da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte. O conhecimento e julgamento do mérito do recurso de apelação independem do recolhimento do réu à prisão, não havendo que se falar em deserção, sob pena de ofensa ao Princípio do duplo grau de jurisdição. Incidência da Súmula nº 347/STJ. Precedentes. Deve ser anulado o acórdão impugnado, a fim de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte conheça e analise o mérito do recurso de apelação interposto pela defesa. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (HC 201001016513 - Rel. Min. Gilson Dipp - DJE 06.12.10).

Passemos ao mérito.

O apelante foi surpreendido, quando desembarcava de um voo proveniente de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia, com destino a Salvador, trazendo consigo: três sacos plásticos com folhas de coca, sete sacos plásticos, com as inscrições "Coincola-Produtos Naturais", quarenta e oito sacos plásticos com as inscrições "Coincoca-Produtos Naturais", um frasco plástico contendo a inscrição "Vino de Coca-Coincoca", e dois com as inscrições "Mama-Coca".

A materialidade do delito restou demonstrada pelo laudo de exame em substância (fls. 14/16), que atestou a presença dos alcalóides cocaína e *benzoilecgonina* na composição de todos os produtos enviados.

A autoria não foi impugnada. Alega a defesa que o apelante agiu em erro de tipo, pois acreditava estar trazendo consigo produtos naturais de uso medicinal, comercializados livremente na Bolívia.

Dos elementos coligidos nos autos, depreende-se que o apelante, espanhol, passando a turismo pela Bolívia, não tinha consciência de que sua conduta contrariava o ordenamento jurídico, pois acreditava puramente trazer consigo produtos naturais, de uso medicinal, comercializados livremente naquele país. Vejamos:

Em seu interrogatório prestado em sede policial (fls. 10/11), relatou que:

> "(...) Que, o declarante está fazendo turismo, sendo que estava no Peru, em La Paz, Santa Cruz de La Sierra e finalmente São Paulo. Que, na data de hoje, por volta das 12:00 horas, quando desembarcou no Aeroporto Internacional de São

Paulo, em Guarulhos, foi detido por policiais, porque os mesmos encontraram em sua bagagem, vários produtos naturais, como sendo, três saquinhos plásticos contendo, em seus interiores folhas de coca; sete saquinhos plásticos, com as inscrições 'COINCOLA - PRODUTOS NATURAIS', contendo em seu interiores gomas para mascar; quarenta e oito saquinhos plásticos, com as inscrições 'COINCOCA', contendo em seus interiores também gomas para mascar; três frascos plásticos, com as inscrições 'VINO DE COCA' - 'COINCOCA' e dois com as inscrições 'MAMA' - 'COCA', contendo em seus interiores um líquido indicado para a digestão, para a pressão sanguinea, para regulagem do intestino, além de outras indicações; o declarante adquiriu tais produtos naturais em uma farmácia na cidade de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia; Que o declarante não sabia que tais produtos caracterizam ilícito penal, pois lhe informaram no Aeroporto Internacional de Santa Cruz que tais produtos não lhe trariam qualquer problema, mesmo porque tratava-se de pequena quantidade e que além do mais eram produtos naturais indicados para tratamento medicinal; Que, o declarante pagou por todos os produtos naturais mais ou menos onze dólares (..)".

Por sua vez, em seu interrogatório judicial, que se realizou por meio de carta rogatória (fls. 107/108), traduzido para o vernáculo às fls. 174/177, relatou que:

"Que é verdade que ao chegar ao aeroporto de São Paulo, os produtos relacionados no inquérito policial 1179/98, lhe foram objeto de intervenção. Que a viagem era de turismo. Que vinha do Peru, onde tinha estado, fazendo turismo em Machu Picchu. Que pensava permanecer uns 3 ou 4 dias no Brasil. Que trabalhava no ramo hoteleiro, ganhando umas cem mil pesetas mensais. Que não consome substâncias entorpecentes. Que sim, portava dinheiro para sua estada no Brasil, aproximadamente umas quarenta mil pesetas. Que não foi nunca processado. Que não conhece nenhuma das pessoas arroladas como testemunhas pelo Ministério Público. Que os sacos plásticos co folhas de coca foram por ele comprados em Santa Cruz de La Sierra (Bolívia), onde tinha estado antes de sua permanência no Peru. Que os sete sacos plásticos com a expressão 'Coincola - productos naturales' (Coincola - produtos naturais) foram por ele comprados em uma farmácia de Santa Cruz de la Sierra (Bolívia), bem como o frasco de Vinho de Coca - Coincoca, os de mamacoca. Que fez uma viagem de turismo ao Brasil, com a intenção de visitar Machu Picchu no Peru, e era mais econômico fazê-lo via La Paz (Bolívia). Que ao retornar de Machu Picchu no Peru, o avião fez escala em Santa Cruz de La Sierra durante um dia, e como nesse lugar as pessoas utilizam a folha de coca e o chá de coca para o mal do 'soroche', ao entrar em uma farmácia da dita cidade, aonde ia comprar pasta de dentes feita com folha de coca, apresentando cópia de prospecto para a sua juntada nos autos. Que todos os produtos que comprou eram produtos legais e de venda ao público, na cidade boliviana onde os comprou. Que, junta, também, prospecto de coincoca, em cuja composição observa-se que os alcalóides são mínimos. Que o declarante perguntou na farmácia se tudo era de venda legal e manifestaram-lhe que todos os produtos eram curativos e produtos naturais não elaborados. Que apesar disto, perguntou se tinha algum problema para retirá-los do país, porque pensava trazê-los a Espanha como lembrança e comentaram-lhe

> que ao tinha nenhum problema em retirá-los do país, nem em trazê-los a Espanha. Que não obstante, chamou ao Consulado brasileiro e ao espanhol. Que em momento algum tentou ocultar esses produtos, devido a considerá-los completamente legais e ainda tinha fatura de compra dos mesmos, a qual ficou com a polícia."

Para afastar a alegação da defesa, a r. sentença menciona que "(...) some-se a estes fatos a informação do Consulado da Bolívia de que a COCAÍNA e BENZOILECGONINA também são substâncias proibidas naquele país (fls. 28)".

Ocorre que a defesa não só alegou como também juntou prova de que os produtos que o apelante trazia em sua mala são considerados produtos naturais e de livre comercialização, no país em que foram comprados (Bolívia).

Constam dos autos prospectos impressos dos referidos produtos, com o nome dos distribuidores, endereço e telefone, no país em que são comercializados (fls. 130/135).

Além das provas juntadas nos autos, tais fatos são de notório conhecimento, porquanto publicado na mídia internacional que a folha de coca é comumente utilizada em países como o Peru e a Bolívia, em que pessoas as consomem, fazendo chá ou mascando-as; inclusive, foi amplamente divulgado que o próprio Presidente da Bolívia, Evo Morales, já fora a uma reunião da ONU mascando folha de coca, para requerer sua retirada da lista de entorpecentes, constante da Convenção de Viena de 1961, defendendo que a folha de coca é uma erva medicinal utilizada há mais de três mil anos na cultura andina e não é como a cocaína. [informação da Agência ANSA - divulgada pelo Jornal "O Globo" - cf. HTTP://oglobo.globo.com/mundo/mat/2009/03/11/evo-morales-masca-folha-de-coca-em-c... acesso em 1/6/2011].

Evidente, portanto, a contradição entre a declaração do Consulado da Bolívia (fls. 28) e a situação fática real do uso da folha de coca pelas comunidades andinas. Embora possa estar vedado pela atos normativos, tal comercialização dos referidos produtos se verifica amiúde naquele país.

Não obstante tenha alegado, a defesa, a ocorrência de erro de tipo, no caso dos autos, entendo que os fatos narrados subsumem-se no art. 21 do Código Penal (erro de proibição), que assim dispõe:

> "Erro sobre a ilicitude do fato.
> Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço".

No caso dos autos, verifica-se que o apelante atuou com dolo, pois tinha consciência dos produtos que estava adquirindo na Bolívia, para transportá-los até a Espanha, passando pelo Brasil. Isso porque, conforme narrou em seu interrogatório: "o declarante perguntou na farmácia se tudo era de venda legal e manifestaram-lhe que todos os produtos eram curativos e produtos naturais não elaborados. Que apesar disto, perguntou se tinha algum problema para retirá-los do país, porque pensava trazê-los a Espanha como lembrança e comentaram-lhe que ao tinha nenhum problema em retirá-los do país, nem em trazê-los a Espanha. Que não obstante, chamou ao Consulado brasileiro e ao espanhol. Que em momento algum tentou ocultar esses produtos, devido a considerá-los completamente legais e ainda tinha fatura de compra dos mesmos, a qual ficou com a polícia."

Como nos ensina Alberto Silva Franco, em sua obra "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial" (Volume 1 - Tomo 1, Parte Geral, 6ª edição), pág. 318:

> "A fixação da área conceitual da consciência da ilicitude mostra-se de singular relevo para que se possa compreender no que consiste o erro de proibição. O erro sobre a ilicitude do fato é o inverso, o pólo oposto, o lado contrário à consciência da ilicitude. O agente não erra sobre os elementos fundamentais de composição da figura delitiva (erro de tipo), mas a respeito da relação intercorrente entre o seu comportamento e a ordem jurídica na sua globalidade. Cuida-se, portanto, da crença positiva do agente de que sua conduta está autorizada, é permitida, conforme ordenamento."

No caso dos autos, verifica-se que o apelante atuou em erro de proibição direto, que se dá na hipótese em que o agente atua na plena convicção, embora errada, de que sua ação não está proibida pela ordem jurídica. Trata-se de erro invencível, haja vista acreditar, sinceramente, que sua conduta não contrariava o ordenamento jurídico, pois ao passar pela Bolívia, como turista, adquiriu produtos "naturais", comercializados livremente nas farmácias do país.

Assim, está claro nos autos que o apelante atuou em erro de proibição inevitável, pois, nas circunstâncias em que adquiriu os produtos na Bolívia, não era possível ter a consciência de que contrariava o ordenamento jurídico. Portanto, tem a culpabilidade excluída, por inexistência de potencial conhecimento da ilicitude, nos termos do art. 21 do Código Penal, razão pela qual deve ser absolvido.

Nesse sentido, decisão do TRF da 1ª Região:

> "PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MEDICAMENTOS. ARTIGOS 33, *CAPUT*, 35 E 40, I, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. INEXISTÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. INCONSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ERRO DE PROIBIÇÃO CONFIGURADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. 1. A materialidade do crime está devidamente comprovada pelo Auto de Apreensão de fl. 09 e pelo Laudo de Exame de Produto Farmacêutico (fls. 55/61), do Setor Técnico-Científico da Polícia Federal, não a descaracterizando o fato de haver divergência entre a quantidade da mercadoria apreendida por ocasião do flagrante delito e àquela periciada, considerando que não houve discrepância quanto ao conteúdo do material apreendido, mas apenas de quantidade verificável por simples aritmética. 2. Configurado o erro de proibição e dúvida razoável da autoria delitiva, merece prestígio a sentença que absolveu os acusados da imputação que lhes foi imposta na denúncia. 3. Apelação do acusado e do Ministério Público improvidas" (ACR 200738140049970 - Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz - e-DJF1 18.06.10).

Diante do exposto, dou provimento à apelação da defesa para absolver o réu, nos termos do art. 386, VI, do Código Penal, expedindo-se o competente contramandado de prisão.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

AÇÃO PENAL
0002316-82.2000.4.03.6105
(2000.61.05.002316-1)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: MIGUEL MOUBADDA HADDAD (Codinome: MIGUEL HADDAD), OSWALDO JOSE FERNANDES E MARCO ANTONIO ORLANDO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: APN 313
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/08/2011

EMENTA

DIREITO PENAL - TELECOMUNICAÇÕES - TRANSMISSÃO DE PROGRAMAÇÃO EDUCATIVA, PELO SISTEMA UHF, ANTES DA OBTENÇÃO DA AUTORIZAÇÃO LEGAL - UTILIZAÇÃO, DEPOIS, PARA A TRANSMISSÃO DA MESMA PROGRAMAÇÃO EDUCATIVA, DE OPERADORA QUE ESTAVA VINCULADA A OUTRO PROPÓSITO - CARÁTER INCONTROVERSO DA PROGRAMAÇÃO, A JUSTIFICAR A ADESÃO AOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ABSOLVIÇÃO.

1. Solicitada a autorização legal, para as transmissões no sistema UHF, a veiculação de programação, sem o desfecho do procedimento administrativo de permissão e, ainda, depois, em operadora dedicada a propósito diverso, configura condutas censuráveis, cuja tipificação normativo-penal não se completa, em face do caráter estritamente educativo dos programas veiculados, a cujo respeito não há controvérsia.

2. Adesão excepcional - em face do incontestado caráter educativo da programação veiculada - aos precedentes do STJ, no assunto.

3. Absolvição - artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

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, absolver os acusados, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de julho de 2011.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relato

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): A Procuradoria Regional da República ofereceu a seguinte denúncia:

"Trata-se de inquérito judicial instaurado a partir de representação criminal dando conta de que a prefeitura Municipal de Jundiaí, através de seu atual prefeito MIGUEL MOUBADDA HADDAD e do secretário municipal de Educação OSWALDO JOSÉ FERNANDES fizeram operar e da fato operaram canal de televisão sem a

devida autorização do poder público, o que constituiria, em tese, o delito do artigo 183 da lei 9472/97, lei esta que dispõe sobre organização dos serviços de telecomunicações.
Consoante o apurado, o denunciado MIGUEL HADDAD, na qualidade de prefeito municipal, autorizou, através da Lei nº 4959/97 a criação da FUNDAÇÃO TELEVISÃO EDUCATIVA DE JUNDIAÍ (fls. 11/13), alocando bens e criando cargos. O denunciado OSWALDO JOSÉ FERNANDES assumiu o cargo de superintendente da referida fundação. A fundação assumiu suas atividades encampando as transmissões de programas através de sinal confinado via cabo, cuja contratação havia sido feita na gestão anterior (fls. 40/42).
Em 02 de dezembro de 1998 o Prefeito MIGUEL HADDAD solicitou a necessária e imprescindível autorização da AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÓES - ANATEL para operar a 'TV EDUCATIVA', como passou a ser conhecida a Fundação, por canal aberto de UHF.
Entretanto, em janeiro de 1999, antes daquele órgão regulador a competente autorização, os denunciados MIGUEL e OSWALDO fizeram iniciar as transmissões de programas patrocinados pelo comércio local (fls. 49/53), não somente via sinal confinado, como também mediante a utilização do canal aberto 49 UHF, este último apropriado sem nenhum procedimento legal próprio.
As transmissões irregulares permaneceram, com intensa programação, por cerca de 11 meses, de janeiro de 1999 a 12 de novembro de 1999, quando, por força da instauração de procedimento preparatório de Inquérito Civil Público pelo Ministério Público Estadual em Jundiaí, houve por bem a Municipalidade suspender as transmissões. De fato, em comunicado datado de 16/11/99, informa a ANATEL (fls. 35) haver processo de análise para concessão da licença, entretanto, ainda não deferido, afirmando, também que ante a não regularização 'estará ela (a Fundação) sem permissão do Poder Executivo (sem o ato de outorga correspondente), portanto, clandestinamente'.
E tal situação de clandestinidade permaneceu durante todo o período em que a emissora esteve em operação, já que constam dos autos pedido de autorização, dirigido à ANATEL, com datas de 14 de setembro de 1999 (fls. 45) e 08 de novembro de 1999 (fls. 152) e ao Ministro das Comunicações, datado de 25 de janeiro de 2000 (fls. 172), demonstrando que até essa data não havia qualquer deferimento de autorização para o uso de canal aberto, ausência essa confirmada pelo comunicado acima referido.
O dolo, no caso sub exame, consiste no conhecimento prévio de que seria necessária a autorização do órgão competente, já que foi esta requerida, e a manutenção de efetiva operação de transmissão de programas pela rede aberta, ostensivamente, sem que houvesse solução do procedimento legal necessário.
Demonstra, ainda, a intenção em burlar a fiscalização governamental atos posteriores de ambos os denunciados, permanecendo na conduta delituosa, quando firmaram com outra empresa de telecomunicações, agora a Fundação Cultural Anhanguera - TV Saber, fundação esta instituída pela Associação Teleducação Nova Jundiaí (fls. 219), de cuja constituição faz parte o denunciado MIGUEL HADDAD, contrato de cessão da programação original da TV Educativa de Jundiaí, para ser veiculado, também indevidamente, pelo canal 14 + E UHF do município de Várzea Paulista, canal esta autorizado apenas para retransmissão da TV Cultura, São Paulo.

A TV saber foi lacrada pelo ANATEL justamente por ter veiculado a programação produzida pela Fundação, consoante demonstra o ofício de fls. 244 a 246 (e termo de interrupção de fls. 411). Assim, os denunciados, agora associados a MARCO ANTONIO ORLANDO, presidente da Fundação Cultural Anhanguera sucessora da Associação Teleducação Nova Jundiaí (fls. 382), permaneceram na conduta de transmitir sem autorização legal os programas originados na TV Educativa, até a data da lacração daquela, em 16 de junho de 2000.

Calha a exemplificar o intuito doloso, a afirmação do denunciado OSWALDO JOSÉ FERNANDES, feita à imprensa escrita da região (Jornal de Jundiaí, de Terça-feira, 20/06/2000, cópia às fls. 10 de apenso) de que iria pôr a TV no ar, à revelia do poder público, dizendo, 'verbis': 'Eu vou fazer uma desobediência civil. Vou reabrir a emissora à revelia de qualquer autoridade do setor. Podem me prender, estou à disposição da polícia no meu endereço mesmo', logo após a lacração da TV SABER.

Confirmando tais fatos, depõe o indiciado OSWALDO no inquérito policial (fls. 147/150) alegando que 'as transmissões foram iniciadas em janeiro de 1999' e 'foram transmitidos programas através do canal 49 de UHF', afirmando, ainda, categoricamente que 'A fundação TVE de Jundiaí não possuía autorização para transmitir através do canal 49 UHF' e que o canal foi colocado no ar 'por conta da demora na ANATEL em manifestar-se sobre os estudos de viabilidade técnica'.

O farto material de programação dá conta, sem sombra de dúvidas, que a emissora operava no canal 49 UHF, conforme faz referência a grade de Domingo, 15/08/99 (fls. 218, do apenso), bem como programação de Sábado, 14/08/99, pelo canal 49 UHF (fls. 54 a 102).

Depois de 12.11.1999, os indiciados reiteraram a conduta delituosa agora utilizando-se do canal 14 + E UHF, de concessão da Associação Teleducação Nova Jundiaí, conforme faz prova o material apreendido naquela emissora e periciado às fls. 421/430. Dentre as peças apreendidas, tem-se uma fita contendo vários programas gerados pela TVE JUNDIAÍ como o programa 1ª Educática, com a presença do logotipo de TVE, e trata de uma reunião patrocinada pela Secretaria Municipal de Educação de Jundiaí, com a presença de políticos como o Prefeito Miguel Haddad, deputados e vereadores, entre outras com programação própria de TVE Jundiaí.

Em uma delas (fita nº 6, fls. 427) traz a imagem de um funcionário - iluminador - usando uma camiseta com as inscrições TV Educativa Jundiaí e imagens da fachada do prédio da Fundação Televisão Educativa de Jundiaí, tudo a demonstrar que a origem da programação veiculada pelo canal 14 + E UHF era, sem sombra de dúvida, aquela produzida pela TVE de Jundiaí, de responsabilidade dos denunciados MIGUEL HADDAD e OSWALDO JOSÉ FERNANDES.

Esta segunda etapa do *iter criminis* contou com a participação imprescindível e consciente de MARCO ANTONIO ORLANDO, que por sua vez também incorreu na prática do artigo 183 da Lei nº 9472/97, ao veicular programação sem a necessária autorização legal, já que sua emissora estava apenas licenciada a retransmitir sinal de TV Cultura de São Paulo.

De todo o apurado, verifica-se que o ora denunciado MIGUEL MOUBADDA HADDAD, patrocinou, autorizou e anuiu, as transmissões clandestinas da TVE

JUNDIAÍ pelo canal 49 UHF, bem como autorizou e anuiu com transmissões de programas gerados pela TVE JUNDIAÍ, pelo canal 14 + E UHF de Várzea Paulista, sem a devida autorização legal, desta forma desenvolvendo clandestinamente atividade de telecomunicação pelo período de janeiro de 1999 até 16 de junho de 2000, incorrendo assim, em mais de uma vez e de forma continuada, nas sanções do artigo 183 da Lei nº 9472/97 c. c. artigos 71, 'caput' e 29 'caput', ambos do Código Penal:

O denunciado OSWALDO JOSÉ FERNANDES, na qualidade de superintendente da Fundação Televisão Educativa de Jundiaí, promoveu as transmissões da TVE JUNDIAÍ pelo canal 49 UHF sem que para tanto tivesse a devida autorização legal, bem como promoveu contrato para transmissão de programas gerados pela TVE JUNDIAÍ pelo canal 14 + E UHF de Várzea Paulista sem a devida permissão governamental, e assim agindo, desenvolveu clandestinamente atividades de telecomunicações, incorrendo assim nas sanções do artigo 183 da Lei nº 9472/97 c. c. artigos 71 e 29 'caput', ambos do Código Penal;

O denunciado MARCO ANTONIO ORLANDO, na qualidade de presidente da Fundação Cultural Anhanguera, sucessora da Associação Teleducativa Nova Jundiaí, fez veicular pelo canal 14 + E UHF programas gerados pela TVE Jundiaí, sem Ter a devida autorização do órgão governamental e visando burlar a falta de permissão legal, desde modo desenvolvendo clandestinamente atividades de telecomunicação, incorrendo nas sanções do artigo 183 da Lei nº 9472/97 c. c. artigo 29, § 1º do Código Penal.

Isto posto, requer o Ministério Público Federal seja instaurada a competente ação penal, com o recebimento da presente denúncia, prosseguindo-se nos demais atos processuais, inclusive interrogatório dos ora denunciados, produção de provas documentais e periciais e oitiva das testemunhas abaixo arroladas, o que desde já fica requerido, sendo os mesmos afinal condenados à penas da lei."

Determinei a notificação dos denunciados (fls. 632/III).

Respostas preliminares de MIGUEL (fls. 703/III), OSWALDO (fls. 657/III) e MARCO (fls. 740/III).

Encerrado o mandato do Prefeito MIGUEL, a Procuradoria Regional da República pediu a remessa dos autos ao digno Juízo de 1º grau (fls. 829/IV).

Acolhi o pedido (fls. 854/IV).

Recebida a denúncia em 31 de agosto de 2.005 (fls. 967/IV).

Interrogatórios judiciais de MIGUEL (fls. 1.002/V), OSWALDO (fls. 1.009/V) e MARCO (fls. 1.018/V).

Defesas prévias de MIGUEL (fls. 1.041/V), OSWALDO (fls. 1.028/V) e MARCO (fls. 1.034/V).

Oitiva de testemunhas: fls. 1.065, 1.077, 1.093, 1.137, 1.138, 1.139, 1.140, 1.153, 1.174 e 1.205 - volume V.

Diligências do artigo 499, do Código de Processo Penal: MPF, fls. 1.211; MIGUEL, fls. 1.221.

Alegações Finais do MPF (fls. 1.289), de MIGUEL (fls. 1.238), OSWALDO (fls. 1.307) e MARCO (fls. 1.300).

Investido no mandato de Prefeito, MIGUEL causou nova remessa do feito a este Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1.333).

Intimadas as partes, neste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nada requereram, além do julgamento (fls. 1.339, 1.354, 1.357 e 1.363).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Em *1.997*, a Prefeitura criou a Fundação Televisão Educativa do Município (fls. 20).

Com finalidades *exclusivamente educativas* - Lei Municipal nº 4.959/97 (fls. 20/21).

A Fundação estava limitada a cumprir a sua função institucional através do sinal de *TV a cabo* - fls. 26.

Em dezembro de 1.998 (fls. 52), o Prefeito, o acusado MIGUEL, solicitou a permissão de um canal com o sinal *UHF*.

O motivo foi registrado no ofício encaminhado ao Ministério das Telecomunicações: "*a abertura do canal em UHF seria de muita importância para a nossa comunidade, uma vez que toda a cidade participaria do processo educativo por meio da TV Educativa*" (fls. 52).

Antes da concessão da autorização, porém, os fatos se passaram exatamente como descritos na denúncia.

Documentos e prova testemunhal confirmam o teor da imputação inicial, naquilo que ela tem de essencial, nuclear.

Mais de uma vez, o *Superior Tribunal de Justiça* afirmou que, pedida a autorização ao poder concedente, a operação efetiva do sistema de telecomunicação, *antes* da conclusão do procedimento administrativo, *não* configura o crime.

Destaco:

> "CRIMINAL. HC. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO CLANDESTINA DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DA CLANDESTINIDADE EXIGIDA PELA NORMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.
> Deve ser reconhecida a falta de justa causa para a ação penal, instaurada para a apuração do delito de desenvolvimento de atividade de telecomunicação sem autorização do Órgão competente, se evidenciada a ausência da clandestinidade, exigida pelo tipo penal, na conduta do denunciado - que, antes de colocar em funcionamento uma estação retrotransmissora, protocolara requerimento de outorga para tanto, junto à Anatel. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal."
> (HC 14.366/AM, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2001, DJ 27/08/2001, p. 357).

Neste precedente, o Ministro Relator registrou:

> "Por outro lado, aduz-se a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, pela não

caracterização da clandestinidade da atividade, em virtude do pedido de autorização ter ocorrido antes da instalação dos equipamentos.

O art. 183 da Lei nº 9.472/97 possui o seguinte teor:

'Art. 183. Desenvolver cladestinamente atividades de telecomunicação:

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

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

Portanto, para a caracterização do delito, necessária se faz a comprovação do desenvolvimento da atividade de telecomunicação de forma clandestina.

No presente caso, o paciente, anteriormente à prática da conduta tida como delituosa - em 28/08/2001 - solicitou a autorização do órgão competente, para o desenvolvimento da atividade de telecomunicação.

Deste modo não resta configurada a clandestinidade, pois, mesmo que o paciente tenha se adiantado à autorização administrativa, colocando em funcionamento os equipamentos de radiotransmissão em momento anterior à resposta da autoridade, não se pode ter como ilícita a conduta praticada, pois no momento da solicitação autorizativa, já estava afastado o caráter de clandestinidade exigido pelo tipo penal em questão.

Neste sentido, o precedente desta Corte:

'CRIMINAL. HC. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO CLANDESTINA DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DA CLANDESTINIDADE EXIGIDA PELA NORMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Deve ser reconhecida a falta de justa causa para a ação penal, instaurada para a apuração do delito de desenvolvimento de atividade de telecomunicação sem autorização do Órgão competente, se evidenciada a ausência da clandestinidade, exigida pelo tipo penal, na conduta do denunciado - que, antes de colocar em funcionamento uma estação retrotransmissora, protocolara requerimento de outorga para tanto, junto à Anatel.

II. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.'

(HC 14.366/AM, DJ de 27/08/2001, de minha Relatoria).

Assim, evidenciada a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, mister se faz determinar a interrupção do constrangimento a que se encontra submetido.

Deste modo, deve ser cassado o acórdão recorrido, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do paciente.

Diante do exposto, concedo a ordem".

No caso concreto - *e, nesta medida, agora, ressalvo a minha adesão* -, não há qualquer dúvida na aplicação dos precedentes.

É indiscutível o *caráter estritamente educativo* da Fundação e ninguém, fundamentadamente, opôs qualquer reserva à natureza da programação por ela produzida.

É certo, ainda, que o notório custo elevado da TV a cabo - a quem diga único, no mundo - veta o acesso de todos à *programação educativa*.

Interditado o sinal UHF, então utilizado pelos réus por alguns meses, procuraram nova alternativa: o uso de uma emissora *também* com programação *estritamente educativa*.

Ou seja, a todo tempo, os réus tentaram veicular a programação de interesse social.

Poderiam ter escolhido outra via, é inegável. Mas uma escolha errada - por inépcia administrativa, arrogância ou voluntarismo partidário, por exemplo - não configura crime.

Absolvo os acusados, porque, na realidade do caso concreto, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça indicam que os fatos não constituem infração penal - *artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal*.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Em apreciação, ação penal instaurada a partir de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em que se imputa aos acusados, um dos quais, presentemente, Prefeito Municipal de Jundiaí/SP, a prática, em concurso de pessoas, do delito definido no art. 183 da Lei nº 9.472/97, em razão da transmissão de programas gerados por televisão dita educativa, sem a devida autorização legal, no período de janeiro de 1999 a junho de 2000.

Submetido o feito a julgamento na sessão de 27 de julho do fluente, o Órgão Especial, por maioria, absolveu os acusados, na forma do voto do eminente Relator, Desembargador Federal Fábio Prieto, que destacou não apenas o interesse social na programação veiculada, senão também o fato de haver o Prefeito solicitado permissão de canal com sinal UHF, presente, aqui, o entendimento exteriorizado pelo c. STJ quanto à desnaturação do ilícito, caso solicitada autorização junto ao poder concedente, antes da conclusão do procedimento administrativo.

Discrepando desse posicionamento, a eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta julgou procedente o pedido deduzido na demanda e condenou os acusados às penas cuja dosimetria consta da certidão de julgamento acostada a fs. 1.395/1.396.

De nossa parte, acompanhamos a divergência instaurada por Sua Excelência, principiando nossas considerações pela transcrição do delito estampado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, mercê do qual:

> "Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
> Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais)".

Observe-se que o próprio diploma legal a que se vem de aludir fornece os contornos de clandestinidade, ao estatuir, no parágrafo único do mencionado dispositivo, que se considera clandestina "a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofreqüência e de exploração de satélite".

Nesse cenário, o ponto nodal que se coloca está em precisar se a prévia protocolização de solicitação de autorização para veiculação de programação televisiva, junto ao órgão público a tanto competente, teria o condão de desconfigurar o ilícito previsto no artigo transcrito. Ou por outra: saber-se se a mera ausência de autorização administrativa por quem de direito basta a configurar o crime sob enfoque, pouco importando a pendência de pedido administrativo anterior a respeito.

De logo, não descuramos da existência de corrente jurisprudencial emanada do

c. STJ, a preconizar que a consubstanciação do ilícito é elidida pela dedução do pleito de autorização junto ao órgão próprio acerca do empreendimento da atividade de telecomunicação. Naquele Sodalício, a problemática vem sendo vertida, inclusive, em sede de decisão unipessoal, donde se vislumbra a ocorrência de pacificação da matéria, como dá testemunho o seguinte paradigma:

> "(...)
> Recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que dando provimento à apelação interposta por Miguel José da Silva, declarou sua absolvição no processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, em acórdão assim ementado:
> 'EMENTA: Penal. Rádio Comunitária. Art. 183 da Lei 9.472/97. Dolo. Inexistente. As rádios comunitárias desenvolvem atividade social relevante, sem fins lucrativos, visando tão-somente o caráter informativo e educacional. Inaplicável o disposto no art. 183 da lei 9.427/97, desde que o acusado antes da apreensão dos equipamentos já havia requerido o alvará de licença de funcionamento. Apelação provida.' (fl. 224).
> Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 183 da Lei nº 9.472/97, fundam a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c'). Alega o *Parquet* recorrente que 'a negativa de vigência ao art. 183, da Lei nº 9.472/97, depreende-se do acórdão atacado, ao adotar o entendimento de que esvaziado está o elemento subjetivo do delito em exame, sendo atípica a conduta, por não configurado o requisito da 'clandestinidade', em face de o ora Recorrido encontrar-se no aguardo da autorização administrativa para funcionamento da rádio comunitária, que requerera, vindo a ocorrer a apreensão dos seus equipamentos, nesse ínterim' (fl. 241).
> Sustenta que 'inegável que a exploração de rádio, mesmo comunitária, sem a prévia autorização da autoridade competente, caracteriza o ilícito penal acima, e que, para a configuração do delito, basta que o agente aja com a vontade livre e consciente dirigida a tal fim' e que 'o ora Recorrido cometeu conscientemente a conduta prevista no tipo, já que fez funcionar a estação de rádio sem a devida autorização, o que ele confessa, nos seus interrogatórios, pelo que perfeita está a conduta do supra transcrito dispositivo legal' (fl. 242).
> Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, '(...) para o fim de, reformando-se o acórdão vergastado, condenar o ora Recorrido nas penas do art. 183 da Lei nº 9.472/97' (fl. 245).
> Recurso tempestivo (fl. 239), respondido (fls. 277/281) e admitido (fl. 260).
> O Ministério Público Federal veio pelo não conhecimento do recurso, ou pelo seu conhecimento e improvimento, às fls. 284/288.
> Tudo visto e examinado.
> DECIDO.
> É esta a letra dos artigos 183 e 184 da Lei nº 9.472/97:
> 'Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:
> Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer com o crime.' (nossos os grifos).

'Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo Único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofreqüência e de exploração de satélite.' (nossos os grifos).

Ao que se tem, a lei prevê como crime a exploração clandestina de atividades de telecomunicação, definida a 'clandestinidade' pelo próprio ato normativo como a atividade desenvolvida sem a devida autorização.

Ocorre que esta Corte Superior de Justiça registra já entendimento no sentido de que o pedido de autorização do órgão competente para a realização de atividades de radiodifusão ilide o requisito da clandestinidade, definido no artigo 184, parágrafo único, da Lei nº 9.472/97, para a configuração do delito tipificado no artigo 183 da mesma lei (desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

'CRIMINAL. RHC. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EQUIPAMENTO INSTALADO, MAS NÃO EM FUNCIONAMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DA CLANDESTINIDADE EXIGIDA PELA NORMA. SOLICITAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO ANTERIOR AO DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

Hipótese em que o recorrente, processado pela suposta prática do crime de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação, alega a falta de justa causa para a ação penal, pois não haveria prova nos autos de que, no momento da vistoria, os equipamentos, apesar de encontrarem-se instalados, estavam em pleno uso, bem como atipicidade da conduta.

A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

A verificação da autenticidade das afirmações do paciente relacionadas à ausência de provas do funcionamento dos equipamentos não é possível em sede de habeas corpus, tendo em vista o inadmissível revolvimento do conjunto fático-probatório que se faria necessário.

Não resta configurada a clandestinidade, pois, mesmo que o paciente tenha se adiantado à autorização administrativa, colocando em funcionamento os equipamentos de radiotransmissão em momento anterior à resposta da autoridade, não se pode ter como ilícita a conduta praticada, pois no momento da solicitação autorizativa, já estava afastado o caráter de clandestinidade exigido pelo tipo penal em questão. Precedente.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do paciente.
VI. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.' (RHC nº 17.214/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 11/4/2005 - nossos os grifos).
'CRIMINAL. HC. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO CLANDESTINA DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DA CLANDESTINIDADE EXIGIDA PELA NORMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.
Deve ser reconhecida a falta de justa causa para a ação penal, instaurada para a apuração do delito de desenvolvimento de atividade de telecomunicação sem autorização do Órgão competente, se evidenciada a ausência da clandestinidade, exigida pelo tipo penal, na conduta do denunciado - que, antes de colocar em funcionamento uma estação retrotransmissora, protocolara requerimento de outorga para tanto, junto à Anatel.
Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.' (HC nº 14.366/AM, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 27/8/2001).
In casu, ao que se tem dos autos, a requisição de licença para a exploração das atividades de radiodifusão data de 1998, muito anterior, portanto, à da apreensão dos equipamentos, 12 de julho de 2002, sendo de rigor, pois, a preservação da absolvição decretada pela Corte Estadual de Justiça.
Pelo exposto, com fundamento no artigo 38 da Lei nº 8.08/90, nego seguimento ao recurso.
(...)"
(REsp nº 689017, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 03/8/2006, data da publicação 01/09/2006 - destacamos).

De outro turno, a matéria não constitui propriamente novidade neste Órgão Especial, que registra "leading case" a respeito de atividade clandestina de telecomunicações, de relatoria da eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, cuja ementa segue transcrita:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. FUNCIONAMENTO DA EMISSORA 'RADIO NOSSA FM', NO MUNICÍPIO DE TERRA ROXA/SP, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. - O enquadramento penal, nas hipóteses em que verificada a ausência de prévia autorização à instalação de equipamento e utilização dos serviços de radiodifusão, dá-se pelo artigo 183 da Lei 9.472/97, que estipula pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, além de multa. Precedentes dos Tribunais. - Correta a definição jurídica dada aos fatos, afasta-se eventual alegação de prescrição, que, com base no máximo da pena cominada abstratamente, nos termos da tabela do artigo 109 do Código Penal, alcança 8 (oito) anos para os delitos em questão. - Preliminar arguida em razões escritas: a nulidade decorrente do indeferimento de diligência solicitada e o alegado cerceamento de defesa não se sustentam, porquanto irrelevante, ao deslinde da causa, a transcrição fonográfica do material entregue pelos co-réus, a

quem cumpriria, caso entendessem imprescindível à busca da verdade real a medida, providenciar a realização da perícia anteriormente ao encerramento da instrução. Prova da alegação que incumbe a quem a fizer. Inteligência do artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal. - O desenvolvimento de atividade de telecomunicações de forma clandestina, sem o aval do Estado, é delito formal, que independe de resultado naturalístico para consumação, suficiente o perigo de dano abstratamente considerado. - Instrução criminal: prova material dos crimes apurados. - Provas diretas: perícias realizadas, interrogatórios dos réus, depoimentos de testemunhas, documentos juntados. - Provas indiretas: indícios que abarcam os delitos (artigo 239 do Código de Processo Penal). - Livre apreciação das provas (artigo 157 do Código de Processo Penal): a prova indiciária possui o mesmo prestígio das provas diretas no sistema persecutório; ausente hierarquia de provas, cumpre ao juízo imprimir-lhes o valor adequado. - Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas: manutenção de estação retransmissora de sinal de rádio, sem permissão do órgão competente, a serviço da 'Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa', criada para fomentar e divulgar, juntamente com o periódico 'Nosso Jornal', os assuntos e atividades de interesse dos acusados, ligados à administração do município. - Fragilidade e insubsistência das teses defensivas, infundadas e contraditórias, por vezes, incompatíveis entre si, caracterizadas por confiarem a exclusividade das atividades a Wainer Milanez, antigo responsável pela emissora, falecido em 29 de maio de 2000, anteriormente, portanto, às apreensões em 18 de outubro de 2000 e 6 de dezembro de 2002 dos equipamentos utilizados para operação da 'Rádio Nossa FM'. - SAMIR ASSAD NASSBINE, 'o grande idealizador da ADCCTR - RÁDIO NOSSA': médico, ex-Secretário de Saúde de Barretos/SP e Prefeito de Terra Roxa/SP por três ocasiões, valia-se da rádio (inicialmente instalada nos fundos do terreno em que localizado seu consultório) para promover entrevistas e, tal como por meio do 'Nosso Jornal', divulgar campanhas e trabalhos desenvolvidos pela referida associação, anunciando eventos e informando a população sobre seus feitos. - JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA, servidor público municipal, 'Diretor de eventos da ADCC-TR - Rádio Nossa', à frente dos negócios da rádio após a morte de Wainer Milanez, além de possuir programa de música sertaneja, e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, secretário de esportes em Terra Roxa/SP desde 2001, 'Diretor de esportes da ADCC-TR - Rádio Nossa' e responsável pelo editorial do 'Nosso Jornal', com participação na rádio em quadro diário sobre esportes, cuidando, ainda, do recebimento das verbas de patrocínio da emissora: interesse de ambos em ficar em evidência e, principalmente, em agradar SAMIR ASSAD NASSBINE, empenhando-se na propagação das realizações da gestão do co-réu. - O fato de a rádio ter sido fechada no final de 2000 e posteriormente reaberta, novamente sem a devida autorização, revela que os co-réus detinham pleno conhecimento da ilegalidade do ato praticado, em nada servindo à exclusão da inequívoca responsabilidade dos mesmos a singela imputação a pessoa falecida meses antes, nem sequer o desconhecimento do funcionamento de modo ilegítimo. - Existência de vasto conjunto probatório a denotar que SAMIR ASSAD NASSBINE, com a concorrência de JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, colocaram em funcionamento, em duas oportunidades, a emissora, sem a competente concessão,

sempre com o intuito de manter em realce as atividades desenvolvidas, utilizando-se da clandestinidade para atingir interesses políticos e também particulares, configurado, em ambas as oportunidades, o crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, em concurso material (CP, artigo 69), por se tratarem de delitos autônomos entre si. - Absolvição (CPP, art. 386, V) de MARCO ANTÔNIO CARDOSO PEREIRA: embora tenha inicialmente tomado parte nas atividades da rádio, não foram colhidas provas suficientes de que o réu, motorista da Prefeitura, concorreu para a infração penal, não restando demonstrada sua ligação com a estrutura utilizada nas transmissões e no cotidiano da emissora, ou, ao menos, que guardasse ciência da clandestinidade, tanto que, após o primeiro fechamento, nada mais se referiu sobre sua participação. - Dosimetria: fixação de pena mínima que se afasta em razão dos motivos e circunstâncias dos delitos perpetrados, merecendo reprimenda com patamar inicial elevado nas penas a serem cominadas; alto grau de reprovabilidade das condutas, comprometendo a normalidade dos serviços de radiodifusão, a revelar a necessidade de resposta inibidora do Estado com eficiência e rigor, justificando o aumento também a importância da condição dos acusados e, em relação a SAMIR ASSAD NASSBINE, o número exacerbado de inquéritos e processos-crime em seu nome, se não como maus antecedentes, na valoração da conduta pessoal, demonstrando personalidade voltada à prática delituosa e à má conduta social. - Pena-base privativa de liberdade, com relação ao primeiro delito (18/10/2000): 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 1 (um) mês de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, exacerbada esta última em grau menor em razão da conduta social favorável do co-réu, professor e coordenar esportivo. - Culpabilidade das condutas perpetradas - maior em relação a SAMIR ASSAD NASSBINE, por sua condição de prefeito municipal e ‘presidente do Conselho Deliberativo da Associação Desportiva, Cultural e Comunitária Terra Roxa - Rádio Nossa’, concentrando os poderes de gerência da emissora - que se apresenta ainda mais acentuada no que concerne ao segundo crime, impondo superior censura a intensidade do dolo, evidenciado com a reativação da rádio, após a primeira apreensão levada a efeito pela autoridade policial e instauração de inquérito policial para apuração dos fatos. - Pena-base privativa de liberdade, quanto ao segundo delito (06/12/2002): 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES. - Delimitaçãoda sanção pecuniária em R$ 10.000,00 (dez mil reais) por crime, para cada réu, nos exatos termos do artigo 183 da Lei 9.472/97 e na esteira da jurisprudência das turmas criminais deste Tribunal. - Inexistentes agravantes ou atenuantes, nem sequer causas de aumento ou diminuição, tornadas definitivas e somadas, conforme o artigo 69 do Código Penal, resultam as penas privativas de liberdade em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de detenção para SAMIR ASSAD NASSBINE, 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção para JOÃO LUIZ AMÂNCIO VIEIRA e 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de detenção para JOÃO FERNANDES BRAGA MARQUES, além da condenação dos acusados ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) cada um, a título de multa. - Incabível a substituição

> por penas restritivas de direito na forma do artigo 44 do Código Penal, dada a quantidade de reprimenda imposta, que ultrapassa o mínimo legal de 4 (quatro) anos. - Regime inicial de cumprimento de pena: semi-aberto (artigo 33, *caput* e § 3º, do Código Penal), permitindo-se aos acusados recorrerem em liberdade. - Efeitos extrapenais da condenação: decretação da perda em favor da Agência Nacional de Telecomunicações dos equipamentos apreendidos, empregados na atividade clandestina de radiodifusão (artigo 184, II, da Lei 9.472/97)".
> (APN nº 208, Relatora Des. Federal THEREZINHA CAZERTA, j. 03/12/2008, DJF3 30/09/2009, p. 1).

Consignando que não tomamos parte daquela votação, aparenta-nos que a "quaestio" nesta seara ventilada - tal seja, repercussão da preexistência de pedido administrativo referentemente à corporificação do ilícito - comporta reflexão, ao fito de se obviarem exegeses uniformes para casos que fundamentalmente se distinguem.

De efeito, com a devida vênia, não nos parece adequado condicionar, *de forma absolutamente estandardizada*, entendimento acerca da atipicidade da conduta, sob a óptica da infração definida no art. 183 da Lei nº 9.472/97, à existência de antecedente solicitação administrativa de alvará de funcionamento da estação transmissora. Deveras, procedendo-se dessa forma e *de maneira indistinta*, sem adentrar às peculiaridades de cada situação, tirar-se-ia precedente temerário, a ser eventualmente utilizado como "bill" de indenidade àquele que busca, adredemente, subtrair-se à persecução criminal.

Expliquemo-nos objetivamente. A acolher paradigma desse jaez, pensamos, abrir-se-ia flanco à burla da responsabilização criminal em hipóteses em que ela se faz imperiosa. Porquanto o agente que almeja pôr em funcionamento televisão ou rádio, independentemente da observância à burocracia estatal, desfrutaria de verdadeiro escudo à persequibilidade criminal. Bastaria que, imediatamente após o princípio das transmissões, acorresse ao órgão administrativo e formulasse o competente requerimento, para que tivesse inibido o caráter criminal da conduta. Verdadeira salvaguarda, pois, de cunho antecipado, em desfavor da reprovabilidade a que o legislador quis imprimir ao comportamento focalizado, cujas razões repousam, inclusive, na segurança do domínio eletromagnético.

De outro turno, hipótese há em que de todo aplicável a linha de raciocínio esboçada no paradigma oriundo da Superior Instância. A exemplo: casos podem existir em que, provocada, a Administração mantém-se, de forma apropositada, inerte quanto ao exame do pleito de autorização, por lapso de tempo em muito superior ao razoável para esquadrinhamento da reunião dos requisitos a tanto necessários. Nesse caso, tolerável se mostra atalhar a apenação criminal, eis que, transcorrido prazo proporcional ao deslinde do pedido administrativo, tem-se por atípica a conduta do particular que se insubordina quanto à inoperância do aparato estatal. Mormente porque, de todos sabido é que as concessões de rádio e televisão podem guiar-se por questões que trespassam meros critérios técnicos, resvalando em prisma político. Em síntese conclusiva: não haveria cogitar em conduta delituosa se a Administração, propositadamente, se recusa a adimplir seu dever, que é o de analisar a solicitação deduzida relativamente ao funcionamento da empresa de radiodifusão.

Nesse contexto, acreditamos que escorreito se faz analisar as especificidades de cada caso concreto, a bem de que não se confundam, sob o prisma penal, condutas aceitáveis daquelas que possam ser perpetradas à sorrelfa, quer pelo particular, quer pela Administração.

Postas essas balizas, tornemos ao caso “sub examine”. Diz, o Ministério Público Federal, em sua inicial acusatória, que o funcionamento da denominada “Fundação Televisão Educativa de Jundiaí” remonta a janeiro de 1999. O requerimento administrativo, agilizado perante a Anatel, data de dezembro de 1998.

Consoante se vê, entre a dedução do requerimento administrativo e o início das irregulares transmissões, transcorreu cerca de um mês. Razão por que, parece-nos, a hipótese em cogitação aproxima-se daqueles casos em que, a nosso crer, não tem qualquer pertinência a incidência do raciocínio estadeado no paradigma da Superior Instância. O interregno temporal exíguo - insista-se: um mês - elide o enquadramento da presente espécie àquelas situações em que o particular, pacientemente, vem aguardando manifestação do Poder Concedente por interstício notoriamente acima do admissível e abdica da obtenção da regularidade formal, por pura inação estatal. Por outros termos, revela-nos presente, “in casu”, o quesito da clandestinidade, uma vez que se colocou em operação atividade de telecomunicação sem que tempo hábil houvesse para que a Administração se pronunciasse a respeito da solicitação administrativa aviada.

Com razão, portanto, a eminente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Os episódios em apuração positivam o delito precisado no art. 183 da Lei nº 9.472/97 e não há elementos a frustrar a incidência da norma penal.

Autoria e materialidades testificadas, acompanho, com os acréscimos tecidos, Sua Excelência em todos os aspectos de seu voto, inclusive no que concerne à individualização das penas - abarcando a recente declaração, pelo Órgão Especial, da inconstitucionalidade da aplicação da multa tal como disposta na norma, é dizer, em quantia certa -, regime inicial do respectivo cumprimento e perda dos bens apreendidos.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELAÇÃO CRIMINAL
0001450-69.2002.4.03.6181
(2002.61.81.001450-4)

Apelante: PAULO ROBERTO DE ANDRADE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Corréus: ANTONIO CARLOS DE ANDRADE E KLECIUS ANTONIO DOS SANTOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACR 27240
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/09/2011

EMENTA

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EMISSÃO, OFERTA OU NEGOCIAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS SEM PRÉVIO REGISTRO DE EMISSÃO NA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI Nº 7.492/1986, ARTIGO 7º, INCISO II. UTILIZAÇÃO DE BOLETINS DE SUBSCRIÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE EMISSÃO. LEI Nº 6.385/1976, ARTIGO 19, § 3º, INCISO I. CONTRATOS DE INVESTIMENTO COLETIVO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.637/1998. DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. O artigo 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986 incrimina as condutas de emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente (Comissão de Valores Mobiliários).

2. Na conformidade do artigo 19, *caput*, da Lei nº 6.385/1976, nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários; e, de acordo com o inciso I do § 3º do mesmo artigo de lei, caracteriza a emissão pública a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição.

3. Os contratos de investimento coletivo foram erigidos à condição de valores mobiliários pela Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998. Assim, se os fatos narrados na denúncia remontam a 1999, não há falar em indevida aplicação retroativa da lei.

4. O crime tipificado no inciso II do artigo 7º da Lei nº 7.492/1986 não pressupõe a produção de prejuízo; havendo, porém, resultado danoso, é dado ao juiz exasperar a pena-base para além do mínimo legal, uma vez que as conseqüências do delito compõem o rol de circunstâncias previsto no artigo 59 do Código Penal.

5. Para a quantificação da fração de aumento pela continuidade delitiva, a doutrina e a jurisprudência consagraram o critério do número de infrações: para dois crimes, 1/6 (um sexto); para três crimes, 1/5 (um quinto); para quatro crimes, 1/4 (um quarto); para cinco crimes, 1/3 (um terço); para seis crimes, 1/2 (metade); e para sete ou mais crimes, 2/3 (dois terços).

6. Redimensionada a pena pelo tribunal, é de rigor revisar o regime prisional e a possibilidade de substituição por restritivas de direitos.

7. Recurso provido em parte.

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 PARCIAL PROVIMENTO* à apelação, ao fim de reduzir as penas para 3 (três) anos de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, substituída por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos supra. Quanto ao mais, manter a r. sentença de primeiro grau de jurisdição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de agosto de 2011.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta por *Paulo Roberto de Andrade*, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo, SP, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, condenando-o como incurso nas disposições do art. 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986, a 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos; e absolveu os réus Antonio Carlos de Andrade e Klecius Antônio dos Santos da acusação de haverem praticado o crime previsto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986, com fundamento no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Consta da denúncia que a empresa Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A, tendo os acusados como diretores e administradores, "colocou no mercado Contratos de Investimento Coletivo relativos a 2.310.400 @ (dois milhões, trezentos e dez mil e quatrocentas arrobas), no período de setembro/99 a janeiro/00, quando da 2ª emissão, antes de sua autorização pela CVM em 04/02/00; 3.069.950 @ (três milhões, sessenta e nove mil, novecentos e cinqüenta arrobas), no período de setembro/99 a novembro/00, quando da 3ª emissão, antes de sua autorização pela CVM em 06/12/00; e realizou a 4ª emissão de Contratos de Investimento Coletivo - CIC sem registro na Comissão de Valores Mobiliários, relativos a 2.060.550 @ (dois milhões, sessenta mil, quinhentas e cinqüenta arrobas) no período de dezembro/99 a março/01" (f. 3).

Em suas razões recursais, a defesa pugna pela reforma da sentença, aduzindo que:

a) "a r. sentença julgou típica a conduta do apelante não porque teria ele realizado emissões de Contratos de Investimento Coletivo 'sem prévia autorização' ou sem 'prévio registro', e sim porque foram negociados Boletins de Subscrição antes de registrá-los na CVM. A decisão recorrida equipara Boletins de Subscrição a Contratos de Investimento Coletivo, elevando este último à categoria de valor mobiliário com base no art. 2º, IX, da Lei 6.385/76, introduzido pela Lei 10.303/2001" (f. 1.058), com vigência posterior aos fatos ora tratados, ferindo, assim, o princípio da anterioridade da lei penal;

b) "ainda que o art. 2º, IX, da Lei 6.385/76 já estivesse incorporado ao ordenamento jurídico na época dos fatos, nem por isso seria exigível da Boi Gordo que realizasse o prévio registro dos Boletins de Subscrição na CVM antes de ofertá-los publicamente. Isto porque, ao contrário do que consta na r. sentença, os Boletins de Subscrição não geravam

ao investidor, por si só, 'direito de participação, de parceria ou de remuneração'. Tais direitos aperfeiçoavam-se apenas com o registro do Contrato de Investimento Coletivo correspondente e o seu envio ao investidor em 30 dias. (...) O Boletim de Subscrição correspondia a uma reserva de investimento" (f. 1.070), ou seja, geravam "mera expectativa de direito de remuneração" (f. 1.073), não havendo, nesta negociação, qualquer óbice por parte da Comissão de Valores Mobiliários, a qual, inclusive, aprovou os modelos de Boletim de Subscrição, conforme carta de f. 943-946;

c) "se a CVM, como órgão fiscalizador do setor, permitia a continuidade dos negócios da Boi Gordo, registrando os contratos por ela emitidos, é porque entendia que as atividades da empresa estavam em conformidade com a legislação. Na pior das hipóteses, a atuação da CVM teria produzido uma situação de erro de proibição. Até poucos dias antes de sua concordata, quando do registro da quarta emissão, a Boi Gordo contava com a confiança da CVM, a despeito de problemas de relacionamento entre funcionários da empresa e fiscais do órgão controlador" (f. 1.079);

d) "pela instrução CVM nº 296/98, a emissão de contrato de investimento coletivo por empresa devidamente registrada na CVM, nos termos da instrução CVM nº 270/98, não depende de autorização prévia da CVM. A emissão de CIC, instrumento representativo da aplicação em contrato de investimento coletivo agropecuário, é decisão interna da empresa, que requer somente aprovação dos acionistas e da diretoria" (f. 1.064), não podendo ser confundido com o registro de emissão feito pela CVM;

e) os contratos de investimento coletivo emitidos pela empresa Fazendas Reunidas Boi Gordo foram posteriormente registrados pela CVM, sendo que "a primeira emissão foi registrada em 2/07/99, a segunda em 4/02/2000, a terceira em 6/12/2000 e a quarta em 20/08/2001 (fls. 826/827)" (f. 1.066), de sorte que "a conduta imputada a Paulo Roberto de Andrade é atípica" (f. 1.058), na medida em que o art. 7º da Lei nº 7.492/1986 não se aplica às condutas imputadas ao apelante e, ainda, pelo fato de que "não seria possível colocar CIC em circulação no mercado sem o registro prévio da CVM. O inspetor Gonzalez, explica que 'nos contratos de investimento coletivo deveria constar o número de registro da CVM e como a CVM não havia autorizado o registro a empresa não tinha como emitir os contratos de investimento coletivo' (fl. 469)" (f. 1.067);

f) "a condenação do apelante não se sustenta. A sentença fundamenta a tipicidade da conduta em dispositivo de lei que entrou em vigência após a data dos fatos imputados ao apelante" (f. 1.058), sendo que, até então, os contratos de investimento coletivo não tinham a natureza de títulos de valores mobiliários (f. 1.066);

g) para a eventualidade de não ser acolhida a tese da atipicidade da conduta imputada ao apelante, a reprimenda fixada deve ser revista da seguinte maneira: 1) a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, na medida em que "o acréscimo não está devidamente fundamentado" (f. 1.084) e, ainda, o prejuízo causado aos investidores não se mostra suficiente para ensejar a respectiva majoração; 2) as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante; 3) o aumento relativo à continuidade delitiva deve ser fixado no mínimo legal, considerando-se o número de infrações, ou seja, que foram cometidos três crimes.

Intimado para oferecimento de contrarrazões (f. 1.091), o Ministério Público Federal, por intermédio de seu órgão oficiante em primeira instância, declinou de sua atuação, por entender que a decisão de f. 1.046-1.050 deferiu apenas o pedido relativo à intimação da defesa para apresentação das razões recursais (f. 1.044 e 1.092).

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora

Regional da República Maria Iraneide Olinda S. Facchini, opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Da denúncia consta que o ora apelante e outros dois diretores e administradores da empresa Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A de "negociaram contratos de investimento coletivo, no período de setembro/99 a março/01, sem que houvesse o devido registro da emissão dos referidos contratos junto à CVM" (f. 3).

No relatório da sentença de primeiro grau consta, igualmente, que os réus foram denunciados porque "negociaram contratos de investimento coletivo, no período de setembro/99 a março/01, sem que houvesse o devido registro da emissão dos referidos contratos junto a Comissão de Valores Mobiliários" (f. 1.015).

Na fundamentação da sentença, o d. juiz *a quo* asseverou:

> "A empresa Fazenda Reunidas Boi Gordo registrou na Comissão de Valores Mobiliários quatro emissões de Contratos de Investimento Coletivo. A primeira emissão foi registrada em 02.07.99, a segunda emissão foi registrada em 04.02.00, a terceira emissão foi registrada em 06.12.00 e a quarta emissão foi registrada em 20.08.01. Em todas elas, restou apurado que a citada empresa antecipava-se ao registro da emissão dos contratos de investimento coletivo e, antes dele ser efetuado, ofertava no mercado boletins de subscrição de contrato de investimento coletivo em gado bovino, os quais, para o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, configuram valores mobiliários, enquanto para os réus não" (f. 1.018).

O apelante não nega que tenha ocorrido a oferta e tampouco que os registros tenham ocorrido nas datas apontadas. A tese da defesa consiste no argumento de que os contratos, propriamente ditos, não antecederam os registros, tendo havido, sim, mera emissão de "boletins de subscrição", que não se confundem com contratos.

A tese defensiva não merece acolhida.

Com efeito, o artigo 19, *caput*, da Lei nº 6.385/1976 estabelece que "nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão"; e de seu § 3º, inciso I, resulta que "*caracteriza a emissão pública*" "*a utilização* de listas ou *boletins de venda ou subscrição*, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público".

Ora, se a utilização de boletins de subscrição caracteriza a emissão pública; se nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão; e se, *in casu*, houve emissão pública de boletins de subscrição antes do registro, é evidente que a norma em questão restou infringida.

Outra alegação da defesa é a de que os contratos de investimento coletivo só passaram a ser considerados valores mobiliários a partir da Lei nº 10.303/2001, que acrescentou o inciso IX ao artigo 2º da Lei nº 6.385/1976. Assim, a r. sentença de primeiro grau ter-se-ia fundado em lei posterior aos fatos descritos na denúncia.

Ocorre que já a Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998, mencionada na sentença (f. 1.017), estabelecia, em seu artigo 1º, que "constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou *contratos de investimento coletivo*, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros".

Os primeiros fatos descritos na denúncia remontam a 1999, ou seja, *são posteriores* à aludida medida provisória, de sorte que não há falar, *data venia*, em retroatividade.

Nem se diga que matéria penal não pode ser regida por medida provisória. No caso, a Medida Provisória nº 1.637 *não veiculou norma penal*, apenas erigiu os contratos de investimento coletivo à condição de valores mobiliários. A regra penal, que incrimina a conduta, é o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986, muito anterior à prática dos fatos narrados na exordial acusatória.

Sob outro aspecto, saliente-se, na esteira da r. sentença, que a subscrição dos boletins já gerava direito de participação, na medida em que, na data da assinatura, "o investidor já adquiria e entregava às Fazendas Reunidas Boi Gordo, em regime de parceria pecuária, para engorda e posterior comercialização, a quantia de arrobas descritas no anverso deste boletim e já se iniciava o prazo de investimento de 18 (dezoito) meses" (f. 1.019).

Diante desse quadro, tem-se por perfeitamente caracterizada a infração penal, perdendo relevo, absolutamente, os demais argumentos lançados nas razões de apelação.

Deveras, nada importa as alegações de que a Comissão de Valores Mobiliários fiscalizava a empresa e de que registrava os contratos, pois isso não afasta a *emissão sem prévio registro*, nos termos supramencionados.

Também se mostra irrelevante a assertiva de que não seria possível "colocar em circulação" contratos de investimento coletivo sem o prévio registro na Comissão, uma vez que, como dito e nos termos do artigo 19, § 3º, inciso I, da Lei nº 6.385/1976, a *utilização de boletins de venda ou de subscrição caracteriza a emissão pública de valores mobiliários*, a qual, frise-se mais uma vez, pressupõe prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários.

Em síntese, a conduta imputada e efetivamente praticada é penalmente típica, merecendo confirmação a solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.

No que tange à dosimetria da sanção, o MM. Juiz de primeiro grau justificou a exasperação da pena-base na produção de "prejuízos causados aos investidores, que, inclusive, firmaram uma associação para tentar recuperar os investimentos" (f. 1.022).

De fato, a configuração do crime não pressupõe qualquer prejuízo, bastando a emissão de valores mobiliários sem prévio registro na Comissão. Se, todavia, houve prejuízos concretos - e isso é inegável -, a pena-base pode e deve ser exasperada, já que as *consequências* do crime compõem o rol de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Observe-se, contudo, que a pena, em abstrato, varia de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, afigurando-se exagerada, *data venia*, a fixação da pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão apenas em função das consequências do delito.

Por isso, reduzo a pena-base para 3 (três) anos de reclusão, mantendo, todavia, a multa - fixada em 20 (vinte) dias-multa -, que não revela qualquer exagero.

Na conformidade da r. sentença, não há agravantes, tampouco atenuantes específicas; mas opera, em favor do réu, a atenuante genérica do posterior registro da emissão

pela Comissão de Valores Mobiliários, devendo ser mantido o abrandamento de 6 (seis) meses de reclusão e 4 (quatro) dias-multa, que conduz a um resultado parcial de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Não há causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, devendo ser acrescida, apenas, a fração pela continuidade delitiva, fixada, na sentença, em 1/4 (um quarto).

Aqui também se insurge o apelante, pugnando pela redução do aumento ao patamar mínimo legal: 1/6 (um sexto).

Para a determinação da fração de aumento pela continuidade delitiva, a jurisprudência e a doutrina (por todos, Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 468) consagraram o critério do número de infrações: para dois crimes, 1/6 (um sexto); para três crimes, 1/5 (um quinto); para quatro crimes, 1/4 (um quarto); para cinco crimes, 1/3 (um terço); para seis crimes, 1/2 (metade); e para sete ou mais crimes, 2/3 (dois terços).

No caso presente, foram três as emissões sem prévio registro, devendo ser reduzida para 1/5 (um quinto), a fração de aumento.

Desse modo, sobre o resultado parcial de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa incide o aumento de 1/5 (um quinto) referente à continuidade delitiva, totalizando *3 (três) anos de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa*.

Com fundamento no artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, estabeleço o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

A prestação de serviços à comunidade será disciplinada pelo juízo da execução, observadas as diretrizes dos artigos 46 e 55 do Código Penal.

À vista das conseqüências do delito e do tanto de pena substituída, próximo do limite máximo que admite a benesse (4 anos de reclusão ou detenção, *ex vi* do artigo 44, inciso I, do Código Penal), fixo a prestação pecuniária em 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos, importância que será destinada à Associação dos Parceiros e Credores das Fazendas Reunidas Boi Gordo, nos termos do artigo 45, § 1º, do Código Penal.

Fica também mantido o valor de cada dia-multa, estabelecido na sentença em um salário mínimo, mesmo porque não houve impugnação recursal no particular.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação, ao fim de reduzir as penas para 3 (três) anos de reclusão e 19 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, substituída por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos supra. Quanto ao mais, mantenho a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006757-62.2002.4.03.6000
(2002.60.00.006757-6)

Apelante: CLODOVEU DANTAS LACERDA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Classe do Processo: ACR 25164
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2011

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DO ARTIGO 261, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. EXPOSIÇÃO A PERIGO DE AERONAVE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E ESTADO DE NECESSIDADE: NÃO CONFIGURADOS. DESCONTROLE EMOCIONAL NO MOMENTO DO ATO ILÍCITO: NÃO VERIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA.
1. Trata-se de apelação da defesa pretendendo a reforma da sentença que condenou Clodoveu Dantas Lacerda pela prática do delito descrito no artigo 261, *caput*, do Código Penal a quatro anos de reclusão, em regime inicial aberto, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.
2. Clodoveu utilizou-se de gasolina - acondicionada em garrafa *pet* de 2 litros - e de isqueiros, a bordo de vôo da empresa Gol, para intimidar e coagir o piloto a desviar a rota Cuiabá/MT a Campo Grande/MS para Brasília, fazendo sobrevôo sobre o Congresso Nacional, como forma de protesto, por estar desempregado, não conseguir colocação profissional, tampouco aposentar-se e/ou levantar parcela do PIS.
3. Os laudos dos autos demonstram a aptidão dos isqueiros utilizados pelo apelante para produzir faíscas e/ou chamas e a aptidão da substância líquida, com odor característico do combustível automotivo gasolina, de inflamar.
4. A autoria é demonstrada pela prova oral produzida em juízo, inclusive pela admissão do apelante do uso dos isqueiros e gasolina durante o vôo, causando grande confusão a bordo e culminando com sua detenção por passageiros e tripulantes, até o desembarque em Campo Grande/MS.
5. O comportamento do apelante transborda do direito à manifestação de pensamento, constitucionalmente assegurado (artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988).
6. O tempo decorrido entre a compra da passagem (após ter sacado o dinheiro no banco - provavelmente no período da tarde de 11.11.2002) e o horário do vôo (02:45H do dia 12.11.2002) foi considerável, não havendo que se falar em ação abrupta do apelante, tomado por forte emoção ou descontrole emocional repentino.
7. Estado de necessidade: o apelante não comprovou a premência em salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem poderia evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, conforme preceitua o artigo 24 do Código Penal.
8. Dosimetria da pena: Estado emocional do apelante no momento do crime: houve tempo considerável entre o planejamento do ato ilícito - compra da passagem aérea e da gasolina - e a execução. O ato ilícito cautelosamente pensado não pode

ser tido como causa para a diminuição da pena, revelando-se inviável considerar-se o apelante tomado por súbito estado de ânimo, que o tenha levado a cometer o delito.
9. Montante da pena bem dosado, com base nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.
10. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, *negar provimento à apelação*, nos termos do voto da Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte deste julgado.

São Paulo, 13 de setembro de 2011.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora): O Ministério Público Federal, em 10.02.2003, denunciou CLODOVEU DANTAS LACERDA como incurso no artigo 261, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia:

"(...)
2. Ao sair de casa, em 11/11/02, para receber a quinta, e última, parcela de seu seguro desemprego, o denunciado solicitou ao gerente da Caixa Econômica Federal de Várzea Grande/MT a retirada de sua cota de participação do PIS e foi informado de que tal pedido só seria possível com a sua aposentadoria.
3. Aí então, CLODOVEU teve uma idéia desvairada. Dirigiu-se diretamente ao aeroporto onde comprou uma passagem da empresa 'GOL Transportes Aéreos' para Campo Grande, vôo 1701, com saída no dia 12/11/02, às 02h45min e previsão de chegada para as 03h40min. Em seguida foi até uma casa agropecuária e comprou um pacote de formicida, que pretendia ingerir caso se arrependesse ou não lograsse êxito em sua ação, a seguir descrita.
4. Na mesma noite, tramou uma desculpa para sua família, e saiu de casa em direção a um posto de combustível, onde adquiriu a gasolina a ser utilizada em seu plano. Tomou um taxi em direção ao aeroporto e embarcou no horário marcado. Tentou, ainda, obter uma poltrona no corredor visando facilitar seus atos insensatos, porém, tal tentativa foi infrutífera, pois só conseguiu lugar junto à janela.
5. Aproximadamente vinte minutos antes do pouso nesta Capital, durante o procedimento de descida, o denunciado pediu licença ao passageiro ao seu lado para ir ao banheiro, porém ao retornar não se sentou, mas sim pegou a garrafa e dois isqueiros, que estavam embaixo do seu assento, e foi em direção à cabine do piloto, parando de costas para a porta dianteira do avião. Iniciou então seu ato delituoso ao derramar parte do inflamável que levava consigo na aeronave (...).
6. Inquiridas as testemunhas que presenciaram o fato, todas afirmaram que CLODOVEU apenas gritava que iria atear fogo e que iria explodir tudo, não fazendo

qualquer exigência ou solicitação. Fazia menção de acender o isqueiro, deixando todos a bordo em pânico. Umas das testemunhas afirma, ainda, que CLODOVEU teria tentado fazê-lo por duas vezes, sem sucesso (fl. 105). Daí então, LEANDRO, um dos aeronautas, tentou contê-lo agarrando-o por trás, fazendo com que a garrafa caísse e derramasse quase metade de seu conteúdo no chão da aeronave, chegando a alcançar a cabine do piloto.

7. O denunciado voltou a pegar a garrafa do chão. Somente após Leandro receber a ajuda de cerca de seis passageiros o autor pôde ser contido e amarrado com uma cortina do avião, aguardando imobilizado até o pouso do avião, no Aeroporto Internacional de Campo Grande, quando foi preso em flagrante por um agente da Polícia Federal que lá o aguardava. Interrogado, CLODOVEU declarou que sua intenção era obrigar o comandante a desviar a aeronave para Brasília e fazer um sobrevôo sobre o Congresso Nacional, como forma de protesto.

8. Tendo sido realizado exame de sanidade mental no acusado, apurou-se que o mesmo é plenamente imputável. Logo, de forma consciente, o denunciado atentou contra a segurança de transporte aéreo, pois é evidente que seu ato poderia ter resultado em lastimável tragédia. Deve assim responder por tal conduta."

A denúncia foi recebida em 17 de fevereiro de 2003 (fls. 137).

Após regular instrução, sobreveio sentença (fls. 353/365), publicada em 10.03.2006, condenando CLODOVEU DANTAS LACERDA como incurso no artigo 261 do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do fato.

Recorre o réu (fls. 370/372) pleiteando decreto absolutório; alternativamente, a alteração da pena, ao argumento de que não foi levado em conta seu estado emocional no momento da conduta. Sustenta ter exercido seu direito de manifestação e ter agido em estado de necessidade, visando "(...) garantia de sobrevivência digna para si e seus familiares".

Contrarrazões do *Parquet* Federal no sentido da manutenção da r. sentença apelada (fls. 374/383).

Parecer ministerial pelo improvimento da apelação (fls. 385/391).

É o relatório.

À revisão.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

1. Da materialidade e da autoria delitiva: estão devidamente comprovadas nos autos.

Os fatos narrados na denúncia encontram amparo nos elementos coligidos ao longo da instrução processual.

Verifica-se, assim, da leitura dos autos que Clodoveu utilizou-se de gasolina - acondicionada em garrafa pet de 2 litros - e de isqueiros, a bordo de vôo da empresa Gol, para intimidar e coagir o piloto a desviar a rota Cuiabá/MT a Campo Grande/MS para Brasília, fazendo sobrevôo sobre o Congresso Nacional, como forma de protesto, por

estar desempregado, não conseguir colocação profissional, tampouco aposentar-se e/ou levantar parcela do PIS.

Auto de Apresentação e Apreensão às fls. 18/20.

Os laudos de fls. 91/93 e 99/100 demonstram a aptidão dos isqueiros utilizados pelo apelante para produzir faíscas e/ou chamas e a aptidão da substância líquida, com odor característico do combustível automotivo gasolina, de inflamar.

Destarte, comprovada a exposição a perigo da aeronave em que viajava o apelante.

A *autoria* é demonstrada pela prova oral, inclusive pela admissão do apelante do uso dos isqueiros e gasolina durante o vôo, causando grande confusão a bordo e culminando com sua detenção por passageiros e tripulantes, até o desembarque em Campo Grande/MS. Confira-se os trechos pertinentes das declarações colhidas em juízo:

> "(...)
> No dia 11 de novembro/2002 dirigi-me à agência da Caixa Econômica Federal de Várzea Grande para sacar uma parcela do seguro-desemprego. Entrei na fila reservada aos idosos e deficientes, pois tenho pânico de multidões. Todavia, uma funcionária do Banco quis me tirar dessa fila, mas me recusei a sair. Quando chegou a minha vez de ser atendido, inicialmente essa caixa não quis fazer o pagamento, dizendo que deveria fica em outra fila, pois aquela era destinada a pessoas maiores de 65 anos e aposentados. Porém ao explicar que tinha síndrome de pânico e que poderia desmaiar, acabaram fazendo o pagamento naquela caixa mesmo. Antes deste fato tinha solicitado ao gerente da agência minhas cotas de participação no PIS, mas ele me disse que só poderia sacá-las após a aposentadoria. Em decorrência dos problemas com a fila dentro do banco decidi comprar uma passagem aérea com o objetivo de desviar o vôo para Brasília visando protestar contra os políticos que recebem várias aposentadorias, *sendo que eu trabalhei durante cinquenta anos e não recebo o que tenho direito*. Pretendia sobrevoar o Congresso Nacional. Com o dinheiro que saquei do seguro-desemprego comprei a passagem na empresa Gol (...). Após, tomei um ônibus e fui até uma casa que vende agrotóxico, onde comprei um pacote de formicida. Pretendia ingerir o formicida durante o vôo, caso ficasse com medo, ou se não ficasse com medo e desse tudo certo, tomaria o veneno em Brasília, após o protesto. (...) Após comprar o veneno fui para casa e almocei. (...) Por volta de meia-noite, deixei minha casa e fui a um posto de gasolina levando uma sacola com uma garrafa vazia de dois litros de coca-cola. Comprei 4 reais de gasolina aditivada, sendo que faltou pouco para encher a garrafa. Após, tomei um táxi e fui para o aeroporto. O vôo partiria às 2h45min. Cheguei às 0h5min e fiquei esperando. (...) Pretendia ficar no corredor do avião, mas acabei ficando na terceira fileira, na janela. Fiquei rezando para que me desse medo e não colocasse em prática meu plano. Após voltar do banheiro, sentei na poltrona do meio e peguei a garrafa de gasolina, abrindo-a vagarosamente. Peguei o isqueiro e a gasolina e fui para a frente da aeronave. Fiquei na frente do avião com a garrafa de gasolina em uma das mãos e o isqueiro na outra. Não disse nenhuma palavra. Apenas chamei o aeronauta através de um gesto. Disse-lhe para abrir a cabine do piloto pois pretendia desviar o vôo para Brasília. Quando ele chegou perto, avançou na garrafa de gasolina, tentando tomá-la de mim. Com isso caiu gasolina em algumas pessoas, bem como no chão da aeronave. Abri a

mão para que pegassem o isqueiro porque fiquei com medo que pegasse fogo. Antes do comissário tentar tomar minha gasolina não a derramei. Não pretendia acionar o isqueiro. Fui dominado pelo comissário e alguns passageiros, os quais me tomaram a garrafa. (...) Se o comissário tivesse aberto a porta da cabine iria mandar o piloto desviar o vôo para Brasília, ameaçando-o com a gasolina." - *apelante Clodoveu Dantas Lacerda* (fls. 148/151) (grifos nossos - Clodoveu tinha 56 anos)

"O depoente estava sentado na mesma fila que o réu no vôo da Gol de Cuiabá a Campo Grande/MS. Estavam na terceira fila, sendo que o depoente sentou-se no corredor e o autor na janela, com poltrona no meio vaga. Após 30 min de vôo o autor dirigiu-se ao toalete à frente a aeronave. (...) Quando o réu retornou o depoente sentiu cheiro de gasolina, uma vez que o réu abriu uma garrafa que estava embaixo de seu banco, contendo o combustível. De posse da garrafa o réu dirigiu-se a porta do piloto com a garrafa cheia e com o isqueiro. De costa para a porta o réu passou a jogar gasolina no chão da aeronave e na porta do piloto, enquanto gritava que ia explodir o avião e colocar fogo em tudo. O depoente juntamente com o comissário conseguiram retirar a garrafa do réu e imobilizá-lo. Metade da gasolina já havia sido espalhada no avião. O réu não dizia mais nada além de que ia tocar fogo e explodir o avião. O réu foi amarrado com as mãos para trás com um lençol trazido pela aeromoça, e levado ao fundo da aeronave. (...) O réu não foi violento em momento algum, seja quando foi imobilizado, seja quando foi preso. O réu não entregou o isqueiro, o comissário teve que, sem dificuldade, abrir sua mão para pegá-lo." - *testemunha Valfrido da Silva Melo* (fls. 182/183)

"(...) A testemunha informou que trabalhou no vôo descrito na denúncia como chefe de cabine. Recorda-se que acabaram de fazer o serviço de bordo e o avião estava começando a descer quando viu o comissário 'se pegando' com um passageiro. A depoente estava na parte de trás do avião e esta ocorrência estava se dando na parte da frente. O comissário estava gritando que o passageiro queria colocar fogo no avião. A depoente se dirigiu ao local da ocorrência e, na metade do caminho, pode sentir o cheiro de gasolina. A depoente disse ao comissário que agarrasse o passageiro. Esclarece que em face da hierarquia existente na companhia o comissário estava aguardando determinação superior para tomar uma atitude mais drástica. A depoente e o comissário tentaram dominar o passageiro e retirar a garrafa de gasolina de suas mãos. Nesse meio tempo muita gasolina caiu no chão, na depoente, no comissário e no próprio passageiro. O passageiro tentou acionar um isqueiro em duas oportunidades. Todos os passageiros foram para o fundo da aeronave. A depoente, não conseguindo dominar o passageiro, pois este era muito forte, apesar de ser um senhor, pediu ajuda. Em torno de seis outros passageiros foram ajudar e conseguiram agarrar o passageiro. O passageiro foi amarrado com um cortina de pano e permaneceu calmo, de cabeça baixa e em silêncio." - *testemunha Lucy Rafaela Matta Capote* (fls. 210/211)

"Inquirida sobre os fatos descritos na denúncia a testemunha informou que era comandante da aeronave mencionada na denúncia. Recorda-se que durante o procedimento de descida no trecho Cuiabá/Campo Grande (...) sentiu cheiro muito forte

de gasolina. Achou estranho pois o combustível utilizado pelo avião é querosene. No mesmo momento ouviu uma gritaria na porta da cabine de comando. (...) Levantou-se e pode ver no olho mágico da porta que separa a cabine de comando do restante a aeronave um senhor com uma garrafa na mão, um comissário e um ou dois passageiros. O comissário e os passageiros tentavam tirar a garrafa e controlar o referido senhor. A comissária Rafaela, ouvida no dia de hoje, se comunicou por interfone com o depoente relatando que havia uma pessoa tentando por fogo no avião. O depoente a instruiu para que imobilizasse a pessoa e a levasse para a traseira do avião. Olhou novamente pelo olho mágico e viu o tumulto se dirigindo para a traseira do avião. Recebeu nova comunicação por interfone de Rafaela dizendo que o senhor já estava imobilizado." - *testemunha Jorge Gabriel Isaac Filho* (fls. 212/213)

"(...) Que o depoente estava acordado e viu cerca de 03 fileira em sua frente que uma pessoa levantava-se com uma garrafa na mão tipo pet para refrigerantes e tinha dentro dela um líquido de cor amarela escura parecendo mesmo ser guaraná. (...) Que logo a seguir um dos comissários se acercou da pessoa e o depoente percebeu um início de entrevero entre os mesmos, ou seja, o comissário tentando tomar das mãos do acusado a garrafa já referida. Que o comissário chamou por ajuda tendo o depoente imediatamente se aproximado e ajudado o comissário na imobilização do acusado. Logo a seguir outra comissária se aproximou, retirou das mãos do acusado a garrafa, passando para outra pessoa." - *testemunha Clóvis Othoniel Dantas Carapeba* (fls. 287/288)

É de se consignar que o laudo de fls. 09/30 em apenso, atesta a capacidade de o apelante entender o caráter ilícito do comportamento praticado e de se comportar de acordo com esse entendimento estando, pois, apto a responder penalmente por seu ato delituoso, embora haja registro dos peritos médicos da necessidade de tratamento psiquiátrico diante de risco importante de suicídio.

Depreende-se das assertivas acima transcritas que, embora não tenha sido violento, o apelante ofereceu resistência para entregar o isqueiro e a gasolina, tanto que foram necessárias ao menos três pessoas para imobilizá-lo.

Quanto à alegação do exercício de direito de manifestação: o comportamento do apelante transborda do direito à manifestação de pensamento, constitucionalmente assegurado (artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988).

Certamente o que a Carta Magna proporciona ao cidadão é a manifestação pacífica de idéias, com vistas a pluralizar o debate, nada se relacionando com a prática de crimes.

Aliás, nenhum direito é absoluto. Nem mesmo a manifestação de pensamento é livre de restrições, pois em caso de ofensa à honra ou à imagem de alguém, o ofensor pode ser responsabilizado cível e penalmente.

Da alegação de ter agido em estado emocional alterado: a alegação é inconsistente.

Observo que entre a compra da passagem (após ter sacado o dinheiro no banco - provavelmente no período da tarde de 11.11.2002) e o horário do vôo (02:45H do dia 12.11.2002) houve tempo considerável, não havendo que se falar em ação abrupta do apelante, tomado por forte emoção ou descontrole emocional repentino. Ao contrário, o réu conseguiu planejar todo o enredo factual, inclusive cogitando de se suicidar com a

ingestão de veneno, em caso de seu intento falhar.

Da alegação de estado de necessidade: não há como dar guarida à pretensão de aplicação da excludente de antijuridicidade decorrente do estado de necessidade.

O apelante não comprovou a premência em salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem poderia evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, conforme preceitua o artigo 24 do Código Penal.

Em primeiro lugar, porque a alegação não restou comprovada nos autos, sendo certo que competia à defesa prová-la, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Em segundo lugar e, principalmente, porque não se pode admitir que a insatisfação com a vida pessoal, profissional ou com a política do país justifique o cometimento de crime.

Portanto, as provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa corroboram a condenação proferida em primeiro grau, sendo de rigor sua manutenção.

2. Da dosimetria da pena: aduz Clodoveu que seu estado emocional no momento da conduta foi desconsiderado para a fixação da pena.

A argüição é descabida. Como dito acima, houve tempo considerável entre o planejamento do ato ilícito - compra da passagem aérea e da gasolina - e a execução.

Destarte, o ato ilícito cautelosamente pensado não pode ser tido como causa para a diminuição da pena, revelando-se inviável considerar-se o apelante tomado por súbito estado de ânimo, que o tenha levado a cometer o delito.

Observo, por outro lado, que o patamar de quatro anos foi bem fixado, consoante justificativa da r. sentença apelada, pelos motivos elencados, referentes às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, notadamente a forma de cometimento do delito, com o uso de gasolina e isqueiro em aeronave com 133 pessoas a bordo. Confira-se o teor do trecho da sentença:

> "(...) A culpabilidade do réu foi elevada.
> Isto porque a aeronave estava com vários passageiros a bordo (67 homens, 60 mulheres, 6 crianças, uma de colo, fl. 51).
> Colocar em perigo a segurança de aeronave, com substância inflamável, durante o transporte aéreo, tendo a quantidade acima de passageiros, revela grau de culpbabilidade que não é compatível com a pena-base no mínimo legal.
> Assim, atento às diretrizes do art. 59, do CP, fixo a pena-base, para o réu Clodoveu, acima do mínimo legal, previsto no art. 261, *caput*, do CP, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão."

Assim, a pena permanece como lançada na sentença.

3. Da Conclusão: Por estas razões, nego provimento à apelação.
É como voto.
Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

AÇÃO RESCISÓRIA
0005374-12.1999.4.03.0000
(1999.03.00.005374-5)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: AGENOR LUCIO E OUTROS
Excluídos: JOÃO DEPIERI (falecido) E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 772
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/09/2011

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MULTA DO ART. 488, INC. II, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DECADÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. CORREÇÃO DOS TRINTA E SEIS ÚLTIMOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. BURACO NEGRO. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA.

I - Não obstante a existência nos autos originários de Recurso Extraordinário provido pelo C. Supremo Tribunal Federal, a matéria debatida nesta rescisória não foi objeto daquela insurgência, motivo pelo qual é de reconhecer-se a competência desta Corte para o exame da presente rescisória.

II - Embora os corréus José Antonio da Silva e Reynaldo Dayol tenham falecido em 20/12/09 e 8/10/10, esta E. Terceira Seção firmou o entendimento segundo o qual a habilitação de eventuais sucessores processuais (art. 43, do CPC) pode ser postergada, desde que o óbito da parte ocorra quando a causa já se encontre em condições plenas de julgamento.

III - Dispensada a autarquia do depósito prévio da multa prevista no art. 488, inc. II, do CPC, nos termos da Súmula nº 175, do C. Superior Tribunal de Justiça.

IV - O pedido de rescisão do julgado e de novo julgamento se encontra adequado e é juridicamente possível, podendo inferir-se da petição inicial que a pretensão do autor se volta contra a aplicação imediata do art. 202, da CF, em sua redação original, e o pagamento das prestações vencidas.

V - A ação rescisória foi proposta dentro do prazo decadencial, tendo em vista o entendimento pacífico nesta E. Corte e no C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a decadência tem por termo inicial o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

VI - A matéria em exame tem caráter constitucional, relacionada à autoaplicabilidade do artigo 202, da Constituição Federal (redação original) e à possibilidade de incidência deste dispositivo constitucional aos benefícios concedidos no período denominado “Buraco Negro”. Assim sendo, não se aplica à presente rescisória o disposto na Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal.

VII - O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 193.456-RS uniformizou o entendimento sobre a questão da autoaplicabilidade do art. 202, da Constituição da República, concluindo que o mesmo demandava integração legislativa, o que só veio a ocorrer com a superveniência do Plano de Custeio e

Benefícios da Previdência Social.

VIII - Também em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 193.456-RS, pacificou-se a questão acerca da constitucionalidade do art. 144 e parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, que definiu os critérios de revisão dos benefícios previdenciários concedidos entre a promulgação da Constituição Federal e a edição da Lei de Benefícios, período que veio a ser conhecido como "Buraco Negro". Nos termos desta norma, caberia à autarquia promover, até junho/92, o recálculo da renda mensal inicial de tais benefícios e seu reajuste segundo os critérios da Lei nº 8.213/91, sem conferir ao segurado, contudo, efeitos patrimoniais pretéritos em decorrência da revisão.

IX - Ao manter a sentença que determinou o recálculo da renda mensal dos autores, corrigindo-se os 36 últimos salários de contribuição, com o pagamento das respectivas diferenças, o V. Aresto violou a redação original do art. 202, *caput* da Constituição Federal e o art. 144, da lei nº 8.213/91, respectivamente.

X - Matéria preliminar rejeitada. Procedente o pedido rescindente fundado no inc. V, do art. 485, do CPC, para desconstituir parcialmente o V. Acórdão impugnado e, em sede de juízo rescisório, improcedentes os pedidos de aplicação imediata do art. 202, da CF (redação original) e de pagamento das respectivas prestações vencidas, decorrentes do recálculo da renda. Agravo regimental provido, concedendo-se a antecipação de tutela.

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, em sede de juízo rescindente, com fulcro no art. 485, inc. V, do CPC, julgar procedente o pedido para desconstituir parcialmente o V. Acórdão proferido pela E. Quinta Turma desta Corte, nos autos da Apelação Cível nº 92.03.057203-1 e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedentes os pedidos de aplicação imediata do art. 202, da CF (redação original) e de pagamento das respectivas prestações vencidas, decorrentes do recálculo da renda, deixando de condenar os réus ao pagamento das verbas de sucumbência, por terem sido beneficiários da justiça gratuita nos autos da demanda originária, bem como dar provimento ao agravo regimental para conceder a tutela antecipada, suspendendo a execução do *decisum* até o trânsito em julgado da presente rescisória, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de agosto de 2011.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em 26/02/99, em face de Agenor Lúcio e outros, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC, visando rescindir o V. Acórdão proferido pela E. Quinta Turma deste Tribunal que, nos autos do processo nº 92.03.057203-1, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto

pelo ora autor, mantendo, porém, a R. Sentença na parte em que condenara a autarquia a recalcular a renda mensal dos benefícios dos réus - concedidos no período denominado "Buraco Negro", compreendido entre a data da promulgação da Constituição e a da edição da Lei nº 8.213/91-, corrigindo-se todos os 36 (trinta e seis) salários de contribuição utilizados no cálculo, reajustando-se, posteriormente, o valor do benefício em paridade com o salário mínimo, além de determinar o pagamento das prestações vencidas a partir da data da citação.

O v. Acórdão rescindendo - transitado em julgado em 08/09/98 (fls. 87) - encontra-se reproduzido a fls. 58/59, *in verbis*:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. CÁLCULO PELA MÉDIA DOS 36 ÚLTIMOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 202 DA CF, LEI Nº 6.423/77 E DEMAIS LEGISLAÇÃO PERTINENTE. REVISÃO E RECOMPOSIÇÃO DE BENEFÍCIO APLICAÇÃO DO ARTIGO 58 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA.
> 1. O cálculo da renda mensal inicial das aposentadorias concedidas após o advento da Constituição Federal de 1988 deve ter por base os trinta e seis últimos salários de contribuição, devidamente corrigidos mês a mês.
> 2. A atualização monetária a incidir nesses casos será pelos critérios fixados pelas Leis nºs 6.423/77, 8.213/91, 8.542/92 e 8.880/94, no tocante aos períodos de suas vigências, de forma a restar preservado o valor real do benefício.
> 3. A regra do artigo 58 do ADCT teve por fim restabelecer o valor dos benefícios previdenciários, de molde a mantê-los em correspondência ao número de salários mínimos da época de sua concessão, sendo que a sua incidência perdurou até a implantação do plano de custeio de benefícios, face o próprio comando constitucional assim o estabelecer.
> 4. A correção monetária incidente sobre o 'quantum debeatur' é devida a partir do vencimento de cada prestação do benefício previdenciário e com observância dos critérios legais pertinentes.
> 5. Apelo a que se dá parcial provimento."

Contra a decisão foram interpostos Recurso Especial - o qual não foi admitido o (fls. 113/114 e 121/122) - e Recurso Extraordinário, interposto apenas contra a parte do V. Acórdão que manteve a condenação do ora autor a aplicar o critério de equivalência salarial aos benefícios do réu, ao qual se deu provimento. Transcrevo a ementa do julgado proferido pela E. Corte Suprema (fls. 85/86):

> "EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
> APOSENTADORIA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS APÓS A CF DE 1988 (ART. 201, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INAPLICABILIDADE DO ART. 58 DO ADCT.
> SUCUMBÊNCIA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS.
> 1. Somente os benefícios de prestação continuada, mantidos pela Previdência Social na data da promulgação da Constituição Federal, são suscetíveis de sofrer a

revisão de seus valores de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 58 do ADCT da CF/88, cuja incidência, temporalmente delimitada, não se projeta sobre situações de caráter previdenciário constituídas após 05 de outubro de 1988.
2. O reajustamento dos benefícios de prestação continuada concedidos após a promulgação da Constituição rege-se pelos critérios definidos em Lei (CF, art. 201, § 2º).
3. R. E. conhecido e provido.
4. Havendo sido mantida, pelo acórdão recorrido, a condenação do INSS ao reajuste do benefício com base no art. 202, 'caput', da CF, sem que o R. E. abordasse esse ponto, é de se reconhecer sua sucumbência parcial.
5. A sucumbência dos autores, porém, é maior, razão pela qual deverão pagar ao réu honorários advocatícios, mais as custas processuais, quando tiverem condições para isso, já que beneficiários da assistência judiciária gratuita (arts. 20, § 4º do CPC e 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.1950)."

Em razão do provimento do Recurso Extraordinário interposto, remanesceram contra o INSS as condenações à revisão dos benefícios com a correção de todos os 36 (trinta e seis) salários de contribuição e o pagamento de prestações vencidas a partir da citação.

Sustenta o autor que na "concessão das aposentadorias corrigiu o Instituto os primeiros 24 (vinte e quatro) salários de contribuição, não corrigindo os 12 (doze) últimos, para apurar o salário-de-benefício, por entender não serem auto-aplicáveis as disposições dos arts. 202 e 201, § 3º, da CF" (fls. 3), e que a "a partir de 01.06.92, o Instituto revisou o benefício dos Réus, corrigindo todos os 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição, apurando novos proventos mensais, que passou a pagar a partir de então, face à regra do art. 144, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91" (fls. 4). Alega que nos arts. 201 e 202, da CF, o constituinte empregou a expressão "nos termos da lei", condicionando "tudo à vontade e regulamentação da lei" (fls. 6). Aduz que a correção imediata dos 36 (trinta e seis) salários de contribuição fere "o art. 195, § 5º, que exige fonte de custeio" (fls. 7). Sustenta, ainda, que "foi a Lei nº 8.213/91, art. 31, que regulamentou a correção dos 36 salários de contribuição e como essa mesma Lei nº 8.213/91, no art. 144, parágrafo único, determinou a correção de todos os 36 salários de contribuição para os benefícios concedidos entre 05.10.88 e 05.04.91, mas com efeitos financeiros somente a partir de 01.06.92, eventuais diferenças só seriam devidas a partir de tal data (01.06.92), revisão esta já procedida pelo Instituto" (fls. 9). Indica que foram violados os arts. 195, § 5º, 201, § 3º, e 202, da Constituição Federal, o art. 59, do ADCT, e os arts. 31 e 144 da Lei nº 8.213/91 (fls. 13). Sustenta, por fim, que a Súmula 343, STF é inaplicável ao caso, pois esta "somente trata de texto infraconstitucional" (fls. 10).

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 19/124.

A fls. 126/127, o Sr. Juiz Convocado Relator indeferiu o pedido de antecipação de tutela, decisão contra a qual interpôs o autor o agravo regimental de fls. 131/135.

Determinada a citação dos réus (fls. 126/127), foram citados Agenor Lúcio (fls. 142), Ari Ferreira Coimbra (fls. 142), Generoso Vitor de Araújo (fls. 142), Reynaldo Davoli (fls. 197vº), Ricardo Antônio de Campos (fls. 142), Sebastião Alves de Oliveira (fls. 142) e Sebastião de Moraes (fls. 142). A citação de José Antônio da Silva foi suprida pela juntada de sua procuração a fls. 232, conforme decisão de fls. 235.

Quanto ao réu João Depierri, certificou o Sr. Oficial de Justiça que deixou de proceder à citação, em razão do óbito do corréu (fls. 142), o que foi confirmado pela juntada aos autos da respectiva certidão (fls. 222).

Em razão deste fato, foi citado o espólio do Sr. João Depierri, na pessoa da viúva, a Sra. Elza Arengui Depierri (fls. 150), requerendo o INSS, posteriormente, a "citação dos herdeiros necessários do co-réu João Depierri" (fls. 170/171), cujas procurações foram juntadas a fls. 224, 226, 228 e 240.

A contestação dos réus foi apresentada a fls. 163/167. Alegaram, preliminarmente, a necessidade, por parte do autor, do depósito a que alude o art. 488, inc. II, do CPC, e a impossibilidade jurídica do pedido, sustentando que o INSS busca a rescisão da R. sentença após a prolação do V. Acórdão, o que seria inadmissível. No mérito, aduzem a improcedência do pedido, entendendo auto-aplicável o art. 202, da CF e que a autarquia "deveria revisar todos os benefícios concedidos após 05/10/88 aplicando a correção dos últimos 36 meses" (fls. 165), e que a forma de cálculo pretendida pela autarquia "impôs significativa perda aos requeridos, pois lhes subtraiu parte das rendas mensais no período de 05/10/88 à 04/04/91" (fls. 166).

A defesa foi apresentada sem a juntada de instrumento de mandato, motivo pelo qual, a fls. 173, determinou-se a regularização da representação processual dos réus, o que foi atendido pela juntada das procurações de fls. 209/214, 221, 232, 233 e das já mencionadas procurações de fls. 224, 226, 228 e 240.

Ante a inexistência de provas a serem produzidas - por tratar-se de ação rescisória fundamentada em violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) - o então Relator, Desembargador Peixoto Júnior, determinou a apresentação de razões finais pelas partes (fls. 242), sendo que apenas o autor as apresentou (fls. 244/248), certificando-se a fls. 249 o decurso de prazo para os réus.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo I. Procurador Regional da República, Dr. Ademar Viana Filho, aduziu a ocorrência de decadência, pelo fato de o recurso parcial não ser instrumento hábil a evitar-se o trânsito em julgado das matérias nele não impugnadas, bem como a Súmula nº 343, do STF, de forma a inviabilizar o cabimento da rescisória. Caso superadas as preliminares, pugna pela improcedência da rescisória (fls. 250/259)

A fls. 264/265, chamei o feito à ordem, por ter constatado que, quando da propositura da presente demanda - 26/2/99 -, já fazia um ano que o corréu João Depieri houvera falecido, o que aponta para a total inviabilidade do processamento da rescisória em relação ao mesmo. Tal situação não autorizaria a sucessão processual do espólio ou sucessores, conforme já decidido por esta E. 3ª Seção (AR nº 2003.03.00.017512-1/SP, Rel. Des. Federal Vera Jucovsky, v. u., DJe 30/9/10), motivo pelo qual julguei extinto o processo sem exame do mérito "exclusivamente em relação ao corréu falecido, Sr. João Depieri, excluindo do pólo passivo da presente demanda, por conseqüência, os herdeiros indevidamente habilitados" (fls. 265).

Intimados o INSS (fls. 267), os corréus (fls. 268) e o MPF (fls. 269vº), do referido *decisum*, o prazo recursal transcorreu *in albis* (fls. 270).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Primeiramente, afirmo a competência desta E. Corte para apreciação da presente ação rescisória.

Não obstante a existência nos autos originários de Recurso Extraordinário provido pelo C. Supremo Tribunal Federal, a matéria debatida nesta rescisória não foi objeto daquela insurgência, conforme expressamente consignado pelo E. Ministro Relator Sydney Sanches em seu voto (fls. 83):

> "Havendo sido mantida, pelo acórdão recorrido, a condenação do INSS ao reajuste do benefício com base no art. 202, 'caput', da CF, sem que o R. E. abordasse esse ponto, é de se reconhecer sua sucumbência parcial."

A respeito, já decidiu esta E. Terceira Seção:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. DECADÊNCIA. COMPETÊNCIA TRF. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AUTO-APLICABILIDADE DO ARTIGO 202 DA CF. APLICAÇÃO DO ARTIGO 144, DA LEI Nº 8.213/91. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NO PERÍODO DENOMINADO 'BURACO NEGRO'.
> (...)
> III - É competente para o julgamento do pedido rescisório o Tribunal que proferiu o acórdão rescindendo, quando a questão não restou impugnada nos tribunais superiores.
> (...)"
> (AR 2001.03.00.015715-8, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 11/10/06, v. u. (quanto às preliminares), DJ 17/11/06)

Destaco, ainda, que, embora os corréus José Antonio da Silva e Reynaldo Dayol tenham falecido em 20/12/09 e 8/10/10, respectivamente - conforme extratos do Sistema Único de Benefícios - Dataprev, que ficam fazendo parte integrante do presente voto -, esta E. Terceira Seção firmou o entendimento segundo o qual a habilitação de eventuais sucessores processuais (art. 43, do CPC) pode ser postergada, desde que o óbito da parte ocorra quando a causa já se encontre em condições plenas para julgamento.

In casu, o último ato praticado nos autos - apresentação de parecer pelo MPF, em 14/2/01 (fls. 250/259) - ocorreu em data anterior ao óbito.

Tal fato não impede o julgamento do feito, diferindo-se a respectiva habilitação nos termos da lei processual civil, conforme precedentes desta E. Terceira Seção, a saber:

> "CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. DESMEMBRAMENTO. MORTE DAS PARTES. JULGAMENTO INICIADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQÜENAL. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO EXPRESSO. DECISÃO *CITRA PETITA*. NÃO CONFIGURAÇÃO. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. URP DE FEV/89. LEI Nº 7.730/89. DIREITO ADQUIRIDO. AUSÊNCIA. RMI. CORREÇÃO DOS 24 SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES AOS 12 ÚLTIMOS. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SISTEMÁTICA DIVERSA.
> 1 - A r. decisão rescindenda e o processamento do feito subjacente em relação ao réu Oscarino Pereira Santos, titular do benefício acidentário, se deram regularmente perante a Justiça Estadual, a qual é competente em razão da matéria, de tal sorte

que a ação deve ser proposta naquela esfera estadual, consoante se depreende do art. 109, I, da Constituição Federal.

2 - A habilitação dos sucessores, ainda que posterior à lavratura do acórdão, não só convalida os atos já praticados como também a todos os demais, compreendidos entre o óbito e a decisão que deferir a sucessão processual, em respeito ao Princípio da instrumentalidade das formas. Inteligência dos arts. 244 e 249, § 1º, do CPC.

3 - A providência imposta pelo art. 265, I, do CPC, a fim de que seja promovida a habilitação dos sucessores processuais, ainda que posterior ao julgamento em curso e à publicação do respectivo acórdão, o convalida com respaldo na sistemática normativa regimental (art. 295 do Regimento Interno desta Corte).

4 - *omissis*..."

(AR nº 97.03.020362-0, Rel. Des. Federal Nelson Bernardes, j. 14/08/08, D. E. 29/9/08)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. MORTE DA AUTORA. HABILITAÇÃO DIFERIDA. DOCUMENTOS NOVOS. IMPERTINÊNCIA. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. CARÊNCIA CUMPRIDA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. VERBAS ACESSÓRIAS.

I - A preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com ele deve ser examinada.

II - Não obstante o óbito da autora, cabe ponderar que no momento de seu falecimento a instrução processual do presente feito já havia se ultimado, com o oferecimento das razões finais e manifestação do Ministério Público Federal, de modo que a habilitação dos sucessores poderá ser diferida para depois da publicação do acórdão, na forma prevista pelo art. 265, § 1º, 'b', do CPC.

III - *omissis*"

(AR nº 2007.03.00.102974-9, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, j. 28/05/09, D. E. 30/6/09)

No mesmo sentido: AR nº 1999.03.00.002314-5, Rel. Des. Federal Therezinha Cazerta, j. 12/2/09, v. u., D. E. 24/3/09.

Feitas as ressalvas acima, passo ao exame.

Alegaram os réus, preliminarmente, a necessidade do depósito prévio da multa prevista no art. 488, inc. II, do CPC. Porém, o INSS não está sujeito a realizá-lo, nos termos da Súmula nº 175, do C. Superior Tribunal de Justiça.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, igualmente, merece ser rejeitada. O pedido de rescisão do julgado e de novo julgamento se encontra adequado e é juridicamente possível, podendo inferir-se da petição inicial que a pretensão do autor se volta contra a aplicação imediata do art. 202, da CF, em sua redação original, e o pagamento das prestações vencidas.

Quanto à tempestividade, a ação rescisória foi proposta dentro do prazo decadencial (fls. 2), tendo em vista o entendimento pacífico nesta E. Corte e no C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a decadência tem por termo inicial o trânsito em julgado

da última decisão proferida na fase de conhecimento (fls. 87).

Passo, então, ao juízo rescindente.

I - Do Juízo *Rescindens*

Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, visando a desconstituição do V. Acórdão que deu parcial provimento ao recurso, mantendo a condenação do autor "a calcular os proventos iniciais dos autores corrigindo todos os trinta e seis meses de salário de contribuição" (fls. 39), "e para pagar as diferenças que se apurarem corrigidas mês a mês, na forma da Súmula nº 71/TFR e Súmula nº 562 do STF, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano" (fls. 39).

Observo que os benefícios dos autores foram concedidos no período de 05/10/88 a 05/04/91 ("Buraco Negro").

A matéria posta a exame cinge-se, portanto, à auto-aplicabilidade ou não do art. 202, da CF (redação original), e à possibilidade de incidência daquele dispositivo constitucional aos benefícios concedidos no período compreendido entre a data da promulgação da Constituição Federal e a da vigência da nova Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91). Transcrevo a referida regra constitucional:

> "Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:
> (...)"

Destaco, inicialmente, que não se aplica, *in casu*, o disposto na Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal ("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"), uma vez que se trata de matéria envolvendo dispositivo de caráter constitucional que, em razão do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve ser interpretado da forma mais adequada possível, ainda que existente controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda. A respeito, já se decidiu:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 343.
> (...)
> 2. Inaplicabilidade da Súmula nº 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Precedente do Plenário. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (STF, AgR no AI nº 555.806, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 01/04/08, v. u., DJe 18/04/08)

> "PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 343 DO STF. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO

DE LEI. ARTIGO 58 DO ADCT. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE.
(...)
3. É assente a orientação jurisprudencial quanto ao cabimento da ação rescisória, com fundamento no inciso V, do artigo 485 do Código de Processo Civil, quando o aresto rescindendo estiver baseado em norma constitucional de interpretação controvertida, afastando, nesta hipótese, a incidência da Súmula nº 343, do Pretório Excelso.
(...)
7. Matérias preliminares rejeitadas, no mérito, ação rescisória procedente. Ação originária improcedente."
(TRF-3ª Região, AR nº 98.03.083516-5, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 24/06/10, v. u., DJ 17/08/10)

Quanto à questão envolvendo a auto-aplicabilidade do art. 202, da CF (redação original), após período de instabilidade na jurisprudência nacional, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 193.456-RS, uniformizou o entendimento sobre a matéria, concluindo que o dispositivo não era auto-aplicável, demandando integração legislativa, que só veio a ocorrer com a superveniência do Plano de Custeio e Benefícios da Previdência Social. Cito os precedentes abaixo, do C. STF:

"RESCISÓRIA. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 538 DO CPC. DISPOSITIVO DE LEI NÃO ABORDADO NO ACÓRDÃO RESCINDENDO. *AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. PRECEDENTES.*
1. Ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC.
2. Como o acórdão rescindendo não se pronunciou sobre a norma legal tida por contrariada, é inviável a ação que se funda na hipótese de ofensa a literal disposição de lei. Precedente: Ação Rescisória 1.752-AgR/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.05.2005.
3. O art. 202, caput, da Constituição Federal não é auto-aplicável, por necessitar de integração legislativa, para completar e conferir eficácia ao direito nele inserto. Precedentes."
(AR 1.668, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/10/09, v. u., DJe 11/12/09, grifos meus)

"Agravo regimental em agravo de instrumento.
2. Benefício previdenciário. Cálculo da renda mensal inicial. Proventos de aposentadoria. Calculados com base na legislação vigente ao tempo da reunião dos requisitos. Art. 202 da CF. Não auto-aplicabilidade. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgR no AI 608.590, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/09/08, v. u., DJe 21/11/08, grifos meus)

Em decorrência do entendimento fixado naquele relevante julgamento (RE nº 193.456-RS), as Cortes Superiores, e assim também este E. Tribunal, passaram a adotar

posicionamento pacífico no sentido da constitucionalidade do art. 144 e parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, que definiu os critérios de revisão dos benefícios previdenciários concedidos entre a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei de Benefícios, período que veio a ser conhecido como "Buraco Negro". Na forma do disposto nesta norma, caberia à autarquia promover, até junho/92, o recálculo da renda mensal inicial de tais benefícios e seu reajuste segundo os critérios da Lei nº 8.213/91, sem conferir ao segurado, contudo, efeitos patrimoniais pretéritos em decorrência da revisão. Transcrevo o mencionado dispositivo:

> "Art. 144. Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.
> Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992."

A respeito do tema, peço vênia para transcrever os precedentes abaixo, do C. Supremo Tribunal Federal e desta Terceira Seção:

> "PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIOS. APLICABILIDADE DO ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91.
> 1. A decisão agravada não divergiu do entendimento firmado por esta Corte no sentido de que, quanto à revisão de benefício previdenciário concedido em data posterior à Constituição Federal de 1988 e anterior à Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 144 dessa lei. Precedentes.
> 2. Agravo regimental improvido."
> (STF, AgR no AI nº 649.113, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/08/10, v. u., DJe 24/09/10)

> "AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 343 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. *ARTS. 201, § 3º E 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91*. VIOLAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LIMINAR.
> (...)
> *4 - A matéria aventada na inicial se encontra fundamentada na interpretação de texto constitucional, ou seja, discute-se se a legislação ordinária foi ou não aplicada sob o reflexo da Lei Maior. Dessa forma, em que pese também invocar artigos da Lei nº 8.213/91, o foco principal está em serem, ou não, auto-aplicáveis os preceitos constitucionais que validariam os comandos de tais dispositivos legais, girando a tese, eminentemente, sobre matéria constitucional, ficando, portanto, afastada a aplicação da Súmula nº 343 do STF.*
> (...)
> *6 - A decisão que determina a revisão da RMI dos benefícios, considerando*

auto-aplicáveis os arts. 201, § 3º e 202 da CF, acaba por ofender a literal disposição de lei, com violação ao disposto no parágrafo único do art. 144, da Lei nº 8.213/91, cabendo, em conseqüência, a sua rescisão.
7 - A Lei nº 8.213/91, em seu art. 144, tratou da revisão da renda mensal inicial dos benefícios concedidos no período de 05/10/1988 e 05/04/1991, o chamado '*buraco negro*'. (...)
8 - Matéria preliminar rejeitada. Pedido da ação rescisória julgado procedente. Pedido da ação subjacente parcialmente procedente."
(TRF - 3ª Região, AR nº 98.03.031116-6, Des. Fed. Rel. Nelson Bernardes, j. 28/10/10, v. u., DJ 22/11/10, grifos meus)

Assim, o V. Acórdão rescindendo, ao manter a condenação da autarquia "a calcular os proventos iniciais dos autores corrigindo todos os trinta e seis meses de salário de contribuição" (fls. 39), "e para pagar as diferenças que se apurarem corrigidas mês a mês, na forma da Súmula nº 71/TFR e Súmula nº 562 do STF, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano" (fls. 39), inegavelmente violou o art. 202, da CF (redação original) e o art. 144 da Lei nº 8.213/91, na sua literalidade, sendo de rigor a procedência do pedido de rescisão do julgado impugnado, no tocante a tais valores, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC.

Passo ao juízo rescisório.

II - Do Juízo *Rescissorium*

A matéria levada a julgamento consiste na auto-aplicabilidade do art. 202, da CF (redação original), para fins de correção dos 36 (trinta e seis) salários de contribuição utilizados no cálculo da renda, em relação a benefícios concedidos no período do "Buraco Negro".

Conforme já demonstrado no juízo *rescindens*, é de rigor a improcedência dos pedidos formulados na petição inicial da demanda originária - na parte em que rescindido o julgado -, referentes à auto-aplicabilidade do art. 202, da CF (redação original) e ao pagamento das respectivas prestações vencidas decorrentes do recálculo da renda.

A revisão dos benefícios concedidos neste período deve ser efetuada na forma do art. 144 da Lei nº 8.213/91, que - impondo que a mesma se daria até 1º de junho de 1992 - determinou não ser devido "o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992".

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 485, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir parcialmente o V. Acórdão proferido pela E. Quinta Turma desta Corte nos autos da Apelação Cível nº 92.03.057203-1 e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedentes os pedidos de aplicação imediata do art. 202, da CF (redação original) e de pagamento das respectivas prestações vencidas, decorrentes do recálculo da renda. Deixo de condenar os réus ao pagamento das verbas de sucumbência por terem sido beneficiários da assistência judiciária gratuita nos autos da demanda originária (fls. 37), nos termos do entendimento desta E. Terceira Seção. Dou provimento ao agravo regimental para conceder a tutela antecipada, suspendendo a execução do *decisum* até o trânsito em julgado da presente rescisória, em face da relevância dos fundamentos já declinados na motivação retro

expedida e da presença do perigo de dano, caracterizado pela possibilidade de pagamento de valores indevidos aos autores da demanda subjacente. Oficie-se ao MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0009859-14.2001.4.03.6102
(2001.61.02.009859-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 268/269
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDSON DE JESUS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Classe do Processo: AC 1120186
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º DO C. P. C. AVERBAÇÃO. ATIVIDADE URBANA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAL. JOGADORES DE FUTEBOL.

I - Ante a existência de início de prova material corroborada por testemunhas deve ser reconhecido o direito à contagem do tempo de serviço para efeitos previdenciários cumprido pelo requerente no período de 05.01.1968 a 08.06.1974, 01.01.1977 a 31.08.1977 e 01.12.1977 a 30.12.1977, em que trabalhou como atleta amador, no Comercial Futebol Clube, e como atleta profissional, no Botafogo Futebol Clube, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, pois tal ônus cabe ao empregador.

II - Os jogadores de futebol foram enquadrados como celetistas a partir da Lei 6.354/76, todavia já detinham a condição de segurado obrigatório da Previdência Social na vigência da Lei 3.807/60, em razão do exercício de atividade remunerada.

III - A testemunha de fl. 237 esclareceu que “naquela época havia contrato de gaveta e era pago mensalmente uma ajuda de custo, mas na verdade era pagamento mesmo.”

IV - Agravo previsto no § 1º do art. 557 do C. P. C, interposto pelo INSS, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA E do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557 do C. P. C, interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de agosto de 2011.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do C. P. C., interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da decisão monocrática de fls. 268/269 que deu parcial provimento ao apelação do INSS.

Pleiteia a autarquia previdenciária, ora agravante, a reconsideração da decisão ou

o provimento do recurso, sustentando a impossibilidade do reconhecimento da atividade urbana, afirmando que o jogador de futebol não era segurado obrigatório antes da Lei nº 6.354/76.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Para comprovar o exercício de atividade urbana sem registro em carteira apresentou o seguinte documento que constitui início de prova material do exercício de atividade urbana: cartão de identidade de atleta emitido pela Federação Paulista de Futebol (12.08.1972; fl. 168), demonstrando que o autor foi atleta amador do Comercial Futebol Clube, bem como contrato de atleta profissional de futebol celebrado entre o autor e o Botafogo Futebol Clube, com vigência no período de 01.01.1977 a 30.12.1977 (fls. 85/86 130/137).

As testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem contraditas, afirmaram que a parte autora exerceu atividade urbana, no período reconhecido na sentença.

Destarte, restou comprovado o labor urbano, sem registro em carteira, pois a orientação colegiada é pacífica no sentido de que razoável início de prova material não se confunde com prova plena, ou seja, constitui indício que deve ser complementado pela prova testemunhal quanto à totalidade do interregno que se pretende ver reconhecido. (TRF - 1ª Região, 2ª Turma; AC 01292444, proc. 199501292444/MG; Relatora: Desemb. Assusete Magalhães; v. u., j. em 07/08/2001, DJ 28/08/2001, Pág. 203).

Dessa forma, ante a existência de início de prova material corroborada por testemunhas deve ser reconhecido o direito à contagem do tempo de serviço para efeitos previdenciários cumprido pelo requerente no período de *05.01.1968 a 08.06.1974, 01.01.1977 a 31.08.1977 e 01.12.1977 a 30.12.1977*, em que trabalhou como atleta amador, no Comercial Futebol Clube, e como atleta profissional, no Botafogo Futebol Clube, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, pois tal ônus cabe ao empregador, conforme já decidiu esta E. Corte em v. aresto assim ementado:

> "PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALOR DA CAUSA. COMPROVAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
> I - Não tendo a presente ação cunho condenatório, não há como justificar parâmetros subjetivos para ser fixado elevado valor à causa. Agravo retido a que se nega provimento.
> II - Para fins de reconhecimento do tempo de serviço prestado por trabalhador sem o devido registro, é suficiente o início de prova material por ele acostada, roborada por prova testemunhal.
> III - A prova testemunhal, colhida sob o crivo do contraditório, é prova idônea e hábil a comprovar os fatos em que se funda a ação ou a defesa.
> IV - O tempo reconhecido em Juízo é o que mais se coaduna com as provas dos autos, devendo ser mantido.
> V - É despicienda a discussão a respeito das contribuições previdenciárias referentes ao lapso laboral efetivamente desempenhado pela autora (segurada empregada), de

vez que o repasse de tais exações é responsabilidade do empregador.
VI - Agravo retido, apelação e remessa oficial improvidas."
(TRF da 3ª Região, 2ª Turma, AC 2000.03.99.006110-1, Rel. Desembargadora Federal Sylvia Steiner, j. 15.05.2001, RTRF-3ª Região 48/234)

Cabe ressaltar que há jurisprudência no sentido de que embora enquadrados como celetistas apenas da edição da Lei nº 6.354/76, os jogadores de futebol já detinham a condição de segurados obrigatórios da Previdência Social na vigência da Lei nº 3.807/60, em face do exercício de atividade remunerada. Nesse sentido, o julgado abaixo transcrito:

"PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO. JOGADOR DE FUTEBOL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA DOCUMENTAL. PROVA TESTEMUNHAL COMPLEMENTAR. 1. Os jogadores de futebol foram enquadrados como celetistas a partir da Lei 6.354/76, todavia já detinham a condição de segurado obrigatório da Previdência Social na vigência da Lei 3.807/60, em razão do exercício de atividade remunerada. 2. O início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal enseja o reconhecimento do tempo de serviço prestado sem contrato formal de trabalho, que merece ser averbado para efeito de aposentadoria. 3. Apelação a que se nega provimento." (AC 199701000043177, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 - SEGUNDA TURMA, 01/08/2003)

O documento de fl. 80 demonstra o autor recebeu remuneração correspondente a metade de salário mínimo da época para ajuda de custo, tais como, transporte, alimentação e vestuário.

A testemunha de fl. 237 esclareceu que "naquela época havia contrato de gaveta e era pago mensalmente uma ajuda de custo, mas na verdade era pagamento mesmo."

Assim, ficou devidamente esclarecido que o autor recebia remuneração, estando presentes os requisitos para o reconhecimento do vínculo empregatício, nos termos do artigo 3º da CLT.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557 do C. P. C., interposto pelo INSS*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0001699-14.2002.4.03.6183
(2002.61.83.001699-3)

Apelantes: JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: ApelReex 1292146
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/08/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO À RENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS. DESNECESSIDADE.

- *In casu*, a parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à renúncia de benefício previdenciário, para garantir expedição de certidão de tempo de serviço, com o objetivo de averbar o período junto a órgão público a fim de reivindicar aposentadoria estatutária por considerá-la mais vantajosa, sem que tenha que devolver qualquer parcela obtida em face de outro direito regularmente adquirido.

- A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte firmou entendimento no sentido da possibilidade do cancelamento de aposentadoria previdenciária em razão de renúncia, e da emissão de certidão de contagem de tempo de serviço pelo regime geral da previdência para fins de averbação em outro regime, sem que seja necessária a devolução das quantias já recebidas pelo segurado a título de jubilação. Precedentes.

- No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

- Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96).

- Remessa oficial e apelação do INSS desprovidas. Apelação da parte autora provida.

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 à remessa oficial e à apelação do INSS e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas por JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA e pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face da r. sentença proferida

em ação previdenciária onde se objetiva a desaposentação do autor, com o cancelamento de sua aposentadoria previdenciária, bem como a expedição definitiva de Certidão do Tempo de Serviço para que seja averbado no serviço público, conforme a reciprocidade descrita na Carta Magna.

Às fls. 102/104 foi deferida a antecipação da tutela, determinando que o INSS proceda ao cancelamento da aposentadoria com a cessação do pagamento das prestações mensais, expedindo-se a Certidão de Tempo de Serviço, mediante a restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, devidamente corrigidos nos moldes do realizado pelo INSS para correção dos seus créditos. Por petição de fls. 192/198, foram juntadas a planilha de cálculo fornecida pelo INSS e Guia de Depósito Judicial realizado pela parte autora.

Às fls. 234/238, consta ofício do INSS informando a emissão de Certidão de Tempo de Serviço a favor do autor, em 04.08.2005.

A r. sentença, confirmando a tutela, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar o direito da parte autora de optar pela desconstituição da aposentadoria concedida sob a égide do Regime Geral da Previdência Social, mediante o recolhimento dos valores pagos pelo INSS, monetariamente corrigidos pelos mesmos índices de reajuste dos benefícios previdenciários, reconhecendo-lhe, na hipótese de efetivo exercício dessa faculdade, o direito à obtenção da certidão do tempo de serviço computado pela autarquia previdenciária, para fins de contagem recíproca. Em face da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados. Custas *ex lege*. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apela a parte autora, pretendendo parcial reforma da r. sentença para desonerá-lo da devolução dos valores mensais da aposentadoria paga pelo INSS até a desaposentação, restituindo-se os valores depositados como caução. Sustenta, em síntese, ser incabível a devolução dos valores estipulada na sentença, pois o INSS se desonera da manutenção vitalícia e sucessória do benefício, ao qual ainda se compensarão no acerto de contas quando da contagem recíproca do tempo. Ademais o direito à certidão de tempo de serviço é indiscutível pelo simples fato de haver efetivamente trabalhado.

Em razões recursais, o INSS aduz, em síntese, a impossibilidade do cancelamento de aposentadoria concedida, ante a natureza alimentar do benefício, bem como tratar-se de ato jurídico perfeito. Alega inexistir previsão legal para que se conceda a desaposentação. Requer o provimento do presente apelo, para julgar improcedente o pedido.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO À RENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS. DESNECESSIDADE.

- *In casu*, a parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à renúncia de benefício previdenciário, para garantir expedição de certidão de tempo de serviço, com o objetivo de averbar o período junto a órgão público a fim de reivindicar

aposentadoria estatutária por considerá-la mais vantajosa, sem que tenha que devolver qualquer parcela obtida em face de outro direito regularmente adquirido.
- A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte firmou entendimento no sentido da possibilidade do cancelamento de aposentadoria previdenciária em razão de renúncia, e da emissão de certidão de contagem de tempo de serviço pelo regime geral da previdência para fins de averbação em outro regime, sem que seja necessária a devolução das quantias já recebidas pelo segurado a título de jubilação. Precedentes.
- No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.
- Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96).
- Remessa oficial e apelação do INSS desprovidas. Apelação da parte autora provida."

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora). - Consoante se depreende dos autos, a parte autora é titular do benefício de aposentadoria por tempo de serviço com DIB em 18.01.1993 (fls. 25).

Em que pese a concessão da aposentadoria pelo RGPS, verifica-se que a parte autora continuou a desempenhar suas atividades laborativas, tomando posse como juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região a partir de 30.09.1999 (fls. 35), as quais estão regidas por regime estatutário.

Por seu turno, ressalte-se que a parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à renúncia de benefício previdenciário, para garantir expedição de certidão de tempo de serviço, com o objetivo de averbar o período junto a órgão público a fim de reivindicar aposentadoria estatutária por considerá-la mais vantajosa, sem que tenha que devolver qualquer parcela obtida em face de outro direito regularmente adquirido.

Com efeito, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade do cancelamento de aposentadoria previdenciária em razão de renúncia, e da emissão de certidão de contagem de tempo de serviço pelo regime geral da previdência para fins de averbação em outro regime, sem que seja necessária a devolução das quantias já recebidas pelo segurado a título de jubilação, *in verbis*:

"Renúncia à aposentadoria. Expedição de certidão de tempo de serviço.
Contagem recíproca. Desnecessidade de devolução das parcelas recebidas. Precedentes. Agravo regimental improvido."
(AgRg no Ag 961549/GO, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, j. 05/11/2009, DJe 17/05/2010)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS *EX NUNC*. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA.
1. É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a

contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.
2. Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual 'não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro', uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício.
3. No ponto da renúncia, ressalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar.
4. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex nunc* e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos.
5. A base de cálculo da compensação, segundo a norma do § 3º da Lei nº 9.796/1999, será o valor do benefício pago pelo regime instituidor ou a renda mensal do benefício segundo as regras da Previdência Social, o que for menor.
6. Apurado o valor-base, a compensação equivalerá à multiplicação desse valor pelo percentual do tempo de contribuição ao Regime Geral utilizado no tempo de serviço total do servidor público, que dará origem à nova aposentadoria.
7. Se antes da renúncia o INSS era responsável pela manutenção do benefício de aposentadoria, cujo valor à época do ajuizamento da demanda era R$ 316,34, após, a sua responsabilidade limitar-se-á à compensação com base no percentual obtido do tempo de serviço no RGPS utilizado na contagem recíproca, por certo, em um valor inferior, inexistindo qualquer prejuízo para a autarquia.
8. Recurso especial provido."
(REsp 557231/RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 08/04/2008, DJe 16/06/2008)

"PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO.
1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário.
2. 'O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos' (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05).
3. Recurso especial improvido."
(REsp 663336/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 06.11.2007, DJ 07.02.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO À RENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS.

1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto.
2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada.
3. No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra.
4. O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos.
5. Recurso especial improvido."
(RESP 692.628/DF, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, j. 17/05/2005, DJ 05.09.2005).

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO. RECURSO PROVIDO.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível.
2. O tempo de serviço que foi utilizado para a concessão da aposentadoria pode ser novamente contado e aproveitado para fins de concessão de uma posterior aposentadoria, num outro cargo ou regime previdenciário.
3. Recurso provido."
(RMS 14.624/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. 30/06/2005, DJ 15.08.2005).

Desse modo, nos termos em que deduzido, o pedido é procedente.
Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - DIREITO À RENÚNCIA PARA POSTERIOR REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA - POSSIBILIDADE.
A renúncia é ato unilateral voluntário, incluído entre os direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, a declaração de vontade do beneficiário independe da vontade do INSS, visto que se trata de abdicação expressa do titular, sem prejuízo próprio, com vistas à inclusão em outro regime. O INSS dentro dos limites de suas atribuições tem competência para expedir certidão de tempo de serviço desde que existentes em seus arquivos os dados sobre os vínculos empregatícios alegados. É incabível a restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria desde a data da concessão, eis que obtida após o implemento dos requisitos legais e dado que tem caráter alimentar, porque substitui a remuneração do vínculo de trabalho. Deferida a antecipação da tutela, vez que presentes a verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, determinando-se a expedição de ofício ao INSS com os documentos necessários para que, independentemente do trânsito em julgado, cesse os benefícios de aposentadoria por tempo de serviço e expeça as respectivas certidões de tempo de serviço.

Remessa oficial improvida. Apelação dos autores provida."
(AC 2000.61.83.003302-7, Rel. Desem. Fed. Leide Polo, 7ª Turma, j. 22/03/2010, DJ 14/04/2010)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA A FIM DE UTILIZAR O TEMPO DE SERVIÇO EM REGIME DIVERSO. DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS JÁ RECEBIDAS. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
I - 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.
II - Uma vez cancelada a aposentadoria no regime geral, tem o indivíduo o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada, sob pena deste tempo não ser considerado em qualquer regime, acarretando flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.
III - A expedição da certidão de tempo de serviço da autora não pode ser condicionada à devolução imediata à Previdência Social dos proventos de aposentadoria já percebidos, ante a redação do § 9º do art. 201 da Constituição da República, norma auto-aplicável, que assegura a contagem recíproca do tempo de serviço na administração pública e na atividade privada, sem exigência alguma ao segurado, cabendo aos diversos regimes a compensação financeira, nos termos da lei.
IV - No que tange à verba honorária, o E STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20 , do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.1991, negaram provimento v. u., DJU de 21.10.1991, p. 14.732), razão pela qual ficam mantidos os honorários advocatícios em R$ 515,00 (quinhentos e quinze reais).
V - Agravos interpostos pela parte autora e pelo INSS na forma do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil improvidos."
(AC 2008.61.83.013154-1, Rel. Juiz Fed. Convocado David Diniz, 10ª Turma, j. 08/02/2011, DJ 16/02/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. DIREITO DISPONÍVEL. POSSIBILIDADE - DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA - DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS.
- Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a aposentadoria é direito patrimonial disponível, sendo possível a renúncia.
- A renúncia da aposentadoria não atinge o tempo de serviço e contribuição, de modo que viável seu aproveitamento em outro regime previdenciário.
- No caso de renúncia da aposentadoria junto ao RGPS para aproveitamento do tempo no regime estatutário, contado até a data de início da aposentadoria que se terá renunciado, não há necessidade de devolução dos valores recebidos.
- Manifesto direito da parte autora à obtenção de certidão de tempo de serviço a ser expedida pela autarquia federal no prazo assinalado.
- Apelação parcialmente provida."

(AC 2004.61.05.015263-0, Rel. Desem. Fed. Eva Regina, 7ª Turma, j. 07/12/2009, DJ 15/01/2010)

Assim, é de ser reconhecido o direito do autor à renúncia do benefício previdenciário, com a desconstituição da aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social, com a conseqüente expedição de certidão de tempo de serviço pelo regime geral da previdência para fins de averbação em regime estatutário, sem que seja necessária a devolução das quantias já recebidas a título de jubilação.

No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96).

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e à apelação do INSS e *dou provimento* à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

- Sobre o direito de renúncia de benefício previdenciário, com objetivo de reivindicar outro mais vantajoso, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 2001.03.00.005450-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicado na RTRF3R 48/48; AC 2000.71.00.12485-4/RS e AC 2000.71.00.015111-0/RS, Relator Juiz João Surreaux Chagas, publicadas na RTRF3R 63/380; AC 2000.61.83.004678-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3R 89/177; AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; decisão proferida na ApelReex 0003440-19.2004.4.03.9999/SP, Relatora Juíza Federal Márcia Hoffmann, publicada na RTRF3R 106/99 e AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564.

APELAÇÃO CÍVEL
0005323-64.2005.4.03.9999
(2005.03.99.005323-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LEONICE DE OLIVEIRA BONATTO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO MANUEL - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
Classe do Processo: AC 1004862
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2011

EMENTA

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 transita, após processo que culminou com sentença confirmada nesta Corte Federal.

2. Operação abrangente da Polícia Federal em combate a fraudes 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.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de agosto de 2011.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado parcialmente procedente pedido de revisão de benefício previdenciário ajuizado pela Autarquia Previdenciária para fins de cassação definitiva do benefício previdenciário 42/110.547.963-3, mantendo até o trânsito em julgado a tutela antecipada concedida em decisão de fl. 82 para cessar o beneficio, afastando-se o pleito de repetição dos valores recebidos. Ante a sucumbência recíproca cada uma das partes foi condenada a arcar com custas e honorários advocatícios.

Apela a Autarquia, objetivando a reforma parcial de tal julgado, pleiteando seja a ré condenada a restituir à Previdência Social os valores recebidos indevidamente a título de aposentadoria por tempo de serviço, sob pena de enriquecimento ilícito. Afirma que o benefício seria inexistente, razão pela qual indevidos os pagamentos efetuados a esse título; que o montante pretendido tratar-se-ia de bem público indisponível, de modo a prevalecer sobre interesses privados, não havendo que se falar em irrepetibilidade da obrigação alimentar, suscitando, por fim, o prequestionamento da matéria ventilada. Subsidiariamente, requer a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC, de forma a condenar o réu ao pagamento das despesas e honorários advocatícios em favor da autarquia.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do regimento desta Egrégia Corte.

Este o relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): 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.

Operação abrangente da Polícia Federal em combate a fraudes 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.

A persecução criminal ainda na fase policial não permitiria à Autarquia valer-se de eventual ação rescisória, pelo que ajuizou pedido revisional na verdade buscando a cassação do benefício e o pagamento dos valores indevidamente percebidos pelo réu.

Em sua defesa, o réu houve-se com engenhosa argumentação contestatória, mas, a rigor, não impugnou a pretensão inicial mantendo-se no exercício da defesa contra o processo em si.

Ante a sentença que acolheu em parte o pedido do INSS e determinou a cassação do benefício, somente afastando o pedido de pagamento dos valores recebidos, o réu não apelou, sequer adesivamente.

Já o INSS busca integralmente o seu pedido inicial, perseguindo na Corte Federal a reforma da sentença para incluir condenação no pagamento dos valores que o réu recebeu enquanto vigente o benefício fraudulentamente obtido.

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.

De efeito, o poder-dever do INSS de zelar pelo patrimônio público impugnando benefícios indevidos e buscando-lhe a cassação não poderia ficar sem solução processual. Independentemente do mérito da causa, o INSS teria que se valer de algum meio para o exercício de seu lídimo direito de ação. Fê-lo na modalidade revisional, sendo suficiente à cognição e julgamento da pretensão anulatória da renda indevida.

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.

Eis aí o objeto do apelo.

O direito a prestações alimentícias efetivamente não comporta repetição.

No caso dos autos, 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.

Até porque, não se conhecem casos de beneficiários que tenham enriquecido com fraudes para obtenção de aposentadorias via de regra submetidas ao teto e que, na verdade, sequer deste chegam perto.

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 semi-alfabetizadas 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 diplomas na parede.

Considero, pois, inatacável o edito monocrático. A verba que o réu recebia certamente era para sua sobrevivência. Se indevida, como de fato era, extrair-lhe meios para a repetição, além de desumano na esfera da Moral, é juridicamente inviável, quase torpe.

Portanto, não merece reforma a sentença monocrática.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para manter a sentença como lançada.

Este o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

- Sobre a irrepetibilidade da verba previdenciária, ainda que, obtida por meios escusos, em razão da sua natureza alimentar, veja também o seguinte julgado: AC 0017207-90.2005.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 102/475.

APELAÇÃO CÍVEL
0038937-55.2008.4.03.9999
(2008.03.99.038937-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: EUZILDA LIMA RIOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PARANAÍBA - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 1337762
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2011

EMENTA

Previdenciário. pensão por morte de cônjuge. Comprovação do exercício da Atividade Rural. Fungibilidade entre o Amparo Social ao Idoso e Aposentadoria por Idade Rural. Presença dos requisitos necessários à concessão do benefício. Apelação não provida.

1. Se de um lado é necessário reconhecer a jurisprudência dominante quanto à negativa do pagamento de pensão por morte derivado de Amparo ou LOAS, de outro lado é cabível conceder tal pensão em casos nos quais havia a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade àqueles que receberam LOAS. Ou seja, havendo fungibilidade no tocante à concessão de benefícios previdenciários e da prestação assistencial de que trata a Lei nº 8.742/1993, cumpre reconhecer o direito ao pagamento da pensão não derivada do LOAS mas da aposentadoria por idade que deveria ter sido implantada ao falecido.

2. *In casu*, ao tempo da concessão do Amparo Social ao Idoso/LOAS, o falecido reunia os requisitos para obtenção de aposentadoria por idade, pois cumpria o requisito etário (f. 15) e apresentava início de prova material do trabalho campesino, em especial a certidão de óbito e certidão de casamento (fls. 13/14), corroborado pelos depoimentos das testemunhas (fls. 97/98), as quais confirmaram que o falecido era lavrador.

3. Demonstrado o preenchimento dos requisitos legais, deveria ter sido concedido ao falecido um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.213/1991, ao invés do Amparo Social ao Idoso/LOAS.

4. Comprovação da existência de beneficiário dependente do *de cujus*, em idade hábil ou com outras condições necessárias para receber a pensão, conforme certidões de casamento e óbito (fls. 09 e 15), as quais provam que a autora era esposa do falecido, bem como vivia com o falecido ao tempo do óbito em foco.

5. Observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Os juros moratórios incidem à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC, e art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei nº 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decidiu a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a DES. FEDERAL LEIDE POLO que lhe dava provimento, para julgar improcedente o pedido.

São Paulo, 29 de agosto de 2011.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Trata-se de ação de pensão por morte em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, processado o feito, sobreveio sentença pela procedência do pedido desde a citação, bem assim o pagamento das parcelas vencidas, corrigidas monetariamente, juros moratórios e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, correspondente as prestações vencidas até a sentença (Súmula nº 111 do STJ).

Inconformado, o INSS ofertou apelação, requerendo a reforma do julgado ao fundamento da não comprovação do exercício da atividade rural do falecido, sendo vedado a prova exclusivamente testemunhal.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita.

Dispensada a revisão do voto do relator, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): As partes são legítimas e bem representadas, estando presentes as condições da ação, bem como os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual.

Oportunamente, verifico que o feito se processou com observância do contraditório e da ampla defesa, inexistindo situação que possa levar prejuízo aos princípios do devido processo legal.

Quanto ao tema de mérito do presente recurso, verifico que, ao tempo do óbito noticiado nos autos, o falecido recebia o denominado Amparo Social ao Idoso, também denominado Benefício de Prestação Continuada de que trata a Lei nº 8.742/1993 (coloquialmente conhecido como LOAS). É pacífico na jurisprudência que desse Amparo ou LOAS não deriva a obrigação do pagamento de pensão por morte, o que se justifica por vários argumentos formais e orçamentários.

Ainda que seja necessário me curvar à jurisprudência dominante em favor da unificação do Direito e da pacificação dos litígios, particularmente, acredito que o não pagamento de pensão por morte em decorrência de falecimento de beneficiário de Amparo ou LOAS viola diversos primados do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que essa negativa atenta ao próprio sistema de Seguridade Social. Criado para dar

suporte aos necessitados, os sistemas de previdência e de assistência social deveriam ter flexibilidade jurídica suficiente para pagar pensão por morte a cônjuges ou filhos de falecidos incapazes ou idosos, especialmente quando há a constatação jurídica da miserabilidade que justificou até então o pagamento do Amparo e de LOAS. Também na perspectiva da sociologia jurídica, é muito provável que a negativa de pagamento de pensão nessas condições agrave ainda mais o sofrimento das famílias miseráveis que se encontram vulneráveis pela morte de um ente querido.

Se de um lado é necessário reconhecer a jurisprudência dominante quanto à negativa do pagamento de pensão por morte derivado de Amparo ou LOAS, de outro lado acredito ser juridicamente sustentável conceder tal pensão em casos nos quais havia a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade àqueles que receberam LOAS. Ou seja, havendo fungibilidade no tocante à concessão de benefícios previdenciários e da prestação assistencial de que trata a Lei nº 8.742/1993, vejo possível o reconhecimento do direito ao pagamento da pensão não derivada do LOAS mas da aposentadoria por idade que poderia ter sido implantada ao falecido.

Assim, verificando os requisitos a serem observados para a concessão da aposentadoria por idade, a concessão desse benefício a rurícola reclama idade mínima de 60 anos (homem) e 55 anos (mulher), e demonstração do exercício de atividade rural, ainda que intercalada, em número de meses idêntico à carência do referido benefício, afastada a obrigatoriedade de contribuições (arts. 201, § 7º, II, da CR/88, e 48, 49, 142 e 143 da Lei nº 8.213/91). Pondere-se, ainda, que o prazo de 15 (quinze) anos, estatuído no sobredito art. 143, e prorrogado até 31/12/2010, nos moldes do art. 2º da Lei nº 11.718 de 20/6/2008, diz respeito ao lapso para ingresso de pedido tendente à obtenção do benefício, e não à duração do pagamento da benesse. São inaplicáveis as disposições da Lei nº 11.718/2008 que deram nova redação aos parágrafos do art. 48 da Lei nº 8.213/1991, uma vez que tais mudanças não podem ser tidas como interpretativas e, assim, somente podem incidir para benefícios cujos requisitos foram completados posteriormente à edição dessa lei de 2008, em respeito à segurança jurídica e à irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da Constituição).

Para afirmar que o *de cujus* laborava como empregado sem registro em CTPS, é necessário verificar as provas indiciárias de sua atividade. Sobre esse aspecto, assinale-se que, para os trabalhadores rurais (e, consequentemente também para os urbanos), a Súmula 149, do E. STJ, aponta no sentido de que "a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário". De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em conseqüência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, *de per si,* não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e conseqüentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados.

In casu, ao tempo da concessão do Amparo Social ao Idoso/LOAS, o falecido reunia os requisitos para obtenção de aposentadoria por idade, pois cumpria o requisito etário (f. 15) e apresentava início de prova material do trabalho campesino, em especial a certidão de óbito (f. 14), na qual consta qualificado como pecuarista; a certidão de casamento (f. 13), requerimento de matrícula dos filhos (fls. 1619) na qual consta como residência a "Fazenda São Silvestre", corroborado pelos depoimentos das testemunhas (fls. 97/98), as quais confirmaram que o falecido era lavrador.

Dessa forma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais, deveria ter sido concedido ao falecido um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.213/1991, ao invés do Amparo Social ao Idoso/LOAS. Portanto, havia plena fungibilidade entre a concessão de aposentadoria por idade rural e Amparo Social ao Idoso e LOAS ao agora falecido, de tal modo que se justifica a análise do pleito de pensão por morte.

Indo adiante, passando a verificar os requisitos necessários à concessão da pensão por morte à parte-autora, em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência) a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei nº 8.213/1991. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício de prestação continuada em questão depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do *de cujus*, em idade hábil ou com outras condições necessárias para receber a pensão.

Passando à análise desses elementos, acerca do óbito, o documento de fls. 14 é objetivo no sentido de provar a morte do cônjuge da requerente, ocorrida em 04.04.2003.

Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), acima foi justificada a manutenção desse requisito com a análise dos elementos que ensejaram a constatação do direito ao pagamento da aposentadoria por idade.

Sobre a dependência econômica da parte-requerente em relação ao falecido, a Lei nº 8.213/1991, art. 16, I, prevê que "são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: II - os pais". Por sua vez, o § 4 desse mesmo artigo estabelece que "a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada."

Então, acerca da comprovação da existência de beneficiário dependente do *de cujus*, em idade hábil ou com outras condições necessárias para receber a pensão, há a certidões de casamento e óbito (fls. 13/14), nos quais demonstram que a autora era esposa do falecido. Lembre-se, ao teor do colhido nos autos, que a parte-requerente vivia com o falecido ao tempo do óbito em foco.

Anoto que essa dependência econômica é até mesmo lógica em se tratando de família simples (como demonstra os autos), além do que não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a viúva ou os filhos tenham outros meios de complementação de renda.

Também não impede a concessão do benefício em tela o fato de o viúvo receber aposentadoria, pois a Lei nº 8.213/1991 (particularmente em seu art. 124) não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria (presentes os requisitos para suas concessões), até porque ambos têm diferentes fontes de custeio. Nega-se, apenas, a acumulação de duas ou mais pensões, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa.

Anoto ainda que esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do *de cujus* que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei nº 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo, quando muito, sua habilitação posterior (art. 76 da Lei nº 8.213/1991). O mesmo pode ser dito quanto à companheira em relação à esposa legítima do *de cujus*. À evidência, não é função da parte-requerente provar que existem outros dependentes para fazer jus ao que reclama, sendo que esse aspecto não pode obstar o deferimento do presente pedido.

Vale lembrar que a ausência de inscrição dos dependentes do *de cujus* junto ao INSS não prejudica o direito ao requerimento ulterior de benefícios, desde que demonstrada a dependência e comprovados os demais requisitos, conforme expressa disposição do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.213/1991.

Assim, restam comprovados os pressupostos para a concessão da pensão por morte reclamada nos autos.

É também devido o abono anual, a teor do art. 40 da Lei nº 8.213/1991.

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC, e art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei nº 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei nº 8.742/1993).

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação mantendo-se, a r. sentença recorrida, com as seguintes observações nos moldes do art. 293 e do art. 462 do CPC: 1º) observada a isenção de custas, prescrição quinquenal, aplicar correção monetária quanto às parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; 2º) fixar juros moratórios à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC, e art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado no art. 5º da Lei nº 11.960/2009, com fluência respectiva de forma decrescente, a partir da citação, até a data de elaboração da conta de liquidação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000595-38.2009.4.03.9999
(2009.03.99.000595-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 152/153
Interessado: MARIO PEDROSO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE IPUÃ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1385994
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/09/2011

EMENTA

AGRAVO LEGAL. AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES. EXISTÊNCIA DE VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INVIABILIDADE DOS DESCONTOS RELATIVOS AO PERÍODO EM QUE HOUVE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

I. 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, vícios inexistentes na decisão.

II. 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.

III. Os dados constantes do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, apresentados com as razões do agravo, demonstram que o autor manteve alguns vínculos empregatícios após a concessão do benefício.

IV. Contudo, tal fato não lhe retira o direito ao recebimento da aposentadoria por invalidez porque não são raras as vezes em que, mesmo enfermos e acometidos de fortes dores, os segurados continuam a exercer atividade laboral para prover o seu sustento e o de suas famílias.

V. Agravo improvido. Exclusão, de ofício, da determinação de desconto dos períodos em que houve recolhimento das contribuições previdenciárias.

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 e, por maioria, de ofício, excluir a determinação dos descontos dos períodos em que houve recolhimento das contribuições previdenciárias, nos termos do relatório, voto e voto condutor que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se

de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face da decisão de fls. 152/153, que deu parcial provimento ao apelo da parte autora para reformar a sentença e conceder-lhe o benefício de aposentadoria por invalidez.

Sustenta, em síntese, não ser devido o benefício, ante a não comprovação da incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, afirmando que o perito judicial consignou, em laudo, que a parte autora está parcialmente incapacitada para o trabalho. Pede, alternativamente, a alteração do termo inicial do benefício.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende o agravante, em sede de agravo, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

"(...)

De acordo com o laudo médico (fls. 101/105), datado de 23/10/2007, o Autor é portador de derrame pericárdico e dilatação da raiz da aorta, males que o incapacitam de exercer atividades que exijam esforço físico. Informa o perito que o derrame, quando aumentado, pode causar tamponamento cardíaco e a progressão da dilatação da aorta pode romper-se com resultado desastroso.

No que tange à incapacidade, o laudo pericial atesta que o Requerente é portador de males que o incapacitam de forma parcial e permanente, impedindo-o de exercer atividades que exijam esforço físico.

Lembro, por oportuno, que prevalece no direito processual civil brasileiro o livre convencimento motivado. Além disso, o magistrado não está adstrito ao laudo.

Na hipótese, apesar de o laudo do perito judicial mencionar incapacidade parcial e permanente, tendo em vista o caráter crônico das doenças apontadas e o fato de tratar-se de trabalhador braçal, impedido de exercer atividade que demande esforço físico, forçoso concluir pela impossibilidade de reabilitação com sucesso para o exercício de atividade laboral.

Nesse sentido, destaco decisões desta Corte: TRF-3ª Região, AC 2005.03.99.006551-7/SP, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, DJ 02/02/2006, e TRF-3ª REGIÃO, AC - 704239, Proc: 20010399029720-4/SP, NONA TURMA, Rel. DES. FED. MARISA SANTOS, j. em 27/06/2005, v. u., DJU 25/08/2005, p. 458.

Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos exigidos para concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, impondo-se a reforma da decisão de primeira instância.

Com relação ao termo inicial do benefício, seria razoável que fosse fixado na data da cessação indevida do benefício de auxílio-doença anteriormente concedido, em 30/09/2004.

Contudo, deve ser fixado na data do laudo pericial, diante da comprovação de que a incapacidade se iniciou em 24/07/2007, conforme consta do laudo pericial (fls. 101/105).
(...)"

A decisão agravada está suficientemente fundamentada e atende ao princípio do livre convencimento do Juiz, de modo que não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

Ademais, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada se solidamente fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19.06.01, RTRF 49/112; AgRg EDAC 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29.07.04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que 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" (*caput*), ou, ainda, dará provimento ao recurso, se "a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (§ 1º-A).

Contudo, tendo em vista as informações contidas no extrato do CNIS/DATAPREV, anexado às razões de agravo, que apontam a existência de pequenos vínculos empregatícios em período posterior à data de início do benefício concedido, de ofício, determino que deverão ser descontados os períodos em que foram vertidas contribuições previdenciárias, ante a incompatibilidade entre a percepção do benefício e o labor do segurado.

Diante o exposto, *nego provimento ao agravo e, de ofício, determino* sejam descontados os períodos em que a parte verteu contribuições previdenciárias.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS: Trata-se de ação proposta contra o INSS objetivando a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

O pedido foi julgado improcedente.

Inconformado apelou o autor.

Na decisão proferida às fls. 152/153, foi dado parcial provimento ao seu recurso e concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, com a antecipação da tutela para determinar a imediata implantação do benefício.

O INSS interpôs agravo legal, argumentando a não comprovação da incapacidade total e permanente para o exercício de atividade laboral.

Na sessão de julgamento realizada em 29 de agosto, a i. Relatora negou provimento ao agravo legal, mantendo a concessão do benefício, determinando, contudo, o desconto dos períodos em que a parte recolheu contribuições, diante da incompatibilidade

entre o recebimento do benefício e o exercício de atividade laboral.

Data venia, divirjo do entendimento esposado pela i. Relatora apenas no que se refere aos descontos durante o período em que houve recolhimento de contribuições aos cofres da Previdência.

Os dados constantes do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, apresentados com as razões do agravo, demonstram que o autor manteve alguns vínculos empregatícios após a concessão do benefício.

Contudo, tal fato não lhe retira o direito ao recebimento da aposentadoria por invalidez porque não são raras as vezes em que, mesmo enfermos e acometidos de fortes dores, os segurados continuam a exercer atividade laboral para prover o seu sustento e o de suas famílias.

Nesse sentido, já decidiu a Turma Recursal do JEF de São Paulo:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA EM PERÍODO QUE MANTINHA VÍNCULO TRABALHISTA APESAR DE INCAPAZ. No que se refere à obscuridade apontada pelo INSS, tenho que o fato do autor ter trabalhado quando já incapacitado não é óbice ao recebimento do benefício, pois, uma vez negado, nada podia fazer para manter sua subsistência, senão trabalhar, ainda que sem condições, não havendo equívoco algum em se mandar pagar o benefício referente àquele período. Embargos de declaração acolhidos em parte para aclarar o acórdão embargado."
> (4ª Turma Recursal JEFSP - ED - Proc. 00118616020064036302 - Rel. Juiz Fed. Silvio César Arouck Gemaque - DJF3, 27/04/2011).

Diante do exposto, acompanho a i. Relatora negando provimento ao agravo, porém, excluo a determinação de desconto dos períodos em que houve recolhimento das contribuições previdenciárias.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora designada para o Acórdão

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0006587-77.2009.4.03.9999 (2009.03.99.006587-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 117/123
Apelante: IVONE BARUFI DE ARAUJO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MACAUBAL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1401080
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/08/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. ATIVIDADE URBANA DO ESPOSO DA AUTORA. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CARÊNCIA. DESNECESSIDADE.

1 - Conforme demonstrado nos autos, a autora trabalha em regime de economia familiar (fls. 18/22 e 23/29) e segundo a jurisprudência do STJ o fato de seu esposo exercer uma atividade urbana remunerada não descaracteriza sua condição de segurada especial, nos termos do art. 11, VII da Lei nº 8.213/1991.

2 - Documentos apresentados nos autos são hábeis a comprovar o efetivo exercício da atividade rural, mesmo de forma descontínua, a teor das regras insertas nos artigos 142 da Lei nº 8.213, de 24.07.1991, pois constituem razoável início de prova material, qualificando a parte Autora como rurícola, e os depoimentos testemunhais corroboram o início de prova material.

3 - Especificamente acerca do trabalho rural que deve ser exercido em período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que não é necessário que o trabalhador rural continue a trabalhar na lavoura até a véspera do dia em que irá efetuar o requerimento, quando já tiver preenchido o requisito etário e comprovado o tempo de trabalho campesino em número de meses idêntico à carência do benefício.

4 - Agravo 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 MAIORIA, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM QUEM VOTOU O JUIZ CONVOCADO LEONARDO SAFI, VENCIDO O JUIZ CONVOCADO CARLOS FRANCISCO QUE LHE DAVA PROVIMENTO. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O RELATOR .

São Paulo, 15 de agosto de 2011.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo INSS em face da Decisão (fls. 117/123) que, fundamentada em jurisprudência dominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, deu provimento à Apelação da autora, concedendo a aposentadoria por idade rural à Autora.

Em suas razões, o agravante alega (fls. 127/132), em resumo, a ausência de comprovação da atividade rural por período imediatamente anterior ao requerimento do benefício e a ausência de prova material, pois o marido da autora exerceu atividade urbana a partir de 1987 e não há comprovação de que tenha retornado a exercer atividade rural depois disso, não há nota fiscal em nome da autora, nem de seu irmão, de comercialização de abacaxis e há mais de 10 anos não existe a criação de gado na propriedade.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

> "No que tange a prova material tenho que a certidão de casamento juntada aos autos (fl. 16), o título da propriedade (fls. 18/22) e demais documentos que atestam a qualidade de produtor rural (fls. 23/29), configuram o início de prova estabelecido pela jurisprudência e doutrina.
> As testemunhas ouvidas às fls. 85/86 afirmam conhecerem a autora há mais de 20 anos, informando que esta trabalha em sua propriedade nas lavouras de milho, abacaxi, mamona e outras culturas, até o dia de hoje.
> Quanto ao marido exercer a atividade urbana, entendo que não descaracterizaria a qualidade de trabalhadora rural, em regime de economia familiar, da autora. Nesse sentido:
> 'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ATIVIDADE RURAL. SÚMULA Nº 149/STJ. APLICAÇÃO. COMPROVAÇÃO. ROL DE DOCUMENTOS. EXEMPLIFICATIVO. ART. 106 DA LEI Nº 8.213/91. DOCUMENTOS EM NOME PRÓPRIO E DE TERCEIRO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CARÊNCIA. ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91. DEMONSTRAÇÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR MEMBRO DA FAMÍLIA. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE SEGURADO ESPECIAL. ENQUADRAMENTO EM OUTRA CATEGORIA. DECRETO Nº 3.048/99. AGRAVO DESPROVIDO.
> I - O reconhecimento de tempo de serviço rurícola, para efeito de aposentadoria por idade, é tema pacificado pela Súmula nº 149 desta Egrégia Corte, no sentido de que a prova testemunhal deve estar apoiada em um início razoável de prova material.
> II - O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural,

inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei nº 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.
III - Na hipótese dos autos, houve o necessário início de prova material apta a comprovar a atividade rural, pois a autora apresentou documentos em nome próprio e do cônjuge.
IV - Consoante dispõe o artigo 143 da Lei nº 8.213/91, o trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório, na forma do artigo 11, VII da Lei em comento, pode requerer a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, o que restou comprovado pela Autora.
V - Este Superior Tribunal de Justiça considera que o exercício de atividade remunerada por um dos membros da família, mesmo que urbana, não descaracteriza a condição de segurado especial dos demais.
VI - O art. 9º, § 8º, I do Decreto nº 3.048/99 exclui da condição de segurado especial somente o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento, a contar do primeiro dia do mês em que for enquadrado em qualquer outra categoria.
VII - Agravo interno desprovido.'
(STJ, AgRg no REsp 1218286/PR, Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 28/02/2011)"

Conforme demonstrado nos autos, a autora trabalha em regime de economia familiar (fls. 18/22 e 23/29) e segundo a jurisprudência do STJ o fato de seu esposo exercer uma atividade urbana remunerada não descaracteriza sua condição de segurada especial, nos termos do art. 11, VII da Lei nº 8.213/1991.

A propósito, especificamente acerca do trabalho rural que deve ser exercido em período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que não é necessário que o trabalhador rural continue a trabalhar na lavoura até a véspera do dia em que irá efetuar o requerimento, quando já tiver preenchido o requisito etário e comprovado o tempo de trabalho campesino em número de meses idêntico à carência do benefício.

Nesse sentido, é o julgado abaixo transcrito:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. PERÍODO A SER COMPROVADO. REQUISITOS IDADE E INÍCIO DE PROVA MATERIAL, CORROBORADA POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL IDÔNEA E HARMÔNICA, SATISFEITOS. I. O trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante o prazo de 15 (quinze) anos contados da promulgação da Lei Federal nº 8.213/91. Para tanto, deverá comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao mês em que cumprir o requisito idade, em número de meses idêntico à carência exigida para a concessão do benefício. II. Não se deve exigir do segurado rural que continue a trabalhar na lavoura até às vésperas do dia do requerimento do benefício de aposentadoria por idade, quando ele já houver completado a idade

necessária e comprovado o tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do benefício. III. A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação de atividade rural, para efeitos de obtenção de benefício previdenciário, devendo ser acompanhada de um início de prova material (Súmula nº 149 deste e. STJ). IV. Todavia, 'é prescindível que o início de prova material abranja necessariamente o número de meses idêntico à carência do benefício no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência, vale dizer, desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência'. (sem grifos no original)
(AgRg no REsp 945.696/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 7/4/2008).
Recurso especial provido."
(RESP 200900052765, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, 14/09/2009)

Esclarecedor, nesse sentido, trecho do voto do Ministro Relator Felix Fischer, proferido no REsp 200900052765, acima mencionado, que merece ser transcrito a seguir:

"(...)
A justificar o êxito do recurso autárquico, ponderou-se que a recorrente teria interrompido o exercício do labor campesino há cerca de 10 (dez) anos, deixando, por conseguinte, de atender à exigência da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *ex vi* do art. 143, *in fine*, da Lei nº 8.213/91.
Entendo não prosperarem os argumentos lançados pelo e. Tribunal *a quo*.
Embora a literalidade do dispositivo legal mencionado leve-nos, à primeira vista, a uma interpretação análoga àquela sufragada pelo v. acórdão impugnado - fazendo crer que o segurado devesse comprovar o exercício de atividade rural em período imediatamente anterior ao do requerimento do benefício - é necessário ter em mente que uma interpretação dessa natureza poderia levar a situações de completa injustiça.
Em face do pouco conhecimento que aqueles que vivem no campo têm dos seus próprios direitos, não deveríamos nos surpreender com casos em que o segurado rural, embora já tendo preenchido os requisitos exigidos para o deferimento da aposentadoria por idade, mesmo assim não formalizasse o seu requerimento, simplesmente porque desconhece esse direito.
Parece, assim, pouco razoável que se exija do segurado rural que continue a trabalhar na lavoura até às vésperas do dia do requerimento do benefício a que faz jus, uma vez alcançada a idade necessária, e que comprove o tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do benefício.
(...)"

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO ao Agravo.
É como voto.
Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0011166-36.2010.4.03.6183
(2010.61.83.011166-4)

Agravante: SERAFIM TEIXEIRA DE SOUZA
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: SERAFIM TEIXEIRA DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1614710
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LIMITAÇÃO DO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/98 E 41/03. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO TETO. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

1. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do Art. 14 da EC nº 20/98 e do Art. 5º da EC nº 41/03 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.

2. Não há previsão legal de paridade entre o limite máximo para o valor dos benefícios e o reajuste dos benefícios previdenciários, razão pela qual devem ser aplicados os índices de reajuste previstos na legislação infraconstitucional.

3. Parte das razões do agravo dissociadas da fundamentação da decisão recorrida, discutindo matérias sequer foram apreciadas nos autos.

4. Agravo conhecido em parte e, na parte conhecida, 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, conhecer em parte o agravo, e na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2011.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo regimental, que ora recebo como legal, contra decisão que, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento à apelação da parte autora, interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido de revisão do benefício.

Sustenta o agravante, em síntese, que contribuiu pelo teto máximo da Previdência Social e obteve o valor de seu benefício previdenciário limitado ao teto da época, sem que o INSS, após as alterações desse limite, procedesse à devida equiparação dos valores majorados em favor daqueles segurados que sempre contribuíram pelo teto máximo, sob nítida ofensa a diversos postulados constitucionais, em especial o direito adquirido.

Aduz, ainda, a desnecessidade de devolução dos valores já recebidos a título de aposentadoria e a inaplicabilidade do Art. 285-A do CPC em casos que não tratam de matéria exclusiva de direito.

Alega, por fim, que o disposto no Art. 14 da EC 20/98 e no Art. 5º da EC 41/03 alcança também os benefícios concedidos anteriormente à elevação do teto, mas desde que na data de início tenham ficado limitados ao teto que vigorava à época.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Observo que o Art. 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91 estabeleceu o teto de pagamento dos benefícios pagos pela Previdência Social, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos anos de 1998 e 2003, o teto máximo de pagamento da Previdência foi reajustado, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 (Art. 14) e nº 41/03 (Art. 5º).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a adoção do novo valor teto aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito. É o que se vê no julgamento que segue:

> "EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 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 extraordinário."
(RE 564354, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, *DJe 14-02-2011*).

Entretanto, esse julgado não repercute no caso concreto. Isso porque as razões recursais assentam-se na premissa de que o valor do benefício do autor foi limitado pelo valor teto, o que não corresponde à realidade, visto que o salário-de-benefício é inferior ao valor do teto vigente na DIB.

Esse o entendimento desta Colenda Turma:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. PROPORCIONALIDADE NOS REAJUSTES DOS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO
I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.
II - O disposto nos artigos 20, § 1º, e 28, § 5º, ambos da Lei nº 8.212/91, não autorizam o critério de proporcionalidade entre o aumento do teto do salário-de-contribuição e do reajuste do benefício em manutenção.
III - Os efeitos do julgamento do recurso extraordinário 564354/SE, realizado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil, não se aplicam ao caso em comento, uma vez que o benefício titularizado pela parte autora não foi limitado ao teto do salário-de-contribuição.
IV - Agravo da parte autora na forma do artigo 557, § 1º, do CPC, improvido."
(AC 2010.03.99.037769-9, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, DJF3 27.01.2011).

Ademais, também não há que se falar em aplicação proporcional do índice previsto para majoração do teto, pois os dispositivos legais ora debatidos não tratam de reajustamento de benefícios previdenciários em manutenção pelo INSS e nem mesmo de reajustamento de salários-de-contribuição, mas apenas de majoração do teto de pagamento dos benefícios da Previdência.

Ocorre que não há previsão legal de paridade entre o limite máximo para o valor dos benefícios e o reajuste dos benefícios previdenciários, razão pela qual devem ser aplicados os índices de reajuste previstos na legislação infraconstitucional.

Esse o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. REAJUSTE. EQUIVALÊNCIA COM O TETO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.
1. Esta Corte consolidou entendimento de que 'inexiste previsão legal para a pretendida equivalência entre a variação do salário-de-contribuição e o valor dos benefícios previdenciários'. (AgRg no Ag nº 665.167/MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 18/12/2006)
2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ - AgRg no REsp 1095695/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 06.04.2009).

O que se observa dos autos é que a decisão proferida negou seguimento à apelação e manteve a sentença proferida em feito em que se busca a revisão do benefício; nada versando sobre renúncia à aposentadoria ou sobre a aplicação do Art. 285-A do CPC.

Portanto, verifico que o recurso de agravo traz parte das razões dissociadas da fundamentação da decisão recorrida, discutindo matérias sequer foram apreciadas nos autos.

Ante ao exposto, voto por conhecer em parte o agravo, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0015664-78.2010.4.03.6183
(2010.61.83.015664-7)

Agravante: MOISÉS VIEIRA DO NASCIMENTO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 84/86
Apelante: MOISÉS VIEIRA DO NASCIMENTO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1650204
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/98 E 41/2003.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a dilação probatória e não havendo que se falar em violação a princípios constitucionais.

III - No julgamento do RE 564.354/SE, na forma do art. 543-B do CPC, o E. Supremo Tribunal Federal não afastou a aplicação dos tetos previstos na Lei nº 8.213/91 (arts. 33 e 41-A, § 1º), porquanto tão somente foi firmado entendimento no sentido de que os tetos previstos nas Emendas nºs 20/98 e 41/2003 têm aplicação imediata sobre os benefícios em manutenção, por meio da readequação dos valores dos benefícios limitados aos tetos previstos na legislação ordinária aos novos valores fixados na norma constitucional.

IV - Para haver vantagem financeira com a majoração dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003, é de rigor que o benefício do segurado tenha sido limitado ao teto máximo de pagamento previsto na legislação previdenciária à época da publicação das Emendas citadas.

V - No caso em comento, o benefício do autor não foi limitado ao teto, de modo que não se aplicam os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário 564354/SE, realizado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

VI - Agravo da parte autora improvido (art. 557, § 1º, do CPC).

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 interposto pela parte autora na forma do § 1º do artigo 557 do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2011.
Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pela parte autora em face da decisão de fl. 84/86 que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar argüida e, no mérito, negou seguimento à sua apelação.

Argumenta o agravante que o artigo 285-A do CPC e, por conseqüência, o julgado recorrido, violam deliberadamente os princípios do direito de ação, do devido processo legal e do contraditório, todos protegidos pelo artigo 5º da Constituição da República. Alega, outrossim, que não houve observância ao princípio constitucional da preservação do valor real, uma vez que sobre os benefícios em manutenção devem ser aplicados os mesmos índices de reajuste incidentes sobre o limite dos salários-de-contribuição, de acordo com as Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal, recebo o agravo regimental interposto como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Razão não assiste ao agravante.

A discussão posta em análise gira em torno da possibilidade de consideração, no reajuste do benefício do autor, dos tetos máximos previstos na Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03.

Com efeito, assinalo que hodiernamente tal questão não merece maiores considerações, uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, realizado em 08.09.2010, na forma do art. 543-B do CPC, assentou entendimento no sentido da possibilidade de adoção dos aludidos tetos nos reajustes dos benefícios previdenciários:

> "EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 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.
> (...)
> 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional nº 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência

estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.
3. Negado provimento ao recurso extraordinário."

No entanto, de rigor salientar que no aludido *decisum* não foi afastada a aplicação dos tetos previstos na Lei nº 8.213/91 (arts. 33 e 41-A, § 1º), porquanto tão somente foi firmado entendimento no sentido de que os tetos previstos nas Emendas nºs 20/98 e 41/2003 têm aplicação imediata sobre os benefícios em manutenção, por meio da readequação dos valores dos benefícios limitados aos tetos previstos na legislação ordinária aos novos valores fixados na norma constitucional.

Nesse sentido, trago à colação o trecho do voto do eminente Ministro Cezar Peluso, no julgado ora citado:

"O problema não é de cálculo de reajuste da renda mensal o qual obedece ao regime a que está sujeito o aposentado, segundo os índices legais, quer sua aposentadoria seja proporcional, quer seja integral. A questão é saber se se lhe aplica, ou não, o redutor constitucional e, evidentemente, como ele o está pleiteando, é porque está sujeito ao redutor constitucional. Logo, se teria direito a algo além do redutor constitucional, tem direito à elevação desse valor, quando o redutor constitucional seja elevado e até esse limite."

Na mesma linha, foi assim fundamentado o voto da eminente Ministra Cármen Lúcia (relatora):

"Diversamente do que sustenta a Recorrente, a pretensão que o ora Recorrido sustenta na ação é de manter seus reajustes de acordo com índices oficiais, conforme determinado em lei, sendo possível que, por força desses reajustes seja ultrapassado o antigo 'teto', respeitando, por óbvio, o novo valor introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98.
(...).
Não foi concedido aumento ao Recorrido, mas reconhecido o direito de ter o valor de seu benefício calculado com base em limitador mais alto, fixado por norma constitucional emendada."

Por fim, a título de esclarecimento, segue trecho do voto recorrido que deu origem ao recurso extraordinário ora mencionado, proferido no recurso nº 2006.85.00.504903-4, pelo Juiz Federal Ronivon de Aragão, da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe:

"Este dispositivo, entretanto, não determinou um reajuste automático nos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência, mas tão somente modificou o chamado 'teto' dos valores dos benefícios do RGPS. Com isso, não se pode dizer que os benefícios em manutenção devam ser reajustados automaticamente com o mesmo coeficiente de proporcionalidade. O reajuste do benefício percebido deve ser feito segundo os índices estabelecidos legalmente, conforme afirmado pelo INSS em sua peça de defesa. Compulsando os autos, contudo, verifica-se que não é essa a

pretensão do autor na presente ação. Não pretende este ver reajustado seu benefício e tampouco ver mantido o coeficiente de proporcionalidade entre o benefício percebido e o limite máximo para ele estipulado. Em verdade, aspira o autor à continuidade dos reajustes de seu benefício de acordo com os índices oficiais, legalmente fixados, mas limitado o valor do benefício, a partir de EC nº 20/98, ao 'teto' por ela fixado e não mais ao 'teto' vigente antes da referida Emenda, como manteve o órgão previdenciário. Razão lhe assiste."

Assim, para haver vantagem financeira com a majoração dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003, é de rigor que o benefício do segurado tenha sido limitado ao teto máximo de pagamento previsto na legislação previdenciária à época da publicação das Emendas citadas.

No caso em comento, o benefício do autor não foi limitado ao teto, conforme se depreende do documento de fl. 31/32, de modo que não se aplicam os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário 564354/SE, realizado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pela parte autora na forma do § 1º do artigo 557 do CPC*.

É o voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0029699-07.2011.4.03.9999 (2011.03.99.029699-0)

Agravante: MARIA DA SILVA NUNES
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 82/83
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ADAMANTINA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES DE SOUZA
Classe do Processo: AC 1659199
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2011

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA URBANA. PERÍODO DE AFASTAMENTO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. CARÊNCIA.
1 - A trabalhadora urbana é segurada obrigatória da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 7º, II, da CF/88 e do art. 11, I, "a", da Lei nº 8.213/91.
2 - O período em que a autora esteve em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença, devidamente intercalado com períodos de atividade, deve ser contado tanto para fins de tempo de contribuição como para carência.
3 - Preenchido o requisito da idade e comprovado o cumprimento do período de carência estabelecido na tabela progressiva, é de se conceder o benefício de aposentadoria por idade.
4 - Agravo legal da autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de setembro de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo(a) autor(a) contra decisão monocrática (fls. 82/83) que deu provimento à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora urbana.

Sustenta que a legislação permite o cômputo como tempo de serviço do período em gozo de auxílio-doença, portanto, deve integrar também a contagem da carência. Requer a retratação na forma do art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo(a) autor(a) contra decisão monocrática (fls. 82/83) que deu provimento à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora urbana.

Registro, de início, 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" (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Relatora Desembargadora Federal 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:

> "A autora ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a concessão da aposentadoria por idade de trabalhadora urbana.
> Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 30).
> O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder a aposentadoria por idade, desde o requerimento administrativo - 05.10.2010, com correção monetária, juros de mora legais e honorários advocatícios fixados em R$ 200,00.
> Sentença proferida em 03.03.2011, não submetida ao reexame necessário.
> O INSS apela, sustentando não ser possível a inclusão, para efeito de carência, do período em que a autora esteve em gozo de auxílio-doença e pede, em consequência, a reforma da sentença.
> Com contrarrazões, os autos subiram a este Tribunal.
> Passo ao julgamento da causa aplicando o disposto no art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência do STJ e dos demais Tribunais.
> Os requisitos para concessão da aposentadoria por idade se encontram fixados nos arts. 48 e 49 da Lei nº 8.213/91.
> O *caput* do referido art. 48 dispõe:
> 'A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e homem, 60 (sessenta) se mulher'.
> A autora se filiou ao Regime Geral de Previdência Social em 1995, data posterior à vigência da Lei nº 8.213/91, incidindo, no caso, a norma de caráter permanente, prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.213/1991, que exige o cumprimento de carência de 180 meses.
> Comprovou ter vertido contribuições previdenciárias nos períodos de outubro/1995 a novembro/2006 e de novembro/2007 a setembro/2010.
> A autora esteve em gozo de auxílio-doença de 23.11.2006 a 20.11.2007, período em que não houve qualquer recolhimento à Previdência.
> Nos termos do art. 24 da Lei nº 8.213/91, 'período de carência é o número mínimo de *contribuições mensais* indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao

benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências'.

Assim, embora a autora conte com 15 anos de *tempo de serviço*, tem somente 14 anos e 1 mês de contribuições mensais, portanto, *não tem a carência necessária* ao deferimento do benefício.

Isto posto, DOU PROVIMENTO à apelação do INSS para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora urbana, cassando expressamente a tutela concedida. Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, seguindo orientação adotada pelo STF.

Oficie-se com urgência ao INSS para o imediato cumprimento desta decisão.

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 demais Tribunais.

Com vistas a essa orientação, não há qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA: A ilustre Relatora, Desembargadora Federal Marisa Santos, proferiu voto no sentido de desprover o agravo legal interposto pela autora, mantendo, em sua integralidade, a decisão monocrática proferida às fls. 82/83, que deu provimento ao apelo do INSS para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora urbana, cassando expressamente a tutela concedida anteriormente.

No caso dos autos, a controvérsia cinge-se à possibilidade de computar-se o lapso em que a parte autora esteve em gozo de auxílio-doença para fins de carência.

Cumpre inicialmente observar que o art. 55, II, da Lei de Benefícios considera como *tempo de serviço* o "*tempo intercalado em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez*". Embora o mesmo dispositivo legal não estabeleça claramente acerca da possibilidade de se computar o mesmo "tempo de serviço" para efeito de carência, também não a exclui. A única condição legal está em que os períodos de afastamento em decorrência de incapacidade laborativa sejam intercalados com os de atividade.

A ausência de qualquer ressalva acerca da utilização do mesmo período para efeito de carência não deve ser interpretada em detrimento do segurado, pois não se constitui em mero descuido por parte do legislador. Ao contrário, vê-se que este, atencioso para com o aporte contributivo do sistema previdenciário, cuidou de consignar expressamente tal vedação, nas hipóteses em que a entendeu necessária, a exemplo do que dispôs, ao tratar da questão relativa ao trabalhador rural, no art. 55, § 2º, da Lei de Benefícios, *in verbis*.

"Art. 55. O tempo de serviço será comprovada na forma estabelecida no regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o Art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:
(...).
§ 2º *O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento*" *(g. n)*.

Da mesma forma, deixou o legislador pátrio de estabelecer como "sujeito às contribuições" o período de gozo de benefícios decorrentes de doença ou invalidez, na oportunidade em que editou o art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

"Art. 12.
(...).
§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, *ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social*" (destaquei).

Na mesma Lei de Custeio acima referida, o legislador destinou um capítulo inteiro (Cap. X) à arrecadação e recolhimento de contribuições e nele silenciou-se a respeito do beneficiário de que aqui tratamos. Fez literal alusão à responsabilidade da empresa sobre as contribuições dos segurados empregados, dos trabalhadores avulsos a seu serviço, determinou que "*os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria*", dentre outras atribuições. Porém, não consignou nenhuma exigência de recolhimento de contribuição dirigida aos beneficiários de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Logo, estes não estão, perante a lei, obrigados a efetuar recolhimento de contribuições previdenciárias.

De outra parte, o próprio Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, no seu art. 60, III, estabelece, expressamente, que os interregnos intercalados, nos quais o segurado esteve em gozo dos benefícios previdenciários de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, devem ser computados como *tempo de contribuição*, até que a matéria venha a ser disciplinada por lei específica.

De imediato, não me ocorre outra interpretação ao termo *tempo de contribuição* senão o equivalente àquele em que se tem por recolhidas as contribuições previdenciárias.

Note-se que o § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91 dispõe que:

"§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, *considerando-se como salário-de-contribuição*, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo" (destaquei).

Novamente não há restrição à contagem da duração do benefício para efeito de carência. A lei diz que será contada e considerada como salário-de-contribuição, nada acrescentando com relação à exceção aos efeitos da carência.

Por outro lado, descabe a exigência de que a parte venha a indenizar a Autarquia com o pagamento das contribuições referente ao período em que recebeu benefício por incapacidade, pois também quanto a isso não há determinação legal.

Note-se, a título de exemplo, que a indenização é tratada no inciso IV do art. 96 da Lei nº 8.213/91, na hipótese de contagem recíproca e de compensação financeira entre sistemas previdenciários diversos, conforme destaque *in verbis*:

> "Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
> (..)..
> IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social *só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo*, com os acréscimos legais".

Vale lembrar que o mesmo dispositivo legal que acabo de invocar, em seu inciso V, faz distinção em relação aos termos "*pagamento das contribuições*" e "*período de carência*". Confira-se:

> "V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado *sem que seja necessário o pagamento das contribuições* a ele correspondentes, *desde que cumprido o período de carência*".

No entanto, a nossa Jurisprudência não tem aplicado tal regra no sentido literal, pois nem sempre condiciona um ao outro, como nas hipóteses do empregado rural, regularmente contratado, com registro em CTPS, por presumir-se que as contribuições sociais foram recolhidas pelo empregador a quem o requerente prestava serviços, uma vez que, nos termos da legislação anterior à Lei de Benefícios, essa atribuição já tinha caráter impositivo.

Naturalmente não pretendo invocar dispositivo voltado ao trabalhador rural, cujas condições são especialmente desfavoráveis em relação às diversas categorias de segurados, senão para anotar que o que faz permitida essa distinção, sem ofensa ao princípio da isonomia, são outros princípios constitucionais igualmente respeitáveis, contemplados em nossa Carta Magna; ou seja, o da proporcionalidade e da razoabilidade, conjugados com as circunstâncias fáticas e pessoas a que se destinam.

Com efeito, também se encontram em situação menos favorável os segurados que se vêem na contingência de se afastar do trabalho em razão de alguma moléstia que os incapacite, ou seja, enquanto acometidos do risco social da doença ou da enfermidade temporária. Durante esse período, malgrado os inevitáveis gastos com medicamentos, o "beneficiário" de auxílio-doença passa a perceber uma remuneração inferior àquela que aufere enquanto em atividade, pois tal benefício consiste numa renda mensal de 91% e não de 100% do salário-de-benefício.

Esse percentual não fora estabelecido ao acaso pelo legislador. Note-se que, de qualquer forma, é suportada pelo segurado a dedução da quota que lhe incumbe, pois é

descontado, no cálculo da sua renda mensal, 9% do respectivo salário-de-benefício, o que acaba por compensar a Autarquia Previdenciária da aparente ausência de recolhimento de contribuições.

Confira-se, a propósito, a lição de Miguel Horvath Júnior, em sua obra *Direito Previdenciário*, 5ª Ed., Quartier Latin, p. 225:

> "Por que 91% e não 100% do salário-de-benefício? Em virtude de uma presunção de desconto da contribuição previdenciária a cargo do empregado que varia de 8% a 11%. Para 'compensar' o fato de que durante o recebimento do auxílio-doença, o segurado não efetiva contribuições para o sistema."

Isso, também, justifica a diferença de percentual estabelecido pela legislação previdenciária para a renda mensal pertinente ao auxílio-doença e aquela correspondente ao da aposentadoria por invalidez, aí sim, de 100% do salário-de-benefício, conforme previsto no art. 44 da Lei nº 8.213/91, com o regramento estabelecido pela Lei nº 9.876/99. Neste caso, é intuitivo que o período de sua percepção não será aproveitado no tempo de serviço para outra aposentadoria, pois, como regra geral, não há o retorno à atividade e, portanto, não é entremeado com outros lapsos de efetivo labor, salvo raríssimas exceções de recuperação da capacidade laborativa antes tida por total e definitiva.

Acerca do tema, destaco o pronunciamento do eminente Relator para acórdão Desembargador Federal Roger Raupp Rios, quando do julgamento do Incidente de Uniformização nº 2004.72.95.004035-6/SC, em 15 de abril de 2005, publicado no DOJ 25.04.2005:

> "Ora, inexistindo vedação legal a que o período de gozo de auxílio-doença seja utilizado para fins de carência na contagem para a aposentadoria por idade, deve este ser admitido. Ademais, injustificável o tratamento diferenciado, a depender apenas do benefício requerido (aposentadoria por tempo de contribuição ou aposentadoria por idade), entre segurados na mesma condição: incapacitados para o exercício de atividade remunerada e, por isso, impossibilitados de contribuir para a previdência. Como considerou o juízo *a quo*, 'seria penalizar injustamente o segurado que não pôde desempenhar atividade laboral durante certo período por razão alheia à sua vontade (incapacidade), exigir-se que, após recuperada a capacidade laboral, o que em alguns casos pode levar anos para ocorrer, tenha de contribuir para a previdência social em tempo semelhante a todo aquele em que se verificou a incapacidade, em adição ao que eventualmente faltar para preenchimento da carência ou tempo de serviço, conforme a espécie de benefício pretendida'".

De fato, a exigência de recolhimentos por parte de quem nem sequer se encontra em condições de exercer atividade remunerada implicaria ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade já referidos.

Desta feita, de rigor o cômputo do período em que a requerente esteve em gozo de auxílio-doença (de 23 de novembro de 2006 a 20 de novembro de 2007) para fins de verificação do preenchimento do requisito carência.

Pois bem, o lapso temporal acima referenciado, somado às demais contribuições vertidas à Previdência Social (fls. 20/24 e 67), perfaz o somatório de 15 anos.

Sendo assim, entendo sobejamente comprovado o período de carência exigido em

lei para a concessão do benefício, o qual, no caso, é da ordem de 180 meses, de maneira que faz jus a demandante à aposentadoria postulada, a partir do requerimento administrativo (05 de outubro de 2010 - fl. 17).

Prejudicado o prequestionamento suscitado pela parte autora.

Ante o exposto, divirjo da ilustre Relatora, com a devida *venia,* e pelo meu voto, *dou provimento ao agravo legal* interposto pela autora para reformar a decisão impugnada e, em novo julgamento, nego provimento à apelação do INSS. *Restabeleço a tutela concedida anteriormente.*

Oficie-se ao INSS.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator designado para o Acórdão

- Sobre a possibilidade de computar-se o período de gozo de auxílio-doença para o preenchimento do requisito de carência, veja também o seguinte julgado: AC 1999.51.01.003334-2/RJ, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, publicada na RTRF3R 63/204.

DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0022072-58.2001.4.03.6100
(2001.61.00.022072-8)

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
Apelados: VERA RIBEIRO AMARAL GURGEL E OUTROS
Partes Rés: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1355238
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2011

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. REDUÇÃO DAS METAS DE CONSUMO. ART. 24 DA MP Nº 2.152-2/2001. EFICÁCIA SUSPENSA PELO STF. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL E DA ANEEL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1 - O art. 24 da MP nº 2.152/2001 determinava que, nas ações judiciais em que se pretendesse impedir a interrupção do fornecimento de energia elétrica, em razão da adoção das medidas instituídas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE, a União Federal e a ANEEL deveriam compor o polo passivo, como litisconsortes.

2 - Ocorre que, em decisão proferida na ADIN-MC nº 2.473/DF, em 13/09/2001, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte a medida cautelar para determinar a suspensão da vigência, até o julgamento final da ação, do art. 24 da Medida Provisória nº 2152-2/2001, sob o fundamento de que a competência da Justiça Federal está definida na Constituição, não cabendo a lei ordinária e, menos ainda, a medida provisória sobre ela dispor.

3 - Deste modo, não se justifica o litisconsórcio passivo necessário entre a União Federal e a ANEEL, cabendo à concessionária do serviço público responder à ação, visto tratar-se de relação jurídica contratual entre esta e o consumidor, usuário do serviço. Consequentemente, a competência para julgamento da ação é da Justiça Estadual, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Precedentes.

4 - Preliminar acolhida. Remessa dos autos à Justiça Estadual.

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, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva da ANEEL e reconhecer, de ofício, a ilegitimidade passiva da União Federal, determinando, em consequência, a remessa dos autos à Justiça Estadual de São Paulo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de setembro de 2011.
Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Trata-se de ação

ordinária ajuizada por VERA RIBEIRO AMARAL GURGEL e outros em face da ELETROPAULO METROPOLITANA - Eletricidade de São Paulo S/A, objetivando impedir o corte de fornecimento de energia elétrica na residência dos autores, bem como o pagamento de sobretarifa, em razão do descumprimento das metas de redução de consumo estabelecidas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE, nos termos da Medida Provisória nº 2.152-2/2001. Requerem, ainda, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da angústia causada pela ameaça de corte no fornecimento de energia.

A fls. 22/23, foi determinado o ingresso da União Federal e da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica no polo passivo da ação, com fundamento no art. 24 da Medida Provisória nº 2.198-3/2001 e, em consequência, a redistribuição dos autos à Justiça Federal.

As rés apresentaram contestação.

A sentença da 25ª Vara Federal de São Paulo rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para determinar a revisão da meta de redução de consumo de energia elétrica na residência dos autores, considerando o aumento de moradores no imóvel. Não houve condenação em honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca.

A ANEEL interpôs recurso de apelação, sustentando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e da União Federal, por força da suspensão da eficácia do art. 24 da MP nº 2.152/2001 pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo mais necessidade de litisconsórcio passivo nas ações envolvendo o setor de energia elétrica. Argumenta, ainda, que ocorreu a perda de objeto da ação, pois o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica encerrou-se em março de 2002. No mérito, sustenta a legalidade das medidas adotadas.

Os autores apresentaram contrarrazões.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): A questão posta nos presentes autos diz respeito à imposição de medidas de redução de consumo de energia elétrica, inclusive o corte no seu fornecimento, durante o período em que vigorou o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, instituído pela Medida Provisória nº 2.152/2001.

O art. 24 da referida MP determinava que, nas ações judiciais em que se pretendesse impedir a interrupção do fornecimento de energia elétrica, em razão da adoção das medidas instituídas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE, a União Federal e a ANEEL deveriam compor o polo passivo, como litisconsortes.

Ocorre que, em decisão proferida na ADIN-MC nº 2.473/DF, em 13/09/2001, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte a medida cautelar para determinar a suspensão da vigência, até o julgamento final da ação, do art. 24 da Medida Provisória nº 2152-2/2001, sob o fundamento de que a competência da Justiça Federal está definida na Constituição, não cabendo a lei ordinária e, menos ainda, a medida provisória sobre ela dispor.

Deste modo, não mais se justifica o litisconsórcio passivo necessário entre a União Federal e a ANEEL, cabendo à concessionária do serviço público responder à ação, visto tratar-se de relação jurídica contratual entre esta e o consumidor, usuário do serviço. Consequentemente, a competência para julgamento da ação é da Justiça Estadual, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes:

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENERGIA ELÉTRICA. FORNECIMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE.
> 1. A Primeira Seção, no julgamento do CC nº 35.972/SP, Relator para acórdão o Ministro Teori Zavascki, decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é *ratione personae*, levando-se em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionados no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.
> 2. Se a questão de direito material diz respeito ao fornecimento de energia elétrica e a controvérsia instaura-se em mandado de segurança, a competência para o processamento da lide é da Justiça Federal, a menos que o ato impugnado não seja de delegação, mas encerre em seu conteúdo típica gestão administrativa.
> 3. Por outro lado, se o litígio se desenvolve em procedimento cautelar ou em processo de conhecimento, sob o rito comum ou algum outro de natureza especial que não o do mandado de segurança, a competência para julgá-lo será da Justiça Federal somente se a União, alguma de suas autarquias ou empresa pública federal participar do feito como interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República.
> 4. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Caxias do Sul/RS, o suscitado."
> (STJ, CC 46668/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14/02/2005, DJ 18/04/2005, p. 207)

> "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.152-2/2001 - ENERGIA ELÉTRICA - ILEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL E DA ANEEL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. Suspensa a eficácia do artigo 24 da MP 2.152/2001 (ADIN MC 2.473/DF), revela-se a ilegitimidade da União Federal e da ANELL. Precedentes do C. STJ.
> 2. Em se tratando de relação jurídico-processual instaurada entre usuário e empresa concessionária de serviço público federal, inexiste interesse a justificar a permanência do feito perante a Justiça Federal. Inteligência do art. 109 da CF."
> (TRF 3ª Região, AC 2001.61.11.002534-3/SP, Rel. Des. Federal Mairan Maia, Sexta Turma, v. u., data do julgamento: 02/10/2010)

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ANEEL e reconheço, de ofício, a ilegitimidade passiva da União Federal, determinando, em consequência, a remessa dos autos à Justiça Estadual de São Paulo.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS) 0023695-60.2001.4.03.6100 (2001.61.00.023695-5)

Apelante: MAURO BORGHI MOREIRA DA SILVA
Apelado: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO -SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AMS 299594
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2011

EMENTA

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - REGISTRO COMO ESPECIALISTA - ÓRGÃO COLEGIADO - DECISÃO RECORRIDA QUE ENTENDEU PELA ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE AUTORIDADE FEDERAL PARA FINS DE MANDADO DE SEGURANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

O "mandamus" foi tirado de ato emanado de comissão formada por sociedades civis, sem fins lucrativos, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado.

Não figurando a União, autarquia ou empresa pública federal na condição de demandante, demandado, assistente ou oponente, incabível o tramitar do "writ" perante a Justiça Federal, à luz do inciso I, do artigo 109 da CF.

Evidenciada a incompetência da Justiça Federal à aquilatação da espécie, de se declararem nulos todos os atos decisórios havidos no presente autos, dando por prejudicado o apelo interposto com a remessa dos autos ao Juízo estadual competente.

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, reconhecer a incompetência da Justiça Federal, declarando nulos todos os atos decisórios, dando por prejudicado o apelo interposto e determinando a remessa dos autos ao Juízo estadual competente, nos termos do voto do Desembargador Federal Márcio Moraes, vencido o Relator Juiz Federal Convocado Ricardo China, que negava provimento ao apelo interposto.

São Paulo, 15 de setembro de 2011.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Trata-se de mandado de segurança, onde o impetrante busca provimento jurisdicional que lhe garanta o registro de aptidão para o exercício da especialidade médica da endocrinologia pediátrica.

A segurança foi denegada, tendo sido o processo extinto sem resolução de mérito.

Inconformado, o impetrante interpôs apelação pleiteando a reforma total da r. Sentença.

O apelado respondeu ao recurso.

Subiram os autos a este E. TRF-3ª Região, ocasião em que o representante do

Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso interposto, com a manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança manejado em face de ato perpetrado por um dos membros da Comissão Paritária da Sociedade Brasileira de Pediatria/Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia; consubstanciado na negativa de registro do impetrante como apto a exercer a especialidade da endocrinologia pediátrica.

Controverteu-se nestes autos, de início, a respeito da aplicabilidade do mandado de segurança à hipótese concreta. Debate-se aqui a respeito da outorga de registro profissional médico, para o qual é absolutamente induvidosa a competência do Conselho Federal de Medicina. Porém, por força de convênio, a organização e realização do certame destinado a avaliar o conhecimento e o currículo do pretendente à condição de especialista é atribuição da Associação Médica Brasileira (Resolução CFM 1.286/1989). Nesse mister, os agentes desta última executam, por delegação, atividade tipicamente pública, motivo pelo qual equiparam-se a autoridade pública, para fins de mandado de segurança.

Fixado este ponto, cumpre dizer agora que o apelo não merece provimento. Uma rápida leitura do edital em questão deixa claro que todo o Concurso por Proficiência ao Certificado de Especialista em Pediatria com Área de Atuação em Endocrinologia Pediátrica, foi organizado e realizado por um colegiado, que reuniu integrantes da Sociedade Brasileira de Pediatria e da Sociedade Brasileira de Endocrinologia (fls. 15/20).

Na mesma senda, o próprio ato supostamente coator veio firmado em nome da "Comissão Paritária SBP/SBEM"; e não por qualquer de seu integrantes (fls. 14).

Resta evidenciado, portanto, não se tratar de ato unipessoal de quaisquer dos integrantes da mencionada comissão, mas de situação onde o próprio colegiado deve integrar o pólo passivo da demanda. Destaque-se ainda que a pessoa indicada na exordial como autoridade coatora sequer é o presidente da comissão em epígrafe.

A respeito de situações como essa, nossa melhor doutrina leciona que:

> "Quando o ato emana de órgão colegiado, coator é o próprio colegiado '..'. O endereçamento do pedido de informações, ou até a sua prestação, através do presidente do órgão não tem o condão de transformá-lo em autoridade coatora singular. Até porque, na formação da vontade do grupo, poderá ele ter sido vencido, o que não o despe do dever de sustentar o ato, se trazido à apreciação judicial. Em suma, o presidente apenas representa o colegiado, mas não personifica sua decisão." (Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Aspectos Polêmicos*, 2ª. ed. pág. 50)

Nem se diga que a posterior integração à lide do Sr. Presidente do Conselho Federal de Medicina regularizaria o pólo passivo da demanda. Pelas razões já explanadas, resta evidente sua completa e total desvinculação em face do ato impetrado, que resultou, inclusive, de delegação de funções para outras entidades.

Pelas razões expostas, nego provimento à apelação.
É como voto.
Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES: Cuida-se de apelo agilizado por Mauro Borghi Moreira da Silva em face de sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Federal de São Paulo/SP que, nos autos do mandado de segurança por ele impetrado contra membro da Comissão Paritária da Sociedade Brasileira de Pediatria e Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia, extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, por ilegitimidade passiva do impetrado.

Argumenta, o impetrante, que o ato coator - indeferimento de título de especialista em endocrinologia pediátrica - é ilegal, posto que baseado em critérios subjetivos.

Submetido o feito a julgamento na sessão de 18 de agosto do fluente, o e. Relator, Juiz Federal Convocado Ricardo China, negou provimento ao recurso interposto, ao argumento de que o ato tido por coator restou emanado de órgão colegiado, não se tratando de ato unipessoal de quaisquer dos seus membros, sendo certo, ainda, que a pessoa indicada como autoridade coatora sequer figura como seu presidente. Aduziu, outrossim, que a posterior integração da lide pelo Presidente do Conselho Federal de Medicina não regulariza o pólo passivo da demanda, ante a comprovação da total desvinculação do ato impetrado com a indigitada autarquia federal.

Pedimos vista dos autos para melhor nos assenhorear da matéria em discussão, e, agora, trazemos nosso voto.

De pronto, observo, com a devida vênia do e. Relator, que o Conselho Federal de Medicina não integra o pólo passivo da presente ação mandamental.

Com efeito, a inicial é suficientemente clara ao apontar com autoridade coatora determinado membro da Comissão Paritária da Sociedade Brasileira de Pediatria/Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia.

Aliás, não se descure ser múnus do impetrante a indicação, com precisão, da autoridade pública que, pretensamente, vulnerou direito líquido e certo de que se diz titular. Agregue-se, ademais, que ao magistrado é defeso, em princípio, a retificação, *ex officio,* do pólo passivo da ação por equívoco na indicação da autoridade inquinada como coatora.

Certo que, em atendimento à manifestação ministerial de fls. 102v., o Juízo *a quo* determinou a intimação do Conselho Federal de Medicina, tão-somente, para prestar informações acerca da matéria vertida nos autos, fato esse que, *de per si*, não tem o condão de substituir de ofício a autoridade apontada como coatora, à míngua de pronunciamento da parte impetrante nesse sentido.

Feita essa observação, pensamos que o apelo deve ser julgado prejudicado.

Conforme destacamos, o presente *writ* é voltado contra ato de membro da Comissão Paritária da Sociedade Brasileira de Pediatria/Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia.

Nesse contexto, poder-se-ia cogitar, como fez o e. Relator, de ilegitimidade de determinada pessoa para figurar no pólo passivo de ação mandamental que visa afastar ato inquinado como ilegal, emanado de órgão colegiado.

Entretanto, antes de adentrar na questão acerca da ilegitimidade passiva da autoridade tida como coatora, tenho por curial a análise da competência da Justiça Federal à apreciação do feito. Isso porque a competência para conhecer e julgar o feito consubstancia-se em pressuposto à decretação de eventual ilegitimidade de parte.

Pois bem. Dispõe o artigo 109 da Constituição Federal que:

> "Art. 109. 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*;
> (...)
> *VIII - os mandados de segurança e os 'habeas-data' contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais*;
> (...)." (destaquei)

Por sua vez, prevê a Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 2º, que:

> "Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada."

Da análise dos dispositivos "supra", forçoso concluir descaber à Justiça Federal a aquilatação desta demanda.

Deveras, conforme acima informado, o presente "mandamus" foi tirado de ato emanado de comissão formada pela Sociedade Brasileira de Pediatria e pela Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia, sociedades civis, sem fins lucrativos, portanto, pessoas jurídicas de direito privado.

Nessa senda, não figurando a União, autarquia ou empresa pública federal na condição de demandante, demandado, assistente ou oponente, incabível o tramitar do presente "writ" perante a Justiça Federal, à luz do inciso I, do artigo 109 da CF.

De outra banda, da análise conjunta do inciso VIII do artigo 109 da CF e do artigo 2º da Lei nº 12.016/2009, já transcritos, infere-se que a impetrada não se insere no conceito de autoridade federal.

De efeito, a eventual modificação do ato acoimado de ilegal - não aprovação em concurso por proficiência para certificação de especialista em endocrinologia pediátrica - não acarretaria consequência de ordem patrimonial alguma à União ou a entidade por ela controlada.

Poder-se-ia suscitar que as atividades desempenhadas pelas aludidas sociedades seriam funções delegadas pelo Poder Público, na espécie, pelo Conselho Federal de Medicina, pessoa jurídica de direito público.

No entanto, verificando-se o conjunto normativo a respeito da matéria, alguns dos quais coligidos nestes autos (Normativa de Regulamentação para Obtenção do Título de Especialista da Associação Médica Brasileira - fls. 17/20; Estatuto Social da Sociedade Brasileira de Pediatria - fls. 75/95; Resolução CFM nº 1.541/98, que aprova o Estatuto para os Conselhos de Medicina - fls. 126/140; e Resolução CFM nº 1.533/98, que aprova

o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina - fls. 144/166), constata-se que não se encontra, dentre as atribuições da nominada autarquia federal, a concessão de título de especialista à classe médica, função essa pertencente à Associação Médica Brasileira, pessoa jurídica de Direito Privado, conforme previsto no seu Estatuto Social (art. 2º, IV).

Aliás, restou demonstrado que a autarquia federal, além de não conceder títulos, não participa da avaliação dos candidatos, restringindo sua função ao registro dos títulos de especialistas, conforme, aliás, previsto no artigo 10, XIII, do seu Regimento Interno (aprovado pela Resolução CFM nº 1.753/2004), *in verbis*:

> "Art. 10. Ao Conselho Federal de Medicina compete:
> (...).
> XIII - manter o registro geral dos médicos de todo o território nacional legalmente habilitados ao exercício da profissão;
> (...)."

Dessarte, inexistindo competência do Conselho Federal de Medicina à outorga da titulação almejada pelo impetrante, incogitável falar-se em delegação pública para tal mister, pelo que inaplicável à espécie o verbete nº 60 da Súmula do extinto TFR, pelo qual "Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade de mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas privadas, *ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal*" (destacamos).

Desconfigurado o exercício de função delegada pela referida autarquia federal, como demonstrado, não se perfaz a competência da Justiça Federal à apreciação do feito. "Mutatis mutandis", confiram-se os seguintes julgados:

> "JURISDIÇÃO. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SOCIEDADE ESPORTIVA PRIVADA E ALGUNS DE SEUS ATLETAS, CONTRA ATO DE PRESIDENTE DE JUNTA DISCIPLINAR DE LIGA ESPORTIVA REGIONAL, *ENTIDADE TAMBÉM PRIVADA, NÃO EXERCENTE DE FUNÇÃO DELEGADA PELO PODER PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL*, E NÃO DA FEDERAL, PORQUE INOCORRENTE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 125, I, DA C. F. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO CONHECIDO, COM DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUSCITADO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO)." (destaquei). (STF, CJ 6641, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, TRIBUNAL PLENO, j. 12/05/1988, DJ 10-06-1988)

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO ESTADUAL DE ENSINO SUPERIOR. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.
> 1. A competência para apreciar mandado de segurança é determinada pela hierarquia funcional da autoridade coatora. Desta forma, a autoridade de instituição particular de ensino no exercício de função federal delegada sujeita-se ao crivo da Justiça Federal desde que o ato não seja de simples gestão, mas de delegação,

competindo à Justiça Federal decidir sobre admissibilidade da impetração.
2. Entretanto, tratando-se de instituição municipal de ensino, os seus dirigentes não exercem função federal delegada, porquanto os Estados e Municípios têm autonomia para gerir seus sistemas de ensino (CF/88, art. 211 e Lei nº 9.394/96, art. 17, I), o que revela a competência da Justiça Estadual para a apreciação da lide.
3. Precedentes da Primeira Seção: CC 39.972/PB, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 02/08/2004; CC 40.679/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15/03/2004; CC 40.330/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02/02/2004.
4. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o suscitado."
(STJ, CC 45658/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 23/02/2005, DJ 28/03/2005)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PROPOSTA POR ALUNO CONTRA UNIVERSIDADE PARTICULAR. MATÉRIA NÃO COGITADA COM ATIVIDADES DELEGADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMUNICAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO.
E COMPETENTE A JUSTIÇA ESTADUAL PARA DIRIMIR QUERELAS NO SEIO DE UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR QUANDO NÃO SE COGITA DE MATÉRIA RELACIONADA A ATIVIDADES DELEGADAS DO ENSINO SUPERIOR, DESDE QUE INOCORRA QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
NÃO SE CONCEDE MANDADO DE SEGURANÇA PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO QUE NÃO O TENHA-SE NA DECISÃO HOSTILIZADA NÃO SE VISLUMBRA NEM ILEGALIDADE NEM ABUSO DE PODER. RECURSO IMPROVIDO." (destaquei)
(STJ, RMS 3.350/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, j. 14/12/1994, DJ 06/03/1995)

De todo o exposto, evidenciada a incompetência da Justiça Federal à aquilatação da espécie, meu voto é no sentido de se declararem nulos todos os atos decisórios havidos no presente autos, dando por prejudicado o apelo interposto e, a teor do artigo 113, § 2º, do CPC, determinar a remessa dos autos ao Juízo estadual competente.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0000181-74.2003.4.03.0000 (2003.03.00.000181-7)

Agravantes: MARIA APARECIDA CASTRO GOMES E OUTROS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 113/115
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AI 170596
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA E EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. APÓS SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO NÃO HÁ QUE SE FALAR EM EXECUÇÃO COMPLEMENTAR.

1. A revisão da renda mensal de benefício previdenciário submete-se ao tratamento jurídico dado às execuções de obrigação de fazer, sendo que nossa jurisprudência já se consolidou no sentido de que a revisão ao benefício é tida como obrigação de fazer, sendo que a execução da obrigação de fazer não se confunde com a execução por quantia certa.

2. Nesse contexto, a execução por quantia certa ocorrerá em face de todas as verbas pecuniárias vencidas até o momento em que o MM. Magistrado a declare extinta.

3. Frise-se, por oportuno, que em face da r. sentença de extinção da execução não houve interposição de apelação por parte dos credores, sendo que foram intimados da referida sentença em 23/06/97, o feito transitou em julgado em 23/07/97 e estes somente compareceram aos autos em 08/08/97 requerendo a execução complementar, o que não se pode admitir.

4. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de agosto de 2011.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela parte autora, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, deu parcial provimento ao recurso por ela interposto, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, tão somente para determinar a revisão da renda mensal dos benefícios, devendo eventuais parcelas vencidas ser cobradas em ação própria.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a r. decisão agravada viola os artigos 290, 301, 301 § 1º, 473 e 730 do CPC, ao determinar o ajuizamento de nova ação executiva, uma vez que se trata de mera execução de saldo remanescente.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela parte autora, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, deu parcial provimento ao recurso por ela interposto, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, tão somente para determinar a revisão da renda mensal dos benefícios, devendo eventuais parcelas vencidas ser cobradas em ação própria.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a r. decisão agravada viola os artigos 290, 301, 301 § 1º, 473 e 730 do CPC, ao determinar o ajuizamento de nova ação executiva, uma vez que se trata de mera execução de saldo remanescente.

Passo a decidir.

A r. decisão agravada amparou-se no seguinte entendimento:

> "Inicialmente, assevero que, a execução por quantia certa não se confunde com a execução da obrigação de fazer.
> A revisão da renda mensal de benefício previdenciário submete-se ao tratamento jurídico dado às execuções de obrigação de fazer, sendo que nossa jurisprudência já se consolidou no sentido de que a revisão ao benefício é tida como obrigação de fazer:
> 'PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO. MULTA. POSSIBILIDADE.
> Encontra-se pacificado nesta Corte que é possível a fixação de multa diária quando o INSS, descumprindo decisão judicial, não procede à correta implantação do benefício previdenciário, a qual caracteriza-se como obrigação de fazer.
> Agravo Regimental a que se nega provimento.'
> (STJ, AGRESP 508296/RS, Rel. Min. PAULO MEDINA, 6ª Turma, v. u, DJ 10/11/2003, pág. 221)
> Não se confunda, entretanto, a revisão que se dá no ato do conhecimento da ordem pela autoridade previdenciária, com a execução dos valores eventualmente vencidos e não pagos. A execução desses valores seguirá o trâmite previsto para as Execuções por Quantia Certa contra a Fazenda Pública e estará sujeita a toda uma sorte de atos processuais que apreciará desde a liquidação dos valores até a ocorrência de prescrição intercorrente, culminando ou não no pagamento de eventual precatório judicial.
> Nesse contexto, a execução por quantia certa ocorrerá em face de todas as verbas pecuniárias vencidas até o momento em que o MM. Magistrado a declare extinta.
> Assim, compulsando detidamente os documentos constantes do presente agravo de instrumento, observo que, após o pagamento do precatório principal e considerando

satisfeito o cumprimento da obrigação, o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo de execução.

Muito embora o MD. Juízo *a quo* devesse ter procedido à intimação dos exequentes após o levantamento do depósito, a fim de saber se haviam verbas suplementares a ser pagas, o fato é que o processo executório foi extinto, não sendo possível sua reativação após o trânsito em julgado da r. sentença.

Frise-se, por oportuno, que em face da r. sentença de extinção da execução (fl. 276-verso dos autos principais) não houve interposição de apelação por parte dos credores, sendo que foram intimados da referida sentença em 23/06/97, o feito transitou em julgado em 23/07/97 e estes somente compareceram aos autos em 08/08/97 requerendo a execução complementar, o que não se pode admitir.

Dessa forma, entendo cabível somente o cumprimento da obrigação de fazer para a revisão da renda mensal dos benefícios da parte autora, vez que se trata de outra modalidade de execução, devendo eventuais parcelas vencidas ser reclamadas em processo autônomo, tendo em vista a extinção da obrigação por quantia certa."

Tendo sido exaustivamente fundamentada a decisão agravada, no tocante às razões de inconformismo levantadas pela parte agravante, desnecessária será a repetição desses argumentos, não se vislumbrando qualquer violação aos artigo 290, 301, 301 § 1º, 473 e 730 do CPC.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0049992-95.2006.4.03.0000
(2006.03.00.049992-4)

Autora: LAURA DE LAOSSA OLIVEIRA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AR 4879
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/09/2011

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PERCEBIDA PELO INSTITUIDOR DA PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO DAS RESPECTIVAS DIFERENÇAS. PEDIDO DESCONSIDERADO. ERRO DE FATO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI PREJUDICADA. *IUDICIUM RESCINDENS E IUDICIUM RESCISSORIUM.*

I - Rejeição da preliminar de ausência de pedido para novo julgamento. Regra do art. 488, I, do CPC, merece abrandamento em sua interpretação. Prolação de nova decisão, no exercício do juízo rescisório, decorre logicamente da natureza da ação desconstitutiva. Possível considerar como implícito o requerimento de novo julgamento. Precedente do E. STJ.

II - Pretende a autora a rescisão do *decisum*, ao argumento da ocorrência de violação de lei e erro de fato. Julgado teria ignorado pedido para recebimento das parcelas vencidas, desde o termo inicial da aposentadoria por tempo de serviço do falecido marido, e, por outro lado, teria negado o recebimento dessas prestações, em violação ao disposto no art. 112 da Lei nº 8.213/91.

III - Configuração do erro de fato (artigo 485, IX, do CPC) exige omissão ou desatenção do julgador na análise da prova, não se perfazendo apenas em função da justiça ou injustiça da decisão proferida. Constatada a controvérsia das partes sobre o objeto da ação e a apreciação das questões trazidas na demanda subjacente, não há como se decretar a rescisão do julgado, com base no erro de fato.

IV - Demandante pleiteou, na ação originária, a revisão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço do falecido marido, de 16.03.1995 a 25.11.2000 (data do óbito), mediante a aplicação do índice de 39,67%, relativo ao IRSM de fevereiro de 1994, na correção dos salários-de-contribuição, com reflexos em todo período base de cálculo. Pediu a consequente revisão do seu benefício de pensão por morte, percebido desde 25.11.2000, com a condenação do INSS ao pagamento das prestações vencidas, desde o início do benefício do falecido cônjuge.

V - Decisão rescindenda assentou que a demandante visava, apenas, à revisão do seu benefício de pensão por morte, determinando o pagamento das diferenças apuradas desde o termo inicial do benefício por ela titularizado. Considerou como inexistente fato efetivamente ocorrido nos autos originários: o pleito para recálculo da renda mensal inicial do benefício recebido pelo falecido cônjuge, com o pagamento das respectivas diferenças.

VI - Configurado o nexo de causalidade entre o erro cometido e o resultado estampado no Julgado rescindendo. Cabível a rescisão do *decisum* (art. 485, IX, do CPC). Precedentes. Prejudicada a análise do pedido de rescisão, com fulcro no art. 485, V, do CPC

VII - No *iudicium rescissorium*, o direito à revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço do *de cujus* foi reconhecido na demanda subjacente, tanto que houve a revisão do benefício decorrente, titularizado pela autora.

VIII - É devido o pagamento das diferenças decorrentes da revisão, desde o termo inicial do benefício revisado (16.03.1995), observada a prescrição das prestações anteriores aos cinco anos do ajuizamento da demanda originária (01.07.2002).

IX - A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

X - Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação na ação originária, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês. A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97.

XI - Rescisória julgada procedente, para desconstituir, no ponto enfocado, a decisão proferida no feito originário (art. 485, IX, do CPC). Prejudicada a análise do pedido rescisório com fulcro no art. 485, V, do CPC. Em novo julgamento, determinação para pagamento das parcelas decorrentes da revisão, desde o termo inicial do benefício revisado (16.03.1995), observada a prescrição das prestações anteriores aos cinco anos do ajuizamento da demanda originária (01.07.2002). Verba honorária pelo réu, fixada em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção.

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 preliminar e julgar procedente a ação rescisória, para desconstituir, no ponto enfocado, a r. decisão proferida no feito subjacente, com fundamento no art. 485, IX, do CPC e, proferindo nova decisão, determinar o pagamento das parcelas decorrentes da revisão, desde o termo inicial do benefício revisado, observada a prescrição quinquenal, restando prejudicada a análise do pedido rescisório fundamentado no art. 485, V, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por Laura de Laossa Oliveira, com fulcro no art. 485, V

(violação a literal disposição de lei) e IX (erro de fato), do CPC, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o objetivo de desconstituir a r. decisão, proferida pela i. Des. Federal Vera Jucovsky, reproduzida a fls. 34/37. O Julgado rescindendo determinou a revisão da renda mensal inicial do benefício de pensão por morte, percebido pela demandante, desde 25.11.2000, mediante a aplicação do índice de 39,67% em fevereiro de 1994, relativo ao IRSM, na correção dos salários-de-contribuição, integrantes do cálculo do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço), determinando o pagamento das diferenças vencidas, somente a partir da data de início da pensão por morte.

A decisão transitou em julgado em 03.11.2005 (fls. 38) e a rescisória foi ajuizada em 12.06.2006.

A demandante alega a ocorrência de erro de fato, porque pleiteou, na demanda originária, o pagamento das diferenças decorrentes da revisão, desde o termo inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, percebido pelo falecido marido, e tal fato foi desconsiderado pela r. decisão rescindenda.

Acrescenta ter havido violação ao disposto no art. 112 da Lei nº 8.213/91, que lhe assegura o direito às parcelas não percebidas em vida pelo cônjuge.

A ação foi instruída com os documentos de fls. 08/38.

Regularmente citado (fls. 47), o réu apresentou contestação (fls. 49/53), arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial, por inexistir pedido de novo julgamento, e carência da ação, por não restarem configurados o erro de fato e a violação de lei, além do indevido caráter recursal da demanda. No mérito, sustentou, em breve síntese, a inexistência de violação de lei, porque a incidência do art. 112 da Lei nº 8.213/91 estaria restrita aos casos em que o segurado falece no curso da demanda proposta, não conferindo legitimidade ao sucessor para a propositura de demanda revisional.

Dispensada a produção de provas, por se tratar de questão exclusivamente de direito (fls. 61), a autora apresentou razões finais, a fls. 68/69 e o réu manteve-se silente (certidão de fls. 70).

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória (fls. 71/80).

A fls. 82, foi determinada a manifestação das partes acerca dos extratos do sistema Dataprev, que indicam a revisão da aposentadoria por tempo de serviço do falecido marido, quanto ao IRSM de fevereiro de 1994 (fls. 83/90).

Em resposta, a autora afirmou não ter recebido qualquer quantia a esse título e a Autarquia Federal pugnou pela juntada de cópias da demanda originária, em razão do que o Juízo *a quo* remeteu os autos subjacentes, ora apensados ao presente feito.

É o relatório.

À revisão (artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Laura de Laossa Oliveira ajuizou a presente ação rescisória, com fulcro no art. 485, V (violação a literal disposição de lei) e IX (erro de fato), do CPC, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o objetivo de desconstituir a r. decisão, proferida pela i. Des. Federal Vera Jucovsky, que determinou a revisão da renda mensal inicial do benefício

de pensão por morte, percebido pela demandante, desde 25.11.2000, mediante a aplicação do índice de 39,67% em fevereiro de 1994, relativo ao IRSM, na correção dos salários-de-contribuição, integrantes do cálculo do benefício originário, determinando o pagamento das diferenças vencidas, somente a partir da data de início da pensão por morte.

Inicialmente, esclareço que a execução do Julgado rescindendo limitou-se às parcelas devidas por força da revisão da pensão por morte, percebida pela autora, desde 25.11.2000. A revisão da RMI do benefício do falecido marido consta dos extratos do sistema Dataprev (fls. 83/87), apenas porque constituiu pressuposto necessário ao recálculo da renda mensal inicial do benefício titularizado pela autora. Da análise dos autos originários, em apenso, resta claro que a demandante não recebeu qualquer quantia atinente ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço do cônjuge.

Assentado esse ponto, rejeito a preliminar relativa à ausência de pedido para novo julgamento. A regra inserta no art. 488, I, do CPC, merece abrandamento em sua interpretação, porque a prolação de nova decisão, no exercício do juízo rescisório, decorre logicamente da própria natureza da ação desconstitutiva, de modo tal que se pode considerar como implícito o requerimento de novo julgamento.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência do E. STJ. Confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - CUMULAÇÃO DOS PEDIDOS DE RESCISÃO E DE NOVO JULGAMENTO - ART. 488, I, DO CPC - PEDIDO PODE SER CONSIDERADO IMPLÍCITO.
> 1. Embora preveja expressamente o art. 488, I, do CPC a obrigatoriedade do autor de cumular o pedido de rescisão e, se for o caso, de novo julgamento, a cumulação de pedidos não é exigência formal absoluta, devendo ser abrandado o rigor do referido dispositivo.
> 2. Considera-se implicitamente requerido o novo julgamento da causa, desde que seja decorrência lógica da desconstituição da sentença ou do acórdão rescindendo.
> 3. Recurso improvido."
> (STJ - Segunda Turma - Recurso Especial Nº 783.516 - PB (2005/0158045-9) - julgamento em 19.06.2007 - Rel. Min. Eliana Calmon)

Quanto às demais preliminares arguidas pelo réu, observo não se caracterizarem como tal, vez que as matérias aduzidas dizem respeito ao mérito da demanda.

No mérito, pretende a autora a rescisão do r. *decisum*, reproduzido a fls. 34/37, ao argumento da ocorrência de violação de lei e erro de fato, porque o Julgado teria ignorado seu pedido para recebimento das parcelas vencidas, desde o termo inicial da aposentadoria por tempo de serviço do falecido marido, e, por outro lado, teria negado o recebimento de tais prestações, em violação ao disposto no art. 112 da Lei nº 8.213/91.

O erro de fato (art. 485, IX, do CPC) alegado pela autora, para efeitos de rescisão do julgado, configura-se quando o julgador não percebe ou tem falsa percepção acerca da existência ou inexistência de um fato incontroverso e essencial à alteração do resultado da decisão. Não se cuida, portanto, de um erro de julgamento, mas de uma falha no exame do processo a respeito de um ponto decisivo para a solução da lide.

Considerando o previsto no inciso IX e nos §§ 1º e 2º do artigo 485 do Código de Processo Civil é, ainda, indispensável para o exame da rescisória, com fundamento em

erro de fato, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato e que o erro se evidencie nos autos do feito em que foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, para demonstrá-lo, na ação rescisória.

Nesse sentido, são esclarecedores os apontamentos a seguir transcritos:

> "Erro de fato: 'Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade' (Sydney Sanches, RT 501/25) ..."
> (Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, em comentários ao art. 485, IX, do CPC, *in* "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor" - editora RT - 7ª edição - revista e ampliada - 2003, pág. 831)

> "Em face do disposto no nº IX e nos §§ 1º e 2º do art. 485, do Código, são seis os requisitos para a configuração do erro de fato:
> a) deve dizer respeito a fato (s);
> b) deve transparecer nos autos onde foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, para demonstrá-lo, na ação rescisória;
> c) deve ser causa determinante da decisão;
> d) essa decisão dever ter suposto um fato que inexistiu ou inexistente um fato que ocorreu;
> e) sobre este fato não pode ter havido controvérsia;
> f) finalmente, sobre o fato não deve ter havido pronunciamento judicial."
> (Sérgio Rizzi - *Ação rescisória* - editora RT - 1979 - Requisitos do erro de fato - pág. 118/119).

Neste caso, a demandante pleiteou, na ação originária, ajuizada em 01.07.2002, a revisão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, percebido pelo falecido marido, de 16.03.1995 a 25.11.2000 (data do óbito), mediante a aplicação do índice de 39,67%, relativo ao IRSM de fevereiro de 1994, na correção dos salários-de-contribuição, com reflexos em todo período base de cálculo. Pediu, ainda, a consequente revisão do seu benefício de pensão por morte, percebido desde 25.11.2000, com a condenação do INSS ao pagamento das prestações vencidas, desde o início do benefício do falecido cônjuge.

Tais pleitos constam, expressamente, da petição inicial da demanda subjacente, conforme trechos que ora transcrevo:

> "Isto posto requer a autora:
> (...)
> b) a procedência da ação para ser o réu condenado:
> - a rever o valor da aposentadoria de seu falecido marido, aplicando no salário de contribuição de 2/94, que compôs o período básico do cálculo, o IRSM de 1.3967, que vai refletir em todos os salários anteriores, conforme determinação do parágrafo 1º, art. 21 da Lei nº 8880/94;
> (...)
> - a rever o valor do benefício de sua pensão, depois de ser recalculado o benefício

de aposentadoria de acordo como que foi solicitado acima;
- a pagar todas as diferenças a serem apuradas entre o valor devido e o que foi pago, desde a data do início do benefício de aposentadoria concedida a seu marido, e também da pensão concedida a partir de sua morte, devendo ainda colocar a aposentadoria em manutenção administrativa pelo valor correto"

A r. sentença bem compreendeu os limites dos pedidos e julgou-os procedentes, nos seguintes termos:

"Posto isto, *julgo procedente* a pretensão deduzida pelos autores, pelo que condeno o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (a) a proceder ao recálculo da renda mensal inicial - RMI do benefício previdenciário *NB 067.601.282-5*, por meio da atualização monetária dos salários-de-contribuição pela aplicação da variação do IRSM/IBGE, relativo ao mês de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% (trinta e nove inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), e das rendas mensais seguintes, (b) a proceder à correção monetária do valor do benefício, por ocasião do primeiro reajuste, na forma preconizada pelo artigo 21, parágrafo 3º, da Lei nº 8.880, de 1994, de forma a atenuar a limitação imposta ao valor do salário-de-benefício com referência ao valor do teto, (c) proceder ao recálculo do benefício de pensão por morte da parte autora - *NB 21/119.326.869-6* decorrente dos reajustes acima explicitados, bem como (d) ao pagamento, observada a prescrição quinquenal, das prestações vencidas, corrigidas monetariamente desde os respectivos vencimentos, acrescidas de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, desde a citação". (grifei)

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário e a Autarquia Federal ofertou apelação, na qual, além de outras preliminares e da insurgência contra o mérito, alegou a ilegitimidade da autora para pleitear a revisão do benefício percebido pelo falecido cônjuge.

O Julgado rescindendo houve por bem rejeitar essa preliminar, conforme trecho que destaco:

"No tocante a preliminar de ilegitimidade ativa, observo que a pensão por morte em tela é oriunda de aposentadoria por tempo de serviço. A distorção discutida no vertente caso ocorreu no cálculo da renda mensal inicial do benefício originário, refletindo-se, à evidência, na apuração do valor do benefício que deu origem à pensão. Desta forma, a parte autora requer a revisão do valor inicial do benefício originário e prestações subsequentes, *visando, exclusivamente, a revisão do benefício de que é titular. Em sendo assim, só serão devidas diferenças à parte autora a partir da data de início de sua pensão, não fazendo jus, portanto, a valores anteriores à concessão de seu próprio benefício*". (grifei)

Verifica-se, assim, que a r. decisão rescindenda assentou que a demandante visava, apenas, à revisão do seu benefício de pensão por morte e, nessa esteira, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa, arguida pelo INSS, determinando o pagamento das diferenças apuradas desde o termo inicial do benefício por ela titularizado.

Ocorre que, ao contrário do consignado no Julgado rescindendo, a demandante formulara pedido expresso para revisão da aposentadoria por tempo de serviço, percebida pelo falecido marido, além do pagamento das diferenças apuradas, desde o termo inicial do benefício originário.

Resta claro, assim, que a r. decisão rescindenda considerou como inexistente fato efetivamente ocorrido nos autos originários, ao afirmar que a autora visava "*exclusivamente, a revisão do benefício de que é titular*", desconsiderando o pleito para recálculo da renda mensal inicial do benefício recebido pelo falecido cônjuge, com o pagamento das respectivas diferenças.

Nesse passo, salta aos olhos o nexo de causalidade entre o erro cometido pelo Julgado rescindendo e o resultado estampado no r. *decisum*, em que restou determinado o pagamento das diferenças, apenas a partir do benefício titularizado pela autora. Impõe-se, assim, a rescisão do julgado, nos moldes do art. 485, IX, do CPC.

Nessa esteira, destaco arestos desta E. Corte, em casos análogos, nos quais restou configurado o erro de fato:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CARÊNCIA DE AÇÃO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. TERMO FINAL DE CONTAGEM DO TEMPO. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR TESTEMUNHAL. CARÊNCIA CUMPRIDA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.
> I - A preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com ele será examinada.
> II - *Resta configurada a ocorrência de erro de fato no acórdão rescindendo, uma vez que este levou em consideração na contagem do tempo de serviço do autor os períodos de trabalho prestados após 15.12.1998, quando nos itens 03, 04 e 05 da inicial da ação subjacente foi fixada tal data como o termo final da contagem, mesmo que resultasse na concessão do beneficio de aposentadoria proporcional por tempo de serviço.*
> III - *No acórdão rescindendo considerou-se como existente um fato inexistente, qual seja, haver pedido do autor para que a contagem de seu tempo de serviço tivesse por termo final a data do ajuizamento da ação (2004), sendo que o pedido é no sentido de que seja considerado o tempo de serviço até 16.12.98, com cálculo da renda mensal inicial com base no parágrafo único do citado art. 187 do Decreto nº 3.048/99.*
> (...)
> XII - Preliminar argüida em contestação rejeitada. Pedido em ação rescisória que se julga procedente. Pedido em ação subjacente que se julga procedente."
> (TRF 3ª Região - Terceira Seção - AR 200703000524870 - Ação Rescisória - 5406 - DJF3 CJ2 data: 01/04/2009 página: 309 - rel. Des. Federal Sérgio Nascimento) - grifei

> "AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISOS V E IX. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APLICAÇÃO DO ÍNDICE IRSM, DE FEVEREIRO DE 1994 (39,67%), AOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A PARTIR

DE MARÇO DE 1994. DECISÃO *EXTRA PETITA*. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO.

- O acórdão rescindendo, ao analisar situação fática diversa da requerida na inicial e decidida na sentença, apreciando pedido de aplicação da variação do IRSM/IBGE de fevereiro de 1994 na atualização monetária dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo da renda do benefício, erroneamente, como reajustamento do valor mensal da aposentadoria, por meio da incorporação do índice de 39,67%, incorrendo em julgamento extra petita, incide em flagrante violação aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, *ensejando, ainda, a desconstituição com base na ocorrência de erro de fato, ao dar solução ao caso como se outro fosse, repudiando a lide instaurada*.

- Nos benefícios concedidos a partir de 1º de março de 1994, é cabível a aplicação do índice de 39,67%, correspondente ao IRSM/IBGE de fevereiro/94, ao valor dos salários-de-contribuição, antes de sua conversão em URV. Inteligência do artigo 21, § 1º, da Lei nº 8.880/94. Precedentes do STJ.

- Nova renda mensal inicial a ser calculada em execução de sentença.

- Condenação do INSS ao pagamento das diferenças apuradas entre o montante devido e os valores efetivamente pagos ao segurado, corrigidas monetariamente, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos preconizados na Resolução 561, de 2 de julho de 2007, do Conselho da Justiça Federal.

- Juros de mora devidos à razão de meio por cento ao mês, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, até 11.01.2003, data da entrada em vigor do novo Código Civil, sendo, a partir de então, computados à razão de um por cento ao mês, nos termos do artigo 406 da Lei nº 10.406/02, conjugado com o artigo 161 do Código Tributário Nacional.

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

- Concessão, de ofício, de tutela específica, com a determinação de imediata revisão do benefício, no prazo de 30 (trinta dias), oficiando-se diretamente à autoridade administrativa competente para cumprimento da ordem judicial, sob pena de multa diária, a ser fixada, oportunamente, em caso de descumprimento.

- Ação rescisória que se julga procedente, para desconstituir o acórdão rescindendo, nos termos do artigo 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil, e, proferindo novo julgamento, reconhecer a procedência do pedido formulado na demanda originária."

(TRF 3ª Região - Terceira Seção - AR 200303000157052 - Ação Rescisória - 2876 - DJF3 data: 28/05/2008 - rel. Des. Federal Therezinha Cazerta) - grifei

Caracterizada a hipótese de rescisão, prevista pelo art. 485, IX, do CPC, resta prejudicada a análise do pedido fundamentado no art. 485, V (violação a literal disposição de lei), do CPC. Isso porque os pleitos formulados pela autora são incompatíveis, dado que invoca erro de fato no Julgado rescindendo, por não ter analisado seu pedido para revisão do benefício do cônjuge e recebimento das diferenças pertinentes e, por outro

lado, afirma que seu pedido fora negado, nesse ponto, em afronta ao disposto no art. 112 da Lei nº 8.213/91, o que pressupõe a análise do pleito. Por consequência, acolhida a primeira tese, resta prejudicada a apreciação do segundo fundamento, invocado para rescisão do Julgado.

Feito o *iudicium rescindens*, passo ao *iudicium rescissorium*.

O direito à revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço do *de cujus* foi reconhecido na demanda subjacente, tanto que houve a revisão do benefício decorrente, titularizado pela autora.

Com efeito, o Julgado consignou, expressamente:

> "(...)
> 15. Entretanto, o INSS não aplicou o índice IRSM, correspondente a 39,67%, no mês de fevereiro de 1994, para a correção do salário de contribuição do benefício da parte autora. Cumpre ressaltar que o benefício que deu origem ao percebido pela parte autora foi concedido em 16/03/1995, e em seu período básico de cálculo existem salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, fazendo jus, desta forma, à determinada aplicação.
> (...)"

De se ressaltar que esse ponto não foi questionado na presente ação rescisória e, assim, é devida a atualização dos salários-de-contribuição, para fins de apuração da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de serviço do *de cujus*, pelo IRSM integral do mês de fevereiro de 1994, na ordem de 39,67%, aplicando-se o § 3º do artigo 21 da Lei nº 8.880/94, quanto à incorporação, no primeiro reajuste, da diferença percentual que resultar superior entre a média dos salários-de-contribuição e o respectivo teto.

Cumpre, então, determinar que as parcelas decorrentes dessa revisão sejam adimplidas, desde o termo inicial do benefício revisado (16.03.1995), observada a prescrição das prestações anteriores aos cinco anos do ajuizamento da demanda originária (01.07.2002).

A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação na ação originária, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês. A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e julgo procedente a ação rescisória, para desconstituir, no ponto enfocado, a r. decisão proferida no feito subjacente - apelação cível nº 2002.61.83.001932-5 -, com fundamento no artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, e, proferindo nova decisão, determino o pagamento das parcelas decorrentes da revisão, desde o termo inicial do benefício revisado (16.03.1995), observada a prescrição das prestações anteriores aos cinco anos do ajuizamento da demanda originária (01.07.2002). Prejudicada a análise do pedido rescisório, fundamentado no art. 485, V, do CPC. Condeno

o réu ao pagamento de verba honorária, fixada em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), de acordo com a orientação firmada por esta E. Terceira Seção.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

- Sobre ação rescisória julgada procedente por configuração de erro de fato, veja também os seguintes julgados: AR 2005.03.00.056951-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 90/36; AMS 2005.61.05.000929-0/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicada na RTRF3R 95/303 e AR 0040121-51.2000.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 107/188.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0101454-91.2006.4.03.0000
(2006.03.00.101454-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: LABORTEX IND/ E COM/ DE PRODUTOS DE BORRACHA LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CÉSAR SABBAG
Classe do Processo: AI 282406
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2011

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARROLAMENTO DE BENS (ART. 64 DA LEI Nº 9.532/97). MEDIDA PREVENTIVA PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. LEGALIDADE DE PENHORA DO BEM IMÓVEL. PRECEDENTES.

1. O arrolamento fiscal, previsto no art. 64 da Lei nº 9.532/97 destina-se, tão-somente, a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária.

2. Os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados e onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária. Precedentes.

3. Não se trata de "arrematação", conforme mencionado na decisão agravada: a "arrecadação" a que se refere a matrícula do imóvel constitui *arrolamento fiscal*, previsto no art. 64 da Lei nº 9.532/97.

4. Esta medida possui nítido *caráter preventivo*, conferindo transparência à situação do devedor cuja parcela considerável de seu patrimônio conhecido (30% ou mais), encontra-se comprometida por dívidas fiscais.

5. Acresça-se que o agravante não logrou demonstrar, de maneira *objetiva* e *pertinente*, que a constrição inviabilizaria seus negócios, prejudicando a solvabilidade da empresa, de maneira irremediável.

6. A penhora sobre o referido bem imóvel é possível e devida.

7. Agravo de instrumento do INSS provido. Pedido de reconsideração do devedor prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA A do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido de reconsideração do devedor e dar provimento ao agravo de instrumento do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator). Senhor Presidente.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pelo INSS contra decisão interlocutória que, em execução fiscal, indeferiu pedido de penhora do imóvel "arrecadado" pelo Ministério da Fazenda (Secretaria da Receita Federal), nos termos do art. 64, da Lei nº 9.532/97.

Alega-se, em resumo, que o arrolamento administrativo de bens, instituído pelo art. 64, da Lei nº 9.532/97 não impede qualquer medida constritiva incidente sobre o bem arrolado.

Deferiu-se o efeito suspensivo (fls. 156/158).

Contraminuta às fls. 167/178.

Pedido de reconsideração às fls. 201/210.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator). Sem preliminares, passo ao exame de mérito.

Neste tema, precedentes do C. STJ, aos quais me vinculo como *razão de decidir*, reconhecem que: *a)* o arrolamento fiscal, previsto no art. 64 da Lei nº 9.532/97, destina-se tão-somente a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária; e *b)* os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados e onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária (REsp 1.099.026/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 20.08.2009 e REsp 689.472/SE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Tuma, DJ 13.11.2006).

No caso, não se trata de "arrematação", conforme mencionado pela decisão agravada: a "arrecadação" a que se refere a matrícula do imóvel (fls. 140/140-v) constitui *arrolamento fiscal*, previsto no art. 64 da Lei nº 9.532/97.

Esta medida possui nítido *caráter preventivo*, conferindo transparência à situação do devedor cuja parcela considerável de seu patrimônio conhecido (30% ou mais), encontra-se comprometida por dívidas fiscais.

Acresço que o agravante não logrou demonstrar, de maneira *objetiva* e *pertinente*, que a constrição inviabilizaria seus negócios, prejudicando a solvabilidade da empresa, de maneira irremediável.

A penhora sobre o referido bem imóvel, portanto, é possível e devida.

Assim, com o devido respeito, a decisão recorrida encontra-se *em dissonância* com os precedentes e motivação acima, merecendo reparos.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento e *julgo prejudicado* o pedido de reconsideração formulado pelo devedor.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006527-75.2007.4.03.6119
(2007.61.19.006527-4)

Apelante: WALTER DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AC 1379555
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/20011

DECISÃO

Trata-se de ação monitória ajuizada por Walter da Silva em face do Instituto Nacional do Seguro Social, em 02/08/2007, objetivando a condenação deste à liberação dos valores das parcelas em atraso de sua aposentadoria por tempo de contribuição, acrescidos dos demais consectários legais, totalizando a importância de R$ 19.120,26 (dezenove mil e cento e vinte reais, vinte e seis centavos), conforme consta da carta de concessão do benefício. Requer ainda, a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Atribui à causa o valor de R$ 19.120,26 (dezenove mil e cento e vinte reais, vinte e seis centavos).

Deferidos os benefícios da justiça gratuita, foi determinada a citação da Autarquia Previdenciária (fl. 32), que apresentou embargos à ação monitória nas fls. 35/46.

Na manifestação das fls. 53/55, a parte autora informa o pagamento, na via administrativa, do valor do atrasado em 04/04/2008, requerendo o reconhecimento da carência superveniente da ação e a condenação do Instituto ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, em virtude do princípio da causalidade.

A r. sentença, proferida em 11/06/2008, *julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil*, por reconhecer a ausência de interesse processual e a inadequação da via processual eleita. Condenou a parte autora, por reconhecer a inviabilidade do ajuizamento da ação monitória no caso concreto, ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, apela a parte autora, requerendo a reforma da r. sentença no tocante ao pagamento dos honorários advocatícios. Aduz, para tanto, que tal condenação deve ser imputada ao INSS, em razão do princípio da causalidade, com a sua fixação no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Com contrarrazões, subiram os autos à esta E. Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

Ao magistrado compete o exame acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, devendo verificar se estão presentes ao julgar o pedido.

Caso existentes quando da propositura da demanda, mas desaparecendo, qualquer um deles, durante o processamento do feito, há a carência superveniente, ainda que parcial.

No presente caso, ante ao pagamento administrativo do valor do atrasado, relativo à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em favor da parte autora, configurada está a carência superveniente da ação, nos termos do § 3º e do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, não havendo mais interesse em se processar o feito, ausente o binômio utilidade/necessidade.

Em seguida, cumpre ressaltar que a condenação da parte ré ao pagamento de honorários advocatícios é devida no presente caso, em razão do princípio da causalidade.

A esse respeito, discorrem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"... Quando não houver julgamento do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse julgada no mérito. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tornando-se revel, não o exime do pagamento de honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 26) ..." (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 380).

Neste sentido também são os julgados proferidos por esta E. Corte, a seguir transcritos:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - ERRO NA EVOLUÇÃO DAS RENDAS MENSAIS - RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO PELO INSS APÓS PROPOSITURA DA AÇÃO - NÃO-PAGAMENTO DO PRINCIPAL - PROCEDÊNCIA MANTIDA - SUCUMBÊNCIA DEVIDA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.
- A revisão administrativa do benefício foi providenciada pelo INSS após a propositura da demanda, tendo a autarquia reconhecido a procedência do pedido, o que enseja o julgamento do mérito, nos termos do art. 269, II, do CPC.
- Reconhecido o pedido, a sucumbência deve ser suportada por quem deu causa ao ajuizamento da ação, no caso, o INSS.
- Pagas as rendas mensais corretamente até julho de 1998, a partir do mês seguinte deve o benefício guardar consonância com o que vinha até então sendo pago, no montante de R$ 273,20 (duzentos e setenta e três reais e vinte centavos), como admitido pela própria autarquia.
- No tocante aos honorários advocatícios, reduzo o percentual fixado na r. sentença, em conformidade com o disposto no artigo 20 e parágrafo § 3º do Código de Processo Civil e entendimento desta Turma. Entretanto, limito sua incidência sobre o montante da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data da r. sentença de primeiro grau.
- Remessa oficial parcialmente provida."
(TRF da 3ª Região, Processo nº 200303990168097, REOAC nº 878347, 7ª T., Rel. Des. Fed. Eva Regina, v. u., D: 21/01/2008, DJU: 14/02/2008, pág: 1011)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. AUXÍLIO-DOENÇA. RECONHECIMENTO DO PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM CONHECIMENTO DO MÉRITO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.
1. Agravo retido não conhecido, uma vez que não reiterada sua apreciação, nas razões ou resposta da apelação. Inteligência do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.
2. É de rigor a extinção do processo sem conhecimento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, em razão da falta de interesse de agir, uma vez que o

provimento jurisdicional buscado pela parte autora desapareceu no curso do processo, por ter o INSS concedido o benefício pleiteado na via administrativa.
3. A condenação da autarquia previdenciária ao pagamento dos honorários advocatícios deve ser mantida, pois deu causa à propositura da ação. Incidência do princípio da causalidade.
4. Agravo retido não conhecido. Apelação do INSS parcialmente provida." (TRF 3ª Região, AC 708036, Processo nº 2001.03.99.031793-8, 10ª Turma, Rel. Des. Federal Galvão Miranda, DJ. 08/11/2005).

Assim, cabe a reforma da r. sentença quanto à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, devendo esta ficar a cargo do INSS.

Ressalte-se que o E. STJ, no que se refere especificamente da inadequação da via processual eleita, assentou, em sua Súmula 339: "É cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública".

Sobre a possibilidade de ação monitória contra o INSS, igualmente, já decidiu a jurisprudência nos arestos abaixo transcritos, citados a título ilustrativo (grifos nossos):

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. *AÇÃO MONITÓRIA PROPOSTA EM FACE DO INSS*. *POSSIBILIDADE*. EQUIPARAÇÃO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COM A FAZENDA PÚBLICA.
1. *A Primeira Seção desta Corte Superior já pacificou entendimento de que é possível a instauração de procedimento monitório em face da Fazenda Pública (REsp. 434.571/SP, 1S, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 20.03.2006, p. 181)*.
2. De acordo com o art. 8º da Lei nº 8.620/93, o INSS é equiparado, em prerrogativas e privilégios, à Fazenda Pública, nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou opoente, pelo que não há como afastar a aplicação do citado entendimento em causas relacionadas com o Direito Previdenciário.
3. *Neste caso, o que o autor pretende é somente discutir a formação de título executivo que lhe enseja postular o pagamento de benefício previdenciário.*
4. Recurso Especial provido, mas apenas para assegurar a cognição do pleito monitório e a sua decisão segundo o direito aplicável."
(STJ, RESP 200701224510, Quinta Turma, v. u., Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 17/09/2007, p. 354).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO EM ATRASO. *AÇÃO MONITÓRIA CONTRA O INSS. POSSIBILIDADE*. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
I - *O procedimento da ação monitória pode ganhar contornos de processo de conhecimento se houver oposição de embargos, dado que o mérito da relação obrigacional passa a ser objeto de discussão, instaurando-se, assim, o contraditório, de modo a assegurar a possibilidade de ampla defesa em prol da entidade pública. Destarte, no caso vertente, o INSS opôs embargos, abrindo-se o contraditório, não havendo, assim, qualquer óbice para a propositura da presente ação monitória. Precedentes do E. STJ.*
II - A correção monetária constitui mera atualização do valor devido, não gerando

qualquer acréscimo patrimonial ao credor. Na verdade, sua ausência proporcionaria um enriquecimento sem causa em favor do devedor em detrimento do credor. Portanto, não há reparos a fazer na diferença apontada pelo contador do Juízo decorrente de atualização monetária, em face da demora de um ano entre a data do cálculo (novembro de 2004) e a data do efetivo pagamento (novembro de 2005).
III - Acertada a atualização monetária do montante devido pelos índices da Resolução nº 561 do Conselho da Justiça Federal, uma vez que se trata de débito judicial, reconhecido em sentença, sendo aplicável no caso o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal estabelecido pelo indigitado ato administrativo.
IV - Os juros moratórios incidem a partir da intimação constante do mandado de pagamento (03.02.2006) e devem ser calculados de forma globalizada até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI - AgR 492.779-DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.2006). Será observada a taxa de 6% ao ano até 10.01.2003 e, a partir de 11.01.2003, será considerada a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.
V - Cabe destacar o entendimento esposado pelo E. STJ, no sentido de que 'o art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, possui natureza instrumental material.
Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento' (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17.06.2010, Dje 02.08.2010).
VI - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.
VII - Preliminar rejeitada. Apelação do réu desprovida."
(TRF 3ª Região, AC 200561090009306, Décima Turma, v. u., DJF3 CJ1 11/05/2011, p. 2237).

"Processual Civil. *Ação Monitória contra o INSS. Possibilidade. Homenagem ao precedente do STJ. Correta a sentença que condena o demandado a pagar valores relativos ao período de 27 de outubro de 1998 a 10 de dezembro de 2002, a quantia consignada em documento expedido pelo apelante ao apelado, não se justificando que, até agora, dez anos depois da data de início do benefício, o apelante ainda não tenha chegado a qualquer conclusão com relação aos valores consignados no documento aludido, na f. 25*. Juros de mora reduzidos para meio por cento ao mês, a partir da citação. Ação promovida na vigência da Medida Provisória 2.180-35/2001. Honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação. Incabível a redução, a fim de assegurar remuneração condigna ao causídico e em sintonia com precedentes desta eg. 3ª Turma (APELREEX 512-PB, de minha relatoria, julgado em 14 de agosto de 2008). Observância ao limite da Súmula nº 111 do STJ. Remessa oficial e apelação providas, em parte, apenas quanto a estes dois aspectos finais". (TRF 5ª Região, AC 200783000155142, Terceira Turma, v. u., Relator Desembargador Federal Vladimir Carvalho, DJ 31/03/2009, p. 216).

Reconhecida, portanto, a possibilidade do ajuizamento de ação monitória para hipótese semelhante à tratada na presente ação, desaparece a razão para a condenação, na r. sentença recorrida, da parte autora ao pagamento da verba honorária.

Por isso, a apelação da parte autora merece ser acolhida com relação a este tópico, para reformar em parte a r. sentença.

O valor dos honorários advocatícios, no entanto, deve ser fixado em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), nos termos do disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, *dou parcial provimento ao apelo da parte autora nos termos do § 1º-A do artigo 557 do CPC*, para condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais).

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas todas as formalidades legais, certificado o trânsito em julgado, remetam-se os presentes autos à vara de origem.

São Paulo, 21 de julho de 2011.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0001454-42.2008.4.03.6102 (2008.61.02.001454-5)

Embargante: TALITA MENEGUETI
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 411/446v.
Interessados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: AC 1477688
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FIES. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI Nº 8.436/92 (6%) REVOGADA PELA LEI Nº 9.288/96. LEI Nº 10.260/01 RESULTADO DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.865/99, SUCESSORA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.827/99. ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PREQUESTIONAMENTO.

1. Em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual, admite-se o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental, nas hipóteses em que se verificar o caráter exclusivamente infringente do recurso interposto. Precedentes do STJ.

2. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - FIES não se submetem ao regime do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o objeto do contrato não é propriamente um serviço bancário, mas a viabilização de programa do governo em benefício do estudante. Precedentes.

3. O Superior Tribunal Justiça, em decisão submetida ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que não se admitia a capitalização de juros em contrato de crédito educativo, tendo em vista a inexistência de previsão expressa em norma específica (STJ, REsp nº 1155684, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.05.10; REsp nº 880360, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5.05.08 e REsp nº 630404, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.02.07). Desse modo, aplicava-se aos contratos em questão a Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal. No entanto, a Medida Provisória nº 517, publicada em 31.12.10, alterou a redação do art. 5º da Lei nº 10.260/01, autorizando a cobrança de juros capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil. Por conseguinte, para os contratos de crédito educativo firmados até 30.12.10, é vedada a cobrança de juros sobre juros, sendo autorizada a capitalização mensal em relação àqueles celebrados após essa data.

4. O art. 7º da Lei nº 8.436/92 estabelecia que os juros sobre o crédito educativo não poderiam ultrapassar a taxa de 6% (seis por cento) ao ano. No entanto, o referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.288, de 02.07.96, que não instituiu novo limite.

5. Em 25.06.99, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.827-1, que atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a estipulação da taxa de juros aplicável aos contratos de crédito educativo.
6. A referida norma foi sucedida pela Medida Provisória nº 1.865/99, regulamentada pela Resolução CMN nº 2.647/01 do Banco Central do Brasil, de 23.09.99, que fixou em 9% (nove por cento) ao ano a taxa de juros aplicável aos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil.
7. A Medida Provisória nº 1.865/99 foi sucessivamente reeditada e convertida na Lei nº 10.260, de 13.07.01, que manteve a atribuição do Conselho Monetário Nacional.
8. Em 13.10.06, o Banco Central editou a Resolução CMN nº 3.415/06, que previu novas taxas de juros para os contratos celebrados a partir de 01.07.06.
9. Por seu turno, a Resolução CMN nº 3.777, de 28.08.09, fixou a taxa de juros, para todos os contratos de Financiamento Estudantil firmados a partir de sua edição, em 3,5% (três e meio por cento) ao ano.
10. Mais um vez, em 11.03.10, o CMN reduziu a taxa de juros para 3,4% (três vírgula quatro por cento), por meio da Resolução nº 3.842/10.
11. Desse modo, não subsiste a limitação dos juros remuneratórios à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, devendo ser observada, a partir de 23.09.99, aquela determinada pelo Conselho Monetário Nacional, nos seguintes termos: *a*) 9% (nove por cento) ao ano, até 30.06.06; *b*) 3,5% (três e meio por cento) ao ano para os cursos apontados no art. 1º, I, da Resolução CMN nº 3.415/06, e 6,5% (seis e meio por cento) ao ano para os demais, até 27.08.09; *c*) 3,5% (três e meio por cento) ao ano para todos os cursos, até 10.03.10; e *d*) 3,4% (três vírgula quatro por cento) ao ano, para os contratos celebrados a partir de 11.03.10 (STJ, EDREsp nº 200900787017, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.04.10; REsp nº 1058325, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.08.08 e REsp nº 1036999, Rel. Min. José Delgado, j. 06.05.08).
12. Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, (STJ, 6ª Turma, AGRESp nº 573.612-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, j. 12.06.07, DJ 10.09.07, p. 317; STJ, 5ª Turma, AGREsp nº 760.404-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 15.12.05, DJ 06.02.06, p. 305), é desnecessária a menção explícita a todos os dispositivos legais citados pela defesa, considerando-se indispensável, para efeito de prequestionamento, a menção implícita às questões impugnadas.
13. Embargos de declaração conhecidos como agravo. Agravo não provido.

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, conhecer dos embargos de declaração como agravo e negar-lhes provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de setembro de 2011.
Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se

de embargos de declaração opostos por Talita Mengueti contra a decisão de fls. 411/446v., que conheceu em parte da apelação da CEF e, nesta, negou-lhe provimento e deu parcial provimento à apelação da embargante para afastar a capitalização mensal de juros e determinar a incidência dos juros remuneratórios na forma acima explicitada, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, que:

a) o acórdão deixou de aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários;

b) o acórdão não excluiu a tabela *price* como forma de cálculo para amortização, devendo esclarecer, para efeito de prequestionamento, que a manutenção da tabela não anulará a determinação de afastamento da capitalização mensal e anual de juros;

c) o acórdão deve esclarecer que a manutenção da taxa de juros de 9% (nove por cento) ao ano não implica violação ao princípio da isonomia e ao art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos contratos que tiveram os juros reduzidos a 6,5% (seis e meio por cento) para o período de cumprimento do contrato, nos termos da Resolução nº 3.415/06 do Banco Central;

d) deve ser apreciado o pedido de inversão do ônus da sucumbência, pois a CEF decaiu da maior parte do pedido (fls. 448/449).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Embargos de declaração. Recebimento como agravo regimental.* Em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual, admite-se o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental, nas hipóteses em que se verificar o caráter exclusivamente infringente do recurso interposto (STJ, EEREsp nº 1125154, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.12.10; EDREsp nº 1031747, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 02.12.10; EDAG nº 1332421, Rel. Min. Castro Meira, j. 02.12.10; TRF da 3ª Região, AI nº 2010.03.00.020929-9, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 11.04.11).

Do caso dos autos. Por economia processual, recebo como agravo os embargos de declaração opostos pela autora contra a decisão que deu parcial provimento à sua apelação.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

> "Trata-se de apelações interpostas por Talita Menegueti e pela Caixa Econômica Federal contra a sentença de fls. 362/369 e 385/387, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para afastar a capitalização mensal de juros, admitindo a anual a contar da celebração do contrato.
>
> Apela a autora alegando, em síntese, o seguinte:
>
> a) o Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao contrato celebrado;
>
> b) é ilícita a utilização da Tabela *Price* para a amortização da dívida, pois conduz à incidência de juros capitalizados;
>
> c) a taxa de juros deve ser reduzida para 6,5% (seis e meio por cento) ao ano, por força da Resolução nº 3.415/06 do Banco Central (fls. 375/383).

Recorre também a ré, sustentando os seguintes argumentos:
a) a apelante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois atua como mera coordenadora executiva do programa de crédito educativo;
b) a União deve integrar a lide como litisconsorte necessário;
c) o contrato celebrado é válido e não foram cobrados juros capitalizados;
d) não há limitação legal de juros;
e) é admitida a cobrança de comissão de permanência;
f) os juros de mora podem ser cumulados com outros encargos moratórios;
g) ainda que houvesse capitalização de juros, a prática é considerada lícita;
h) o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica estabelecida entre as partes (fls. 391/415).
Foram apresentadas contrarrazões pela autora (fls. 421/434) e pela ré (fls. 435/439).
Decido.
FIES. Legitimidade passiva. Consoante estabelece o art. 3º, II, da Lei nº 10.260/01, a gestão do Financiamento Estudantil - FIES incumbe à Caixa Econômica Federal, que atua na qualidade de agente operador e administradora de ativos e passivos, segundo as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional:
Art. 3º A gestão do FIES caberá:
'(...)
II - à Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador e de administradora dos ativos e passivos, conforme regulamento e normas baixadas pelo CMN.'
Por conseguinte, a CEF goza de legitimidade tanto para a cobrança de débitos decorrentes de contratos de financiamento estudantil, como para a revisão das cláusulas contratuais e renegociação da dívida.
Conforme iterativa jurisprudência deste Tribunal, dispensa-se a participação da União nessas demandas, pois lhe compete apenas formular a política de oferta de financiamento e supervisionar a execução das operações do Fundo, por intermédio do Ministério da Educação (Lei nº 10.260/01, art. 3º, I):
'CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIES. DECISÃO QUE ANTECIPOU A TUTELA PARA DETERMINAR A REVISÃO DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL QUANTO ÀS CLÁUSULAS QUE FIXAM PENA CONVENCIONAL E PERCENTUAL DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. PENA CONVENCIONAL: LICITUDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: ARBITRAMENTO, SE O CASO, PELO JUIZ DA CAUSA.
(...)
2. Nos termos do artigo 3º da Lei nº 10.260/01, afigura-se evidente a legitimidade passiva da CEF na qualidade de agente operadora do FIES. Ademais, se a ação visa à anulação de cláusulas tidas por abusivas, constantes de contratos de financiamento estudantil, contratos esses firmados pela CEF, por óbvio que esta tem que participar da lide. 3. A CEF não tem interesse ou legitimidade para recorrer da decisão que excluiu a União da lide. Ainda que se entenda que a alegação da agravante é da ocorrência de litisconsórcio necessário da União, tampouco se reveste da necessária plausibilidade jurídica. A participação da União na gestão do FIES, através do MEC, limita-se à formulação das políticas gerais e supervisionamento da execução das operações, estas a cargo da CEF. Acresce-se a isso o fato de que

a própria União Federal arguiu sua ilegitimidade passiva e manifestou sua expressa concordância com a decisão que indeferiu sua citação.
(...)
8. Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo regimental prejudicado.'
(TRF da 3ª Região, AI nº 200703000647784, Rel. Juiz Convocado Márcio Mesquita, j. 21.10.09)
'MANDADO DE SEGURANÇA - FIES - LEGITIMIDADE - RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA O FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - LEI Nº 10.260/01 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.846/04 - POSSIBILIDADE.
1. A Caixa Econômica Federal - CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, tendo em vista ser a instituição financeira gestora do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, na qualidade de agente operador e de administradora dos ativos e passivos, conforme prevê o inciso II do artigo 3º da Lei nº 10.260/01.
2. Conforme entendimento firmado pela colenda Primeira Turma (AMS nº 275.063/SP), "dispensa-se a presença da União Federal no pólo passivo da ação, pois lhe compete apenas formular a política de oferta de financiamento e supervisionar as operações do Fundo, através do Ministério da Educação (Lei nº 10.260/01, art. 3º inciso I)".
(...)
5. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial improvidas.'
(TRF da 3ª Região, AMS nº 200461200022319, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 08.08.08)
'MANDADO DE SEGURANÇA - CRÉDITO EDUCATIVO - LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - REVISÃO CONTRATUAL - RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA O FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - LEI Nº 10.260/01 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.846/04 - POSSIBILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO - APELO IMPROVIDO.
1. O artigo 3º inciso II, da Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, estabelece que a gestão do FIES caberá à Caixa Econômica Federal, conferindo a impetrada legitimidade passiva para a causa. Portanto, dispensa-se a presença da União Federal no pólo passivo da ação, pois lhe compete apenas formular a política de oferta de financiamento e supervisionar as operações do Fundo, através do Ministério da Educação (Lei nº 10.260/01, art. 3º inciso I).
(...)
5. Matéria preliminar rejeitada e, no mérito, apelo e remessa oficial improvidos.'
(TRF da 3ª Região, AMS nº 200561020016668, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 16.10.07)
FIES. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - FIES não se submetem ao regime do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o objeto do contrato não é propriamente um serviço bancário, mas a viabilização de programa do governo em benefício do estudante:

‘ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI Nº 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

(...)

2. A hodierna jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - Fies não se subsumem às regras encartadas no Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: REsp 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 19/6/2009; REsp 831.837/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17/6/2009; REsp 793.977/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30/4/2007.

(...)

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Ônus sucumbenciais invertidos.

7. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação supra.’

(STJ, REsp nº 1155684/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 12.05.10).

‘ADMINISTRATIVO - CRÉDITO EDUCATIVO - AÇÃO REVISIONAL - CDC - INAPLICABILIDADE - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - MATÉRIA DECIDIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL - TABELA *PRICE* - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - TR - INCIDÊNCIA EM CONTRATOS POSTERIORES Á LEI Nº 8.177/61 - SÚMULA Nº 295/STJ - LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS E COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS - SÚMULA Nº 282/STF.

1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC.

2. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC e, em conseqüência, mantém-se a multa contratual pactuada, bem como inviável a repetição em dobro de eventuais valores pagos a maior.

(...)

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e não providos.’

(STJ, REsp nº 831.837/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.06.09).

‘ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE CRÉDITO EDUCATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A Segunda Turma do STJ firmou entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) não se compatibiliza com os contratos de crédito educativo (regidos pela Lei nº 8.436/92).

2. Recurso especial improvido.’

(STJ, REsp nº 600.677/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.07).

‘ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE.

1. Os contratos de crédito educativo têm por objetivo subsidiar a educação superior

e são regidos pela Lei nº 8.436/92. Não se trata de relação de consumo, descabendo cogitar de aplicação das normas do CDC. Precedente.
2. Recurso especial improvido.'
(STJ, REsp nº 560.405/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.09.06).
FIES. Capitalização de juros. O Superior Tribunal Justiça, em decisão submetida ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que não se admitia a capitalização de juros em contrato de crédito educativo, tendo em vista a inexistência de previsão expressa em norma específica:
'ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI Nº 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE.
(...)
Recurso especial de Eliziana de Paiva Lopes: 1. Caso em que se pugna a incidência do Código de Defesa do Consumidor, a declaração de ilegalidade da cobrança de juros capitalizados e, por conseguinte, a repetição simples do valor pago a maior e a inversão dos ônus sucumbenciais.
3. A jurisprudência desta Corte mantém-se firme no sentido de que, em se tratando de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, haja vista a ausência de autorização expressa por norma específica. Aplicação do disposto na Súmula nº 121/STF.
Precedentes: REsp nº 1.058.334/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/6/2008; REsp nº 880.360/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5/5/2008; REsp nº 1.011.048/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4/6/2008; REsp nº 630.404/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26/2/2007; REsp nº 638.130/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/3/2005.
4. Por conseguinte, havendo pagamento de valores indevidos, o que será apurado em sede de liquidação, é perfeitamente viável a repetição simples ou a compensação desse montante em contratos de financiamento estudantil.
5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
6. Ônus sucumbenciais invertidos.
7. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação supra.'
(STJ, REsp nº 1155684/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.05.10).
'ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). AÇÃO REVISIONAL. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. SÚMULA Nº 121/STF.
1. A capitalização de juros somente é permitida nas hipóteses expressamente autorizadas por norma específica, qual seja, mútuo rural, comercial, ou industrial.
2. A *fortiori*, nos contratos de crédito educativo, à míngua de norma específica que expressamente autorize a capitalização dos juros, aplica-se a *ratio essendi* da Súmula nº 121/STF, que dispõe: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." Precedentes do STJ: REsp 630404/RS, DJ 26.02.2007; REsp 769531/RS, DJ 03.10.2005; REsp 761172/RS, DJ 03.10.2005; REsp 557537/RS, DJ 15.08.2005 e REsp 638130/PR, DJ 28.03.2005.

3. Recurso especial desprovido.'
(STJ, REsp nº 880360/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.05.08).
'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. JUROS CAPITALIZADOS. LEI DA USURA. DECRETO Nº 22.626/33. PRECEDENTES.
1. Não se conhece de alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatendendo o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, não demonstra a similitude fática entre os arestos confrontados.
2. O STJ pacificou entendimento de que persiste a vedação da capitalização de juros contida no art. 4º do Decreto nº 22.626/33, conhecida como Lei da Usura, em contratos de crédito educativo, pois apenas se admite o anatocismo quando há legislação específica que autorize a incidência de juros sobre juros, como ocorre com as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.
3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.'
(STJ, REsp nº 630404/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.02.07).
Desse modo, aplicava-se aos contratos em questão a Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal:
É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.
No entanto, a Medida Provisória nº 517, publicada em 31.12.10, alterou a redação do art. 5º da Lei nº 10.260/01, autorizando a cobrança de juros capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil:
'Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:
(...)
II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;'
Por conseguinte, para os contratos de crédito educativo firmados até 30.12.10, é vedada a cobrança de juros sobre juros, sendo autorizada a capitalização mensal em relação àqueles celebrados após essa data.
FIES. Crédito educativo. Juros remuneratórios. Lei nº 8.436/92 (6%) revogada pela Lei nº 9.288/96. Lei nº 10.260/01 resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.865/99, sucessora da Medida Provisória nº 1.827/99. Atribuição do Conselho Monetário Nacional. O art. 7º da Lei nº 8.436/92 estabelecia que os juros sobre o crédito educativo não poderiam ultrapassar a taxa de 6% (seis por cento) ao ano. No entanto, o referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.288, de 02.07.96, que não instituiu novo limite.
Em 25.06.99, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.827-1, que atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a estipulação da taxa de juros aplicável aos contratos de crédito educativo:
'Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:
(...)
II - juros: a serem estipulados pelo CMN, para cada semestre letivo, aplicando-se desde a data da celebração até o final da participação do estudante no financiamento;'
A referida norma foi sucedida pela Medida Provisória nº 1.865/99, regulamentada

pela Resolução CMN nº 2.647/01 do Banco Central do Brasil, de 23.09.99, que fixou em 9% (nove por cento) ao ano a taxa de juros aplicável aos contratos submetidos ao Programa de Financiamento Estudantil:

'Art. 6º Para os contratos firmados no segundo semestre de 1999, bem como no caso daqueles de que trata o art. 15 da Medida Provisória nº 1.865, de 1999, a taxa efetiva de juros será de 9% a.a. (nove inteiros por cento ao ano), capitalizada mensalmente.'

A Medida Provisória nº 1.865/99 foi sucessivamente reeditada e convertida na Lei nº 10.260, de 13.07.01, que manteve a atribuição do Conselho Monetário Nacional. Em 13.10.06, o Banco Central editou a Resolução CMN nº 3.415/06, que previu novas taxas de juros para os contratos celebrados a partir de 01.07.06:

'Art. 1º Para os contratos do FIES celebrados a partir de 1º de julho de 2006, a taxa efetiva de juros será equivalente a: I - 3,5% a.a. (três inteiros e cinco décimos por cento ao ano), capitalizada mensalmente, aplicável exclusivamente aos contratos de financiamento de cursos de licenciatura, pedagogia,normal superior e cursos superiores de tecnologia, conforme definidos pelo Catálogo de cursos superiores de tecnologia, instituído pelo Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006; II - 6,5% a.a. (seis inteiros e cinco décimos por cento ao ano), capitalizada mensalmente, para os contratos do FIES não relacionados no inciso I. Art. 2º Para os contratos do FIES celebrados antes de 1º de julho de 2006 aplica-se a taxa prevista no art. 6º da Resolução nº 2.647, de 22 de setembro de 1999.'

Por seu turno, a Resolução CMN nº 3.777, de 28.08.09, fixou a taxa de juros, para todos os contratos de Financiamento Estudantil firmados a partir de sua edição, em 3,5% (três e meio por cento) ao ano:

'Art. 1º Para os contratos do FIES celebrados a partir da entrada em vigor desta Resolução, a taxa efetiva de juros será de 3,5% a.a. (três inteiros e cinco décimos por cento ao ano). Art. 2º Para os contratos do FIES celebrados antes da entrada em vigor desta Resolução, e após 1º de julho de 2006, aplica-se a taxa prevista no art. 1º da Resolução nº 3.415, de 13 de outubro de 2006. Art. 3º Para os contratos do FIES celebrados antes de 1º de julho de 2006, aplica-se a taxa prevista no art. 6º da Resolução nº 2.647, de 22 de setembro de 1999.'

Mais um vez, em 11.03.10, o CMN reduziu a taxa de juros para 3,4% (três vírgula quatro por cento), por meio da Resolução nº 3.842/10:

'Art. 1º Para os contratos do FIES celebrados a partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros será de 3,40% a.a. (três inteiros e quarenta centésimos por cento ao ano).'

Desse modo, não subsiste a limitação dos juros remuneratórios à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, devendo ser observada, a partir de 23.09.99, aquela determinada pelo Conselho Monetário Nacional, nos seguintes termos: a) 9% (nove por cento) ao ano, até 30.06.06; b) 3,5% (três e meio por cento) ao ano para os cursos apontados no art. 1º, I, da Resolução CMN nº 3.415/06, e 6,5% (seis e meio por cento) ao ano para os demais, até 27.08.09; c) 3,5% (três e meio por cento) ao ano para todos os cursos, até 10.03.10; e d) 3,4% (três vírgula quatro por cento) ao ano, para os contratos celebrados a partir de 11.03.10:

'PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL - RECONSIDERAÇÃO DO *DECISUM* - CRÉDITO EDUCATIVO - CAPITALIZAÇÃO

MENSAL DE JUROS NO FIES. 1. A Resolução CMN nº 2.647/99 do Banco Central do Brasil, regulamentando o disposto na MP nº 1.865/99, sucessora da MP nº 1.827/99, e que acabou sendo eventualmente convertida na Lei nº 10.260/01, já previa a incidência de juros no patamar de 9% ao ano. 2. No caso em apreço, o contrato foi firmado em 02 de março de 2000, portanto a taxa de juros de 9% (nove por cento) ao ano está de acordo com a previsão legal, devendo ser aplicada, pois o que a lei rejeita é a prática do anatocismo, consoante pressupõe a Súmula 121/STF. 3. Embargos de declaração que se acolhem, com efeitos modificativos, para anular o acórdão anteriormente proferido e, em nova análise, negar provimento ao recurso especial.'

(STJ, EDREsp nº 200900787017, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.04.10)

'PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE JURISDIÇÃO NÃO CONFIGURADA. QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS. SÚMULA Nº 211/STJ. FIES. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. JUROS REMUNERATÓRIOS. ARTIGO 5º DA LEI Nº 10.260/01. ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO CARACTERIZADA.

(...)

3. O disposto no inciso II do artigo 5º da Lei nº 10.260/01, ao estabelecer os juros remuneratórios em de 9% ao ano, não padece de ilegalidade, mormente porque retratam percentual inferior ao previsto constitucionalmente e às taxas praticadas pelo mercado financeiro, tampouco se "afiguram abusivos ou de onerosidade excessiva". (REsp 1.036.999/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU de 05.06.08).

4. Recurso especial não provido.'

(STJ, REsp nº 1058325, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.08.08)

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FIES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO-CARACTERIZADA. DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. JUROS REMUNERATÓRIOS. ARTIGO 5º DA LEI Nº 10.260/2001. AUSÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-DEMONSTRADO.

1. Autos que versam sobre ação revisional de contrato de financiamento estudantil em que se pleiteia a declaração de nulidade de cláusula que estipulou juros de 9% ao ano em observância ao artigo 5º, II, da Medida Provisória nº 1.972-8/99 e da Lei nº 10.260/01, a qual atribuiu ao CMN a capacidade legislativa da taxa de juros do *FIES*, ampliando as atribuições elencadas no art. 4º da Lei nº 5.595/64.

(...)

4. Em atendimento ao que dispõe o inciso II do artigo 5º da Lei nº 10.260/2001, estabelecidos os juros remuneratórios à base de 9% ao ano, em patamar inferior ao das taxas praticadas pelo mercado financeiro, aqueles não se afiguram abusivos ou de onerosidade excessiva.

(...)

6. Recurso especial não-provido.'

(STJ, REsp nº 1036999, Rel. Min. José Delgado, j. 06.05.08)

Consoante estabelece o art. 5º, § 10º, da Lei nº 10.260/01, com a redação dada pela Lei nº 12.202, de 15.01.10, a redução da taxa juros estipulada pelo Conselho Monetário Nacional incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados:

Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:
'(...)
II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;
§ 10. A redução dos juros, estipulados na forma do inciso II deste artigo, incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados.'
À evidência, o dispositivo se aplica ao saldo devedor apurado nos contratos em regular cumprimento pelo mutuário, uma vez que os juros remuneratórios incidem exclusivamente na fase de adimplemento contratual, em função da indisponibilidade do capital. Verificado o inadimplemento, aplicam-se os encargos moratórios fixados na lei ou no contrato.
Do caso dos autos. Inicialmente, ressalte-se que sequer existe previsão contratual para a cobrança de comissão de permanência e tampouco foi limitada a incidência de juros moratórios, questões alheias ao objeto da demanda. Por conseguinte, nessas partes, as razões de apelação da ré estão dissociadas do conteúdo decisório, o que obsta o seu conhecimento.
Consoante a fundamentação apresentada, a Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação revisional.
De outro lado, é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de crédito educativo, segundo remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Os juros remuneratórios foram estipulados em 9% (nove por cento) ao ano (Cláusula 11ª) e, tendo em vista que o contrato foi firmado em 28.05.01 (fl. 53), é admitida a cobrança da referida taxa, que incidirá sobre o saldo devedor exclusivamente na fase de cumprimento regular do contrato, até a entrada em vigor da Lei nº 12.202, de 15.01.10. A partir de então, os juros remuneratórios limitar-se-ão à taxa de 3,4% (três vírgula quatro por cento) ao ano. Verificado o inadimplemento, incidirão apenas os encargos moratórios estipulados no contrato.
A mera aplicação da Tabela *Price* não enseja a cobrança de juros sobre juros. No entanto, a capitalização mensal está expressamente prevista na Cláusula 11ª. Embora a sentença a tenha afastado, admitiu a cobrança de juros capitalizados anualmente. O contrato foi firmado muito antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 517, de 31.12.10, devendo ser afastada até mesmo a capitalização anual.
Ante o exposto, conheço em parte da apelação da Caixa Econômica Federal e, nesta, *NEGO-LHE PROVIMENTO*, e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso do autor para afastar a capitalização anual de juros e determinar a incidência dos juros remuneratórios na forma acima explanada, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.
Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observadas as formalidades legais.
Publique-se. Intimem-se."

Não há obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada, caracterizando o caráter exclusivamente infringente do recurso.

As questões postas em Juízo foram devidamente apreciadas e fundamentadas de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não merecendo reforma a decisão impugnada.

Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, (STJ, 6ª Turma, AGRESp nº 573.612-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, j. 12.06.07, DJ 10.09.07, p. 317; STJ, 5ª Turma, AGREsp nº 760.404-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 15.12.05, DJ 06.02.06, p. 305), é desnecessária a menção explícita a todos os dispositivos legais citados pela defesa, considerando-se indispensável, para efeito de prequestionamento, a menção implícita às questões impugnadas.

Ante o exposto, *CONHEÇO* dos embargos de declaração como agravo e *NEGO-LHE PROVIMENTO*.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003149-49.2009.4.03.6117
(2009.61.17.003149-8)

Apelante: TÉCNICA DIESEL CERBASI LTDA.
Apelados: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E JOSÉ DONISETE DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 1572582
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. VIA INADEQUADA. PRELIMINAR NÃO CONHECIDA. AVALIAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. PREÇO VIL NÃO CONFIGURADO. LEILÃO. INTIMAÇÃO DA EXECUTADA PELO DIÁRIO ELETRÔNICO. REGULARIDADE. PAGAMENTO DA DÍVIDA POSTERIOR À ARREMATAÇÃO. DESFAZIMENTO DA ARREMATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVOGAÇÃO.

I - Consoante o disposto no art. 112, do Código de Processo Civil, a incompetência relativa deve ser arguida por meio de exceção. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Preliminar não conhecida.

II - Necessidade de reavaliação do bem, em razão do lapso significativo de tempo entre a realização da avaliação do bem e a data da alienação judicial, em face do princípio da menor onerosidade ao devedor. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III - Ausência de impugnação das partes ao valor da avaliação e da reavaliação, anteriormente à data de realização dos leilões, operando-se a preclusão, conforme já pacificado na mencionada Corte Superior.

IV - A avaliação do bem cabe, primeiramente, ao Oficial de Justiça, nomeando o MM. Juiz *a quo* um perito no caso de não haver, na comarca, tal servidor, ou em caso de impugnação das partes à avaliação realizada por aquele (arts. 680 e 681, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

V - Tendo sido arrematado o imóvel, em segundo leilão, por quantia correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor da avaliação, não resta configurada a arrematação por preço vil. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

VI - A Lei de Execuções Fiscais somente determina a intimação pessoal, acerca do leilão, do representante judicial da Fazenda Pública (art. 22, § 2º). Quanto às demais pessoas, a intimação deve ocorrer por edital, publicado na imprensa oficial, em prazo não superior a 30 (trinta) nem inferior a 10 (dez) dias (art. 22 e § 1º).

VII - Inaplicabilidade da Súmula nº 121/STJ, fundamentada no antigo § 3º, do art. 687, do Código de Processo Civil, anteriormente à redação dada a esse dispositivo pela Lei nº 11.382/06, que alterou o mencionado dispositivo legal, para determinar que a intimação acerca da realização do leilão ocorrerá por edital, publicado em jornal de ampla circulação local.

VIII - O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais foi instituído pela Lei nº 11.491/06

(art. 1º), aplicando-se seus dispositivos, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (art. 1º, § 1º).

IX - Nos termos do § 2º, do art. 4º, da mencionada lei, a publicação eletrônica substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

X - Intimação da Executada, via Diário Eletrônico, que não conflita com o disposto no art. 22, da Lei nº 6.830/80.

XI - Edital da hasta pública publicado no Diário Eletrônico em 04 de setembro de 2009, dentro do prazo previsto no art. 22, § 1º, da Lei nº 6.830/80.

XII - Publicação no Jornal do Comércio do Jahu em 24 de setembro de 2009, atendendo ao disposto no art. 687, do Código de Processo Civil.

XIII - Ausência de comprovação da alegação de que o referido jornal não é veículo de ampla circulação.

XIV - Quitação da dívida posterior à arrematação não tem o condão de desfazê-la. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

XV - Revogação da antecipação de tutela, a fim de possibilitar ao arrematante a imissão na posse do imóvel arrematado.

XVI - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de embargos à arrematação, opostos por *TÉCNICA DIESEL CERBASI LTDA.*, contra a *UNIÃO FEDERAL E OUTRO*, objetivando a nulidade da arrematação.

Alega a Embargante, em síntese, que se verifica a nulidade da hasta pública em razão da ocorrência de preço vil, diante da alienação por preço bem inferior ao valor real do imóvel, que experimentou substancial valorização desde a avaliação realizada em 2003.

Sustenta, ainda, que, conquanto a avaliação possa demonstrar ter os contornos de legalidade, conforme preceitua o art. 680, do Código de Processo Civil, não poderá ser aceita, por ausência da formalidade necessária à sua validade, tendo em vista que o Sr. Oficial de Justiça, ao lavrar os laudos, não observou o disposto no art. 681, parágrafo único, do Código de Processo Civil, por não ter avaliado o imóvel por partes, sugerindo os possíveis desmembramentos, tratando-se de matéria de ordem pública, podendo ser decretada de ofício a nulidade absoluta da avaliação.

Pondera, ademais, ser necessária a reavaliação do bem penhorado, pelo valor de

mercado, em face do considerável lapso de tempo decorrido desde a avaliação, ocorrida em 2003, ocasião em que o mercado imobiliário era outro, o imóvel não possuía as benfeitorias posteriormente introduzidas e o local ainda não tinha as estruturas necessárias, tais como a construção da rodovia e da marginal, que o valorizaram (fls. 02/18).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 19/33.

Em cumprimento ao despacho de fl. 34, a Embargante peticionou às fls. 35/38, apresentando os documentos de fls. 39/52, para atribuir à causa o valor de R$ 631.584,00 (seiscentos e trinta e um mil e quinhentos e oitenta e quatro reais), requerendo a isenção do pagamento das custas, além de alegar a nulidade da hasta pública também pelo descumprimento do disposto no art. 687, do Código de Processo Civil, que determina seja a mesma publicada com antecedência mínima de 05 (cinco) dias, em jornal de ampla circulação local, porquanto, no caso, houve publicação somente num dos jornais da cidade, que não tem ampla circulação, e com menos de 05 (cinco) dias, bem como por não ter sido oportunizado à Embargante manifestar-se acerca da reavaliação do imóvel.

À fl. 54 foi deferida à Embargante a gratuidade de justiça.

Impugnação da União às fls. 59/69, acompanhada dos documentos de fls. 70/90, e do Arrematante às fls. 94/98, com a apresentação dos documentos de fls. 99/114.

Os embargos foram julgados improcedentes, com condenação da Embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) (fls. 138/140v).

A Embargante interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, em face da necessidade de dilação probatória, bem como nulidade da sentença, por incompetência do Juízo, requerendo a devolução dos autos ao Juízo da 1ª Vara da Comarca de Barra Bonita.

No mérito, aduz não haver preclusão em relação à impugnação à avaliação e ao pedido de perícia para a prova de subavaliação e a alienação por preço vil, uma vez que, no presente caso, posteriormente à avaliação, foi praticado ato não previsto no ordenamento processual civil, qual seja, o de constatação e reavaliação, sem que desse ato fosse dado conhecimento à parte para manifestar-se.

Acrescenta que a atualização do valor da avaliação anterior, pela Tabela Prática do Tribunal, com correção monetária e juros, para a data do leilão, corresponde a R$ 1.141.866,31 (um milhão, cento e quarenta e um mil, oitocentos e sessenta e seis reais e trinta e um centavos), montante superior àquele apurado na reavaliação efetuada pelo Sr. Oficial de Justiça, de R$ 1.052.640,00 (um milhão, cinquenta e dois mil, seiscentos e quarenta reais), efetuada somente mediante consulta ao Cartório de Registro de Imóveis de Jaú.

Pondera, ademais, ser incabível a exigência de impugnação à reavaliação do bem, por tratar-se de ato não previsto no Código de Processo Civil e na Lei de Execuções Fiscais, do qual não foi dado conhecimento à parte, bem como não houve publicação do despacho que determinou a expedição de mandado de constatação e reavaliação.

Sustenta, quanto à divisão cômoda, que a determinação para que no laudo de avaliação constem possíveis desmembramentos, é ato obrigatório do Sr. Oficial de Justiça, sob pena de nulidade absoluta, em face do comando imperativo disposto no art. 681, do estatuto processual civil, além de tratar-se de providência de ordem pública, não condicionada a eventual impugnação.

Acrescenta, por sua vez, que o laudo de fl. 32 menciona expressamente a possibilidade

de desmembramento e divisão cômoda, servindo a metade do imóvel, com sobras, para quitar o valor exequendo, permitindo que a outra parte possa garantir outros débitos, sem prejuízo para a União e em observância ao princípio da menor onerosidade, previsto no art. 620, do Código de Processo Civil.

Argumenta, ainda, a ocorrência de preço vil, porquanto o lanço deve ser considerado sobre o valor da avaliação corrigido monetariamente, tendo sido desprezado este, no caso em tela, para aceitar-se uma reavaliação praticada ao arrepio da lei e, assim, alienar o bem por montante consideravelmente inferior ao devido, uma vez que, conforme laudo de fls. 32/33, a oferta corresponde a menos de 50% (cinquenta por cento) do valor real do imóvel ou mesmo da avaliação corrigida.

Por outro lado, salienta que o Diário Eletrônico, visualizado pela *internet*, não se constitui em meio legal e hábil para dar a necessária publicidade ditada pelo art. 22, da Lei nº 6.830/80.

Destarte, acrescenta a Apelante, não se pode considerar válida a intimação do leilão na pessoa de seu advogado, porquanto tal regra não está prevista na Lei de Execuções Fiscais, mas sim, inserta no § 5º, do art. 687, do Código de Processo Civil, o qual não é aplicável às execuções fiscais, no entendimento do MM. Juízo *a quo*.

Por sua vez, com a edição da Súmula nº 121, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que na execução fiscal o devedor deverá ser intimado pessoalmente do dia e hora da realização do leilão.

Assim, não tendo sido a devedora intimada pessoalmente, na pessoa de seus sócios, não há que se falar em regularidade da praça, em face da ausência de publicação válida do edital e regular intimação pessoal do devedor.

Ao final, conclui que a publicação do edital no Jornal Comércio de Jahu ocorreu em prazo inferior a 10 (dez) dias antecedentes ao leilão (fls. 146/173).

Com contrarrazões (fls. 184/190 e 191/198), subiram os autos a esta Corte.

Recebido o recurso de apelação no efeito meramente devolutivo (fl. 182), a Embargante interpôs agravo de instrumento, conforme cópia acostada às fls. 202/211, ao qual foi negado provimento.

Após a subida dos autos, a Embargante pleiteou a concessão de tutela antecipada, para obstar a concretização da imissão na posse (fls. 214/218), a qual foi deferida parcialmente, em substituição regimental, para suspender a imissão na posse do imóvel arrematado até o retorno desta Relatora (fl. 226).

Às fls. 241/242 a Embargante informou ter quitado integralmente a dívida, apresentando os documentos de fls. 243/250, requerendo a extinção da execução, com a desconsideração da arrematação, com o consequente levantamento do valor depositado pelo arrematante, ou a devolução dos autos ao Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Barra Bonita, para o conhecimento e extinção do feito.

Posteriormente, à fl. 252, reiterando a petição anterior, a Embargante informa que a Exequente aceitou os pagamentos, estando a dívida extinta, com ajuizamento a ser cancelado, conforme verifica-se dos documentos de fls. 253/254.

À fl. 256 foi mantida a decisão de fl. 226, por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem apreciação dos pedidos de extinção da execução, em razão do pagamento do débito, e de baixa destes autos à origem, porquanto aquele deve ser requerido nos autos do executivo fiscal, e este resta impossibilitado diante da pendência de análise do recurso de apelação.

Às fls. 259/262 o Arrematante pleiteia a cassação da antecipação de tutela, em face do julgamento do agravo de instrumento.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Inicialmente, observo que a argüição de incompetência do Juízo foi formulada em via inadequada, ou seja, em sede de recurso de apelação, não podendo ser conhecida.

Com efeito, consoante o disposto no art. 112, do Código de Processo Civil, a incompetência relativa, como no caso dos autos, deve ser arguida por meio de exceção.

Nesse sentido, o entendimento pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DOMICÍLIO DO DEVEDOR. INCOMPETÊNCIA RELATIVA DECLARADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 33/STJ.
> 1. A competência territorial, consagrada no princípio geral do foro do domicílio do réu, é relativa, determinando-se no momento da propositura da ação.
> 2. É vedado ao órgão julgador declarar, de ofício, a incompetência relativa (Súmula nº 33 do STJ), que somente poderá ser reconhecida por meio de exceção oposta pelo réu/executado.
> 3. Recurso especial provido."
> (STJ, 2ª Turma, REsp 1171731, Rel. Min. Castro Meira, j. em 15.06.2010, DJE de 28.06.2010).

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. NÃO LOCALIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA EXECUTADA NO ENDEREÇO INDICADO. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O ENDEREÇO DO SÓCIO RESPONSÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL SÓ ARGÜIDA POR MEIO DE EXCEÇÃO. PRECEDENTES.
> 1. Na linha dos precedentes desta Corte, a competência se estabelece no momento da propositura da ação. (arts. 87 e 578 do CPC).
> 2. Não há distinção a ser feita apenas por se tratar de execução fiscal movida em face de pessoa jurídica não encontrada no endereço indicado para citação.
> 3. Não pode a execução ser redirecionada de ofício ou a requerimento da exeqüente para o domicílio de representante legal da executada.
> 4. Competência territorial, que é relativa, só se altera com ação declinatória de foro (art. 112 CPC) a ser movida pelo executado. Leitura dos verbetes 33 e 58 do STJ.
> 5. Permanece competente o juízo suscitado, onde a ação foi inicialmente proposta. Agravo regimental improvido."
> (STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 33052/SP, Proc. nº 2001.0097520-7, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 13.09.2006, DJ de 02.10.2006, p. 205).

Outrossim, a preliminar de cerceamento de defesa, em face da necessidade de dilação probatória, a fim de comprovar a subavaliação do bem, imbrica-se com o mérito, que ora passo a analisar.

Por primeiro, cumpre examinar as questões referentes à avaliação do bem penhorado.

Acerca da matéria, assim dispunha o Código de Processo Civil, com a redação vigente à época da primeira avaliação:

> "Art. 680. Prosseguindo a execução, e não configurada qualquer das hipóteses do art. 684, o juiz nomeará perito para estimar os bens penhorados, se não houver, na comarca, avaliador oficial, ressalvada a existência de avaliação anterior (art. 655, § 1º, V). (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)
> Art. 681. O laudo do avaliador, que será apresentado em 10 (dez) dias, conterá:
> I - a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram;
> II - o valor dos bens.
> Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o perito, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em suas partes, sugerindo os possíveis desmembramentos."

Por sua vez, quando da reavaliação do bem, os transcritos dispositivos processuais ostentavam a seguinte redação:

> "Art. 680. A avaliação será feita pelo oficial de justiça (art. 652), ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
> Art. 681. O laudo da avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
> I - a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram;
> II - o valor dos bens.
> Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)."

Da leitura dos dispositivos transcritos, verifica-se que a avaliação dos bens cabe, primeiramente, ao Oficial de Justiça, nomeando o MM. Juiz *a quo* um perito no caso de não haver, na comarca, tal servidor, ou, em caso de impugnação das partes, à avaliação realizada por aquele.

No caso em exame, o Auto de Penhora, Avaliação e Depósito foi lavrado em 29 de setembro de 2003, pelo Sr. Oficial de Justiça, o qual avaliou o imóvel, um prédio industrial, em R$ 443.425,00 (quatrocentos e quarenta e três mil, quatrocentos e vinte e cinco reais) (fl. 30), não tendo a Executada impugnado tal valor nem alegado, à época, que o referido imóvel era suscetível de cômoda divisão, necessitando, assim, de avaliação por um perito, operando-se a preclusão. Ainda, a questão de ser o imóvel suscetível de cômoda divisão não é matéria de ordem pública, devendo ser alegada pelo devedor.

Por sua vez, entre a data da avaliação - 29.09.2003 - e aquela designada para o primeiro leilão - 29.09.2009, decorreu considerável lapso temporal.

Desse modo, cabendo ao magistrado zelar para que o procedimento executório atinja suas finalidades, bem como em face do princípio da menor onerosidade ao devedor, o MM. Juízo *a quo* determinou a reavaliação do bem, objetivando que na hasta pública fosse considerado o valor atualizado do imóvel.

Em relação à necessidade de reavaliação do bem, na situação apontada, esta há de ocorrer por imperativo de justiça. Ademais, no julgamento do REsp nº 156.512/SP, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que, decorrendo tempo significativo entre a realização da avaliação do bem e a data da alienação judicial, é dever do juiz determinar, de ofício, a atualização do valor do bem.

Assim, por determinação judicial, em 14 de julho de 2009, o Sr. Oficial de Justiça dirigiu-se ao 1º Cartório de Registro de Imóveis de Jaú, constatando estar o referido imóvel em nome da Executada, bem como procedeu à sua reavaliação.

Conforme consta do referido documento (fl. 101), o preço do metro quadrado do imóvel e da construção, que em 2003 foram avaliados, respectivamente, em R$ 85,00 (oitenta e cinco reais) e R$ 300,00 (trezentos reais), em 2009 foram reavaliados para R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) e R$ 400,00 (quatrocentos reais), respectivamente, tendo o Sr. Oficial de Justiça considerado, para tanto, que sobre o terreno havia um prédio industrial, construído de tijolos e coberto com telhas, com estacionamento, lavador, sala de máquinas, depósito, vestiário, cinco banheiros, oficina elétrica, dois *halls*, cozinha, diretoria, escritório, totalizando o montante de R$ 1.052.640,00 (um milhão, cinquenta e dois mil, seiscentos e quarenta reais).

Cumpre observar que tal valor, bem como aquele referente ao lance mínimo aceito no leilão (R$ 631.584,00 - seiscentos e trinta e um mil, quinhentos e oitenta e quatro reais -), constaram da publicação do edital do leilão, em 24 de setembro de 2009, no Jornal Comércio do Jahu (fls. 31 e 39 destes autos), e na Imprensa Oficial, em 21 de julho de 2009 (fl. 47 da execução fiscal).

Todavia, mesmo tendo ciência, em duas oportunidades, do valor da reavaliação do imóvel, a Executada não o impugnou, tendo trazido laudo de um corretor de imóveis somente nestes autos, posteriormente à data da arrematação (fl. 32).

Nessa linha, tem se manifestado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdãos assim ementados:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. AVALIAÇÃO DE IMÓVEIS PENHORADOS. ARREMATAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. LAPSO TEMPORAL DE 7 ANOS ENTRE A AVALIAÇÃO E A ARREMATAÇÃO. NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO.
> 1. Os embargos à arrematação são servis ao desfazimento da arrematação por preço vil. (REsp 45.346/SP, REsp 45346/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA).
> 2. É dever do juiz determinar de ofício a atualização do laudo de avaliação, quando entre sua realização e a data da alienação judicial decorrer tempo significativo (REsp 156512/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA)
> 3. *In casu*, restou assentado no acórdão recorrido que a avaliação dos bens se deu 7 (sete) anos antes da arrematação, sendo razoável supor que possa ter havido

variação significativa no preço dos imóveis.
(...)"
(STJ, 1ª Turma, AgREsp nº 1196471, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2010, DJE de 14.12.2010).

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA AVALIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. PREÇO VIL. INOCORRÊNCIA. OPÇÃO PELO REFIS. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA.
(...)
3. Os embargos à arrematação não permitem a impugnação do valor da avaliação do bem se o ora embargante foi anteriormente intimado dessa avaliação e deixou de se manifestar, precluindo a matéria.
4. Recurso especial não-provido."
(STJ, 2ª Turma, REsp 991474, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 05.03.2009, DJE de 07.04.2009).

Pelo exposto, não procede a alegação de que o bem foi arrematado por preço vil, porquanto, na realidade, o imóvel foi arrematado por montante correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor da avaliação, em segundo leilão.

Por outro lado, no tocante à alegação de necessidade de intimação pessoal do devedor acerca do leilão, e não de seu advogado, também não assiste razão à Apelante.

Com efeito, em relação ao leilão, assim dispõe a Lei nº 6.830/80:

"Art. 22 - A arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, na sede do Juízo, e publicado em resumo, uma só vez, gratuitamente, como expediente judiciário, no órgão oficial.
§ 1º - O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta), nem inferior a 10 (dez) dias.
§ 2º - O representante judicial da Fazenda Pública, será intimado, pessoalmente, da realização do leilão, com a antecedência prevista no parágrafo anterior."

Da dicção de tal dispositivo, verifica-se que a Lei de Execuções Fiscais somente determina a intimação pessoal do representante judicial da Fazenda Pública acerca do leilão. Em relação às demais pessoas, estabelece seja publicado edital.

Também o art. 687, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente às execuções fiscais nos casos de omissão de sua lei de regência, dispõe que a intimação acerca da realização do leilão ocorrerá por edital, publicado em jornal de ampla circulação local.

Cumpre observar que não mais se aplica às execuções fiscais a Súmula nº 121/STJ, porquanto editada com fundamento na dicção original do § 3º, do art. 687, do Código de Processo Civil, anteriormente à redação dada a esse dispositivo pela Lei nº 8.953/94.

A partir da vigência da mencionada lei, a intimação pessoal do devedor passou a constar do § 5º do mesmo dispositivo legal, até a edição da Lei nº 11.382/06, que alterou a redação de tal parágrafo:

> "§ 5º O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)."

Em cumprimento a tal dispositivo legal, foi intimada a devedora da designação das datas dos leilões, na pessoa de seu patrono, por meio de publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, do dia 24 de julho de 2009, à p. 717.

Quanto às demais alegações da Apelante, melhor sorte não lhe assiste.

O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais foi instituído pela Lei nº 11.491/06 (art. 1º), aplicando-se seus dispositivos, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (art. 1º, § 1º).

Por sua vez, o § 2º do art. 4º, da mencionada lei, dispõe que "A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal".

Desse modo, a intimação da Executada, pelo Diário Eletrônico, não conflita com o disposto no art. 22, da Lei nº 6.830/80.

Por outro lado, a Lei nº 6.830/80 é expressa ao afirmar que o prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta), nem inferior a 10 (dez) dias (§ 1º, art. 22).

Constata-se que o edital da hasta pública foi publicado no Diário Eletrônico em 04 de setembro de 2009, dentro, portanto, do prazo legal.

E, ainda, houve a publicação no Jornal do Comércio do Jahu, em 24 de setembro de 2009, atendendo ao disposto no art. 687, do Código de Processo Civil.

Quanto à alegação de não ser o referido jornal veículo de ampla circulação, não logrou a Apelante demonstrá-lo inequivocamente.

Por fim, conquanto tenha a Executada quitado sua dívida, conforme documentos de fls. 244/250, tal fato não tem o condão de desfazer a arrematação, considerada perfeita e acabada.

Com efeito, tendo sido afastadas todas as alegações da Executada, permanece perfeita e acabada a arrematação do bem, porquanto à época em que ocorreu não estava presente nenhuma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em caso análogo, assim decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. FALTA DE COMUNICAÇÃO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, ANTES DA REALIZAÇÃO DO LEILÃO, SOBRE A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO EXEQÜENDO. IMPOSSIBILIDADE DE DESFAZIMENTO DA ARREMATAÇÃO.
> 1. O art. 151, VI, do Código Tributário Nacional, prevê o parcelamento como uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Nos termos do art. 111, I, do mesmo diploma legal, interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão do crédito tributário. Portanto, o simples pedido de

parcelamento de crédito tributário que esteja em fase de cobrança judicial e garantido por penhora, se não for informado ao Juiz da execução antes da arrematação, não tem o condão de suspender a exigibilidade da dívida executada, tampouco pode ser confundido com o pagamento, a novação, a transação ou qualquer outra causa extintiva da obrigação, sendo descabido, nessa hipótese, o desfazimento da arrematação considerada perfeita, acabada e irretratável.
2. A Segunda Turma desta Corte, ao julgar o REsp 465.482/RS, sob a relatoria do Ministro Franciulli Netto (DJ de 8.9.2003, p. 294), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que assentou o seguinte entendimento: 'Somente a homologação da opção ao Refis suspende a execução fiscal, a qual ocorre, tacitamente, decorrido o prazo de setenta e cinco dias da formalização, se não houver manifestação expressa do Comitê Gestor. A simples opção pelo Refis não pode ensejar o desfazimento da arrematação, pois os embargos à arrematação foram opostos antes do prazo legal para homologação da opção, quando se aperfeiçoa a transação.'
3. No caso, em 26 de junho de 2003, o executado, ora recorrido, foi intimado das datas designadas para a realização do leilão - a saber, os dias 25 de julho de 2003 e 8 de agosto de 2003 -, sendo que, antes mesmo dessas datas, precisamente no dia 24 de julho de 2003, formalizou o seu pedido de parcelamento da dívida, todavia não informou tal pedido, antes da arrematação, ao Juiz da execução nem à Procuradoria da Fazenda Nacional.
4. Recurso especial provido."
(STJ, 1ª Turma, REsp 706011, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 21.08.2007, DJ de 17.09.2007, p. 213).

Por sua vez, especificamente acerca do pagamento da dívida, após a arrematação, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

"PROCESSUAL CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DO LEILÃO REALIZADO. ARREMATAÇÃO VÁLIDA. EXTEMPORANEIDADE DA COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA DÍVIDA. ARTIGO 693 DO CPC.
I - Ao contrário do que alega o recorrente, na decisão agravada encontra-se consignado (fundada em termo de arrematação anexo) que o pagamento da dívida somente foi efetivado em momento posterior à realização do leilão e à concretização da arrematação do bem penhorado.
II - Em adição, o art. 693 do CPC, em sua redação dada pela Lei nº 11.382/2006, estabelece que o auto de arrematação será lavrado de imediato, sendo incabível a alegação de inobservância de prazo para remição.
III - Agravo de instrumento improvido. Embargos declaratórios opostos contra o despacho liminar não conhecidos, por prejudicados."
(TRF - 5ª Região, 4ª Turma, AG 103535, Rel. Des. Fed. Leonardo Resende Martins, j. em 23.03.2010, DJe de 30.03.2010, p. 642).

Por fim, em face da manutenção da sentença, devem ser revogados os efeitos da tutela anteriormente concedida parcialmente, a fim de possibilitar ao Arrematante a imissão na posse do imóvel.

Isto posto, *NÃO CONHEÇO DA PRELIMINAR ARGUIDA E NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO*, revogando os efeitos da tutela anteriormente concedida parcialmente, a fim de possibilitar ao Arrematante a imissão na posse do imóvel.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012282-42.2009.4.03.6109
(2009.61.09.012282-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JULIO CESAR LUIZ DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 1549728
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2011

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA ORIGINÁRIO DE PAGAMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUSCITADO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

1. A natureza do débito cobrado em execução fiscal não tem o condão de conferir competência à Terceira Seção desta Corte, especializada em matérias que envolvem diretamente a previdência e assistência social, excluídas as questões relativas ao custeio do sistema, incumbência da Primeira Seção, consoante norma inserta no art. 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal. Precedente.

2. Suscitado conflito negativo de competência, a ser solucionado pelo Egrégio Órgão Especial desta Corte, nos termos do artigo 11, parágrafo único, letra "i" do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

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, suscitar conflito negativo de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de apelação em execução fiscal inicialmente distribuída à Relatoria do Excelentíssimo Des. Federal Márcio Moraes, integrante E. Terceira Turma desta Corte.

Em 29/6/2011, o Excelentíssimo Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, ao apreciá-la, declinou da competência para decidir a causa e determinou a remessa a esta E. Terceira Seção.

Redistribuídos os autos a esta Relatoria.

É o relatório

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): O INSS

apela da sentença que lhe indeferiu a petição inicial da execução fiscal proposta para *cobrança de débito de "natureza previdenciária"*.

O Douto Juízo *a quo* entende que a certidão de dívida ativa não reúne os requisitos legais previstos na Lei nº 6.830/80 (art. 2º, § 5º, II e III), *in verbis*:

> "De fato, não há qualquer informação sobre a forma de calcular juros de mora e outros encargos previstos em lei ou em contrato.
> Quando à descrição de natureza e origem do débito contido na certidão ativa, é por demais genérica, não trazendo elementos mínimos que permitem a correta identificação da dívida cobrada. Limita-se a CDA a apontar o débito como tendo 'natureza não previdenciária', provavelmente como sinônimo de 'natureza não tributária' (conforme a terminologia adotada pela Lei nº 6.830/80) acrescentando ser sua origem 'não fraudulenta'."

O cerne da controvérsia, para fins de determinação da competência para processar e julgar a causa nesta Corte, está exatamente na identificação da natureza da dívida. Ou seja, se o fato de o débito ter origem previdenciária confere competência a esta Terceira Seção, especializada em matérias que envolvem diretamente a previdência e assistência social, excluídas as questões relativas ao custeio do sistema, incumbência da Primeira Seção (artigo 10, § 3º, do Regimento Interno).

Contudo, essa indagação não comporta outras digressões, diante do entendimento firmado pelo Órgão Especial desta Corte, no Conflito de Competência nº 2007.03.00.084959-9 (g. n.):

> "O cerne do conflito está em saber se a *origem previdenciária do débito* inscrito na dívida pública *implica a competência da Terceira Seção*.
> Entendo que *não*.
> A respeito da distribuição de competências entre as Seções deste Tribunal, o artigo 10 do Regimento Interno dispõe:
> Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.
> § 1º - À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:
> I - à matéria penal;
> II - às contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social, ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).
> III - à matéria de direito privado, dentre outras:
> a) domínio e posse;
> b) locação de imóveis;
> c) família e sucessões;
> d) direitos reais sobre a coisa alheia;
> e) constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
> IV - à matéria trabalhista de competência residual;
> V - à propriedade industrial;
> VI - aos registros públicos;
> VII - aos servidores civis e militares;

VIII - às desapropriações e apossamentos administrativos.
§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:
I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;
II - licitações;
III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;
IV - ensino superior;
V - inscrição e exercício profissional;
VI - tributos em geral e preços públicos;
VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção.
§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção. (grifei)
Da regra claramente exsurge que a Terceira Seção foi especializada nas demandas que diretamente envolvam previdência e assistência social, excluídas expressamente as questões relativas às contribuições devidas para o custeio do sistema, que foram incumbidas à Primeira Seção. Dito de outro modo, àquela Seção *foram atribuídos quaisquer feitos que envolvam a concessão e revisão de benefícios previdenciários.*
No conflito em questão, como visto, o recurso não traz, sequer remotamente, controvérsia sobre prestações previdenciárias, mas *unicamente acerca da inscrição em dívida ativa e cobrança de um crédito pelos meios próprios previstos na legislação específica*, que, como é cediço, em primeiro grau também é usualmente fonte de especialização jurisdicional.
Descabe, portanto, à evidência, à Terceira Seção conhecer e julgar a matéria.
Por outro lado, o § 2º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, prevê:
Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou *não tributária* na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.
§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.
A dívida ativa inscrita e cobrada judicialmente, portanto, *inclui não somente aquela de origem tributária*. No caso em exame, o lançamento na dívida pública dos *valores pagos indevidamente pelo INSS tem nítido caráter indenizatório*, matéria de Direito Civil (artigos 927 a 954 do Código Civil), que se insere no inciso III do § 1º do Regimento Interno transcrito. Conseqüentemente, a competência é da Primeira Seção, que, aliás, tem precedentes em casos análogos, conforme já salientaram a suscitante e o *Parquet*, *verbis*:

‘PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. RESPONSABILIDADE. DÍVIDA DECORRENTE DE FRAUDE PERPETRADA CONTRA O INSS. CRÉDITO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA. APURAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL PRÓPRIO. ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.
1 - Rejeitada a preliminar argüida pelo embargante. O IAPAS é parte legítima para representar processualmente o INPS e outras autarquias vinculadas ao SINPAS.
2 - Induvidosamente, o embargado tem direito de ser ressarcido dos danos materiais que sofreu em razão da concessão fraudulenta de aposentadoria e que o embargante deve responder pela reparação desses prejuízos causados. Contudo, o conceito de dívida ativa não-tributária, embora amplo, não permite à Fazenda Pública inscrever em dívida todo e qualquer crédito a seu favor.
3 - A dívida cobrada deve ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público. Hipótese em que o INSS pretende cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio (fraude no recebimento de benefício) apurados em “tomada de contas especial”.
4 - A questão deve ser debatida nas vias judiciais próprias, em conformidade com os princípios da ampla defesa e do contraditório, devendo ser reservada a ação executiva para uma fase posterior.
5 - Preliminar rejeitada. Apelação do embargante provida. Prejudicado o recurso autárquico.’
(Apelação Cível nº 90.03.023153-2; Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães; Segunda Turma; j. em 03/04/07; DJU 04/05/07)
‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGALIDADE DE O INSS INSCREVER O DÉBITO INDENIZATÓRIO EM DÍVIDA ATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA ILIDIDA.
- Realizado o reexame de ofício em razão da Súmula nº 620 do STF, vigente à época da sentença.
- O rito da Lei nº 6.830/80 se aplica à cobrança de dívida ativa de natureza tributária e não tributária, conforme seu art. 2º e § 2º.
- *In casu*, a natureza é indenizatória, pois houve suspeita de fraude em benefício previdenciário. O INSS suspendeu o pagamento, inscreveu em dívida ativa e lavrou CDA, na qual constam o beneficiário como devedor e a funcionária como coresponsável.
Frise-se que a autarquia tem poderes legais para tanto, devido ao seu poder de império e de polícia. Há disposição expressa nesse sentido nos arts. 141 e 144 do Decreto nº 89.312/84, CLPS, que vigorava à época do procedimento administrativo (1986).
- Embora a CDA atenda aos requisitos formais do art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, a embargante logrou elidir a presunção de liquidez e certeza. Apenas a co-executada Maria José Santos Damásio prestou declarações referentes a seu contato com Inaiá Maria Vilela Lima, que afirmou desconhecer, a entrega de quantia em dinheiro a Walter Vilela Pinto, que a tinha pedido para pagar os recolhimentos atrasados

e requerer a aposentadoria, e não reconheceu algumas guias de pagamento de impostos municipais. Assim, em momento algum foi-lhe dada ciência de que poderia haver execução fiscal dos valores recebidos, nem lhe foi dada a oportunidade de juntar documentos ou se apresentar acompanhada de advogado. Não foi assegurado o exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório, também asseguradas na Constituição anterior à de 1988 (arts. 153, §§ 4º e 15).

- Apelação autárquica desprovida em conseqüência da remessa oficial.'

(Apelação Cível nº 92.03.083303-0; Rel. Des. Fed. André Nabarrete; Quinta Turma; j. em 28/08/06; DJU 11/10/06)

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente o conflito para declarar a competência do suscitado, o Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, integrante da Segunda Turma deste Tribunal."

(Rel. Desembargador Federal André Nabarrete, j. 10/12/2008, DE 18/12/2008, p. 75/76)

Com essas considerações, *suscito conflito negativo* de competência, a ser solucionado pelo Egrégio Órgão Especial desta Corte, nos termos do artigo 11, parágrafo único, letra "i", do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Expeça-se ofício, nos termos do art. 118, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ao Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte, com cópia da petição inicial (fls. 02/06), do despacho e sentença (fls. 08/11vº), da decisão que recebeu a apelação (fls. 19), da decisão proferida nesta Corte (fls. 22), do relatório, deste voto e do respectivo acórdão, a fim de instruir o presente conflito negativo de competência.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0000083-45.2010.4.03.0000
(2010.03.00.000083-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: JULIA APARECIDA CHIAVELLI ESTANHO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAFELÂNDIA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONARDO SAFI
Classe do Processo: AI 395010
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2011

EMENTA

AÇÃO REVISIONAL - PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA. BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS DA SUCUMBÊNCIA.
- Sob pena de não obedecer ao título judicial, comprovado o pagamento administrativo, os valores recebidos devem ser abatidos do cálculo de liquidação, configurando-se tal em vício que pode e deve ser conhecido de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo vedada, ademais, a capitalização de juros sobre juros, como se deu.
- Não obstante o pagamento na esfera administrativa deva ser abatido na apuração do crédito da exeqüente, o fato não tem o condão de interferir na base de cálculos dos honorários da sucumbência. Precedente do E. STJ.
- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra a decisão que, em sede de execução de sentença, rejeitou a objeção de executividade oposta pela autarquia.

Sustenta a parte recorrente, em síntese, que, muito embora na ação de embargos à execução tenha apenas impugnado a correção monetária aplicada aos cálculos de liquidação, não foram descontados da conta os valores já recebidos administrativamente, matéria alegável a qualquer tempo, podendo, inclusive, dela o juiz conhecer de ofício. Assim, deve ser afastada a conta de liquidação das diferenças no valor de R$ 16.380,79, pois o valor total correto da execução é de R$ 2.091,70, sendo R$ 1.606,71, devidos à autora, e R$ 484,99, a título de honorários advocatícios. Por fim, noticiando que os valores constantes dos

cálculos da parte autora já foram depositados, requer seja concedido o efeito suspensivo ao recurso para impedir o levantamento e, ao final, que seja fixado o valor da execução, segundo os cálculos da autarquia, descontados os valores recebidos administrativamente.

Concedido o efeito suspensivo para que fosse suspensa a execução, obstando, conseqüentemente, eventual levantamento dos valores já depositados, foram requisitadas informações ao MM. Juiz da causa.

Prestadas as informações, a parte agravada não apresentou contraminuta.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Ainda que o INSS, em sede de embargos à execução, tenha se limitado a impugnar a correção monetária dos valores atrasados, matérias que podem ser conhecidas *de ofício* pelo juiz legitimam a promoção da objeção de executividade, muito embora pudessem ser alegáveis nos embargos, se desnecessária dilação probatória, sob pena de desvirtuar o processo de execução.

E, na hipótese, a simples análise dos elementos constantes do processo aponta a pertinência das alegações do INNS, que traz documentação que comprova que procedeu ao pagamento administrativo (fls. 51/58) e, por outro lado, o cálculo de liquidação não explicita o abatimento dos valores recebidos (fls. 34/39).

Inclusive, o vício afigura-se como erro material, o qual pode e deve ser conhecido de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo ser retificado o cálculo que não corresponde ao *quantum debeatur*, sem abatimento dos valores já pagos administrativamente.

Além disso, informa o contador judicial (fl. 41) que na conta apresentada pela parte autora foram utilizados os índices da tabela de benefício previdenciário deste Col. Tribunal, sendo os juros de mora calculados a razão de 6% ao ano e os honorários advocatícios em 10% das parcelas vencidas e 10% das vincendas.

Vedada a capitalização de juros sobre juros, a par do relatado, verifico que, nos termos da condenação, os juros de moratórios não foram estabelecidos desta forma, merecendo, também por isso, ser ajustada a conta de liquidação (fls. 34/39).

Portanto, devem ser regularmente apurados os atrasados, com compensação da importância recebida na via administrativa e recálculo dos juros, sem capitalização.

De outra parte, não obstante o pagamento na esfera administrativa deva ser abatido na apuração do crédito da exeqüente, tal fato não tem o condão de interferir na base de cálculos dos honorários da sucumbência.

Confira-se a respeito:

> "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.

4. Recurso Especial provido."

(STJ, RESP 956263, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma , DJ 03/09/07)

Portanto, deve a contadoria judicial refazer os cálculos, na forma especificada, apurando os atrasados, com compensação da importância recebida na via administrativa, e recálculo dos juros, sem capitalização, mantida a base de cálculos dos honorários da sucumbência.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0018782-84.2010.4.03.0000
(2010.03.00.018782-6)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Partes Autoras: JOSIANE MIRANDA SILVA QUELE E OUTROS
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: CC 12262
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SUSCTE.: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP. SUSCDO.: JUÍZO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DO ART. 109, INC. I, DA CF. NECESSÁRIA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 82, I, DO CPC. RENÚNCIA DO MONTANTE QUE SOBEJA A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS FORMULADA PELA REPRESENTANTE DOS MENORES. INEFICÁCIA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DOS MENORES PARA ABRIR MÃO DO CRÉDITO, AINDA QUE REPRESENTADOS. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

- Conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal Previdenciário, em razão da negativa de competência do Juízo Especial Federal processar e julgar ação de pensão por morte em que o valor da causa supera o montante estabelecido pelo art. 3º da Lei nº 10.259/2001.
- A obrigatoriedade de atuação do "Parquet" quando presente interesse de menor independe da existência de representação, tutela ou curatela. Inteligência do artigo 82, inciso I, do CPC.
- As partes demandantes optaram pelo recebimento de valores na demanda aforada no Juízo Suscitado, tencionando abrir mão das quantias que superam o valor de alçada do Juizado Especial.
- A renúncia por parte da representante dos menores sem a intervenção do Ministério Público e autorização judicial é ineficaz, pois a capacidade do agente é pressuposto de validade do ato jurídico de renúncia (art. 104, inc. I do Código Civil), não suprível, *in casu*, pela representação, dado o interesse envolvido.
- Aplicação do princípio da efetividade do processo. Competente o Juízo Federal comum.
- Conflito de competência julgado 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 maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de abril de 2011.
Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juiz Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP (Suscitante) e o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo - SP (Suscitado), em ação previdenciária de concessão de pensão por morte.

Assevera o Suscitante que, embora a pretensão verse sobre prestações que excedem o limite de alçada do Juizado Especial, a parte autora renunciou ao montante que supera o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 10.259/01 (fls. 02-05).

Por sua vez, refere o Suscitado, por meio de julgado proferido pela 1ª Turma Recursal Cível e Criminal dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, que não houve a renúncia das parcelas que superam o valor de alçada do Juizado Especial (fls. 11-13).

Designado o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo - SP, em caráter provisório (fls. 15).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 23-24 e 37-38v.), pela competência do Juízo Suscitado.

É O RELATÓRIO
Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): O Juízo Suscitado, por meio da Turma Recursal do Juizado Especial Federal de São Paulo, no julgamento proferido em 25.10.09, observou que, embora oportunizada a manifestação da parte autora no tocante à desistência dos valores atrasados, de molde a garantir o trâmite da ação naquela Justiça Especial, quedaram-se silentes os demandantes (fls. 12).

Todavia, nota-se que as partes demandantes manifestaram, em 16.10.09, expressa concordância com o recebimento de valores em conformidade à competência do Juizado, ou seja, limitados ao montante de 60 (sessenta) salários mínimos (fls.10).

A opção pelo trâmite processual do Juizado Especial Federal estaria, portanto, sacramentada, não fosse pela circunstância de alguns dos autores serem menores de idade.

Nos termos da lei civil (arts. 3º, I e 4º, I, do Código Civil), os menores são incapazes de exercer os atos da vida civil, devendo, pois, serem representados em Juízo por seus pais, tutores ou curadores (art. 8º do Código de Processo Civil).

Nesse rumo, tirante o fato de que não há restrição à propositura de ações perante o Juizado Especial Federal por menor devidamente representado, até porquê a Lei nº 10.259/2001 não estabeleceu limitação semelhante à preconizada pela Lei nº 9.099/95 (TNU, PEDILF Nº 200261840136090, Rel. Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, data da decisão: 28.09.94), entendo que se está diante de óbice intransponível ao ato de renúncia a eventuais créditos quanto a dois aspectos: a falta de efetiva intervenção do Ministério Público (art. 81, II, do CPC) e a impossibilidade de renúncia de valores pelo incapaz.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Estabelece o art. 82, II, do CPC:

"Ar. 82. Compete ao Ministério Público intervir:
I - Nas causas em que há interesses de incapazes."

Há que se esclarecer, nesse rumo, que a obrigatoriedade de atuação do "Parquet", em casos que tais independe da existência de representação, tutela ou curatela. Nesse diapasão: "(...) amparado nessa hipótese, o MP atua no processo como um assistente diferenciado do incapaz, competindo-lhe defender apenas os interesses deste e não os da parte contrária; sua posição é vinculada, portanto (...)" (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*, 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 59).

Dos autos, verifica-se a tão-só manifestação em segunda instância do Ministério Público Federal, por meio de sua Procuradoria Regional (fls. 23-24 e 37-38 v.), nestes autos de Conflito de Competência.

A propósito, colaciono o seguinte julgado proferido pelo Col. Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso Especial. Indenização por danos materiais e morais. Transação extrajudicial celebrada pelo pai, em nome dos filhos menores. Recebimento de direitos indenizatórios por atos ilícitos relativos. Quitação geral. Pátrio poder. Poderes de administração dos bens dos filhos. Ato que extrapola a simples gerência e conservação do patrimônio dos menores. Autorização judicial. Imprescindibilidade. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade. Art. 82, II, do CPC.
> - O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no art. 386 do CC, mediante as formalidades legais exigidas.
> - A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos.
> - O Ministério Público atua para proteger interesses indisponíveis. No rol destes estão os relacionados à *patria potestas*. É de interesse do Estado assegurar a proteção da relação que envolve pais e filhos. Neste diapasão, quaisquer questões relativas aos direitos de ordem patrimonial dos filhos, assim como aqueles que concernem ao usufruto e administração pelos pais sobre seus bens, transcendem a órbita do direito privado e justificam a atuação do Ministério Público na causa concernente, com arrimo art. 82, inciso II, do CPC.

- Com vistas a impedir atos fraudulentos ou o propiciar de perdas desvantajosas para o menor, competirá ao Ministério Público, nestes casos, coadjuvar seu representante na defesa dos interesses que estão afetos ao incapaz, bem como, fiscalizar os negócios por ele praticados que impliquem vedada disposição de bens. Tal participação é obrigatória, sob pena de nulidade.
- Recurso especial a que se nega provimento."
(STJ, REsp 292974/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, v. u., DJU 25.06.01).

Observo, contudo, que a necessária participação do MPF nos autos da demanda de conhecimento há de ser resolvida no âmbito da ação subjacente.

DA RENÚNCIA DE VALORES POR INCAPAZ

A Turma recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região, sob o fundamento de que o *quantum* indicado para a causa mostrava-se superior a 60 (sessenta) salários mínimos, determinou a remessa dos autos ao Juízo Suscitante.

A competência dos Juizados Especiais Federais vem expressamente definida no artigo 3º da Lei 10.259, de 12.07.2001, *in litteris*:

"Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.
§ 1º. Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:
I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direito ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;
II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;
III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;
IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.
§ 2º. Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze prestações não poderá exceder o valor referido no art. 3º, 'caput'.
§ 3º. No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta." (g. n.)

De outro lado, nas demandas cuja natureza seja de semelhante jaez, afigura-se aplicável o artigo 260 do Código de Processo Civil, de seguinte redação:

"Art. 260. Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações."

As partes autoras peticionaram informando que "(...) concorda no recebimento de valores conforme a competência deste Juizado" (fls. 10), o quê equivale à renúncia expressa, uma vez que a competência daquela Justiça Especializada qualifica-se pelas causas cujo benefício econômico não supera 60 (sessenta) salários mínimos.

Vale dizer, ao optar pelo recebimento de valores na demanda aforada perante o Juízo Suscitado, as partes autoras tencionaram abrir mão das quantias que superam o referido valor de alçada do Juizado Especial.

Todavia, entendo que a manifestação de vontade por parte dos menores é ineficaz, pois a capacidade do agente é pressuposto de validade do ato jurídico praticado (renúncia), nos termos do que estabelece o art. 104, I, do Código Civil, não sendo passível de suprimento pela representação, *in casu*, dado o interesse envolvido, donde obrigatória, como visto, a intervenção do Ministério Público.

A renúncia exige agente capaz. O menor ou incapaz pode receber valores, mas não pode renunciar a eles, nem por intermédio de seus representantes. Desse modo, a renúncia é possível somente mediante autorização judicial, com a participação do Ministério Público, comprovada a conveniência do ato de liberalidade. A propósito, por analogia, veja-se o que estabelece o art. 1691 do Código Civil:

> "Art. 1691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização judicial."

Vejam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO E PARTILHA, C/C PETIÇÃO DE HERANÇA E PERDAS E DANOS. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS CÔNJUGES AFASTADA. PRETENSÃO ANULATÓRIA QUE, EM CASO DE PROCEDÊNCIA, ATINGIRÁ DIRETAMENTE O PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DOS HERDEIROS. EXEGESE DO ART. 10, § 1º, INC. I DO CPC. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 177 DO CC/1916 E 205 DO CC/2002. *NULIDADE DA ESCRITURA PÚBLICA, QUE IMPORTOU EM RENÚNCIA À HERANÇA PERTENCENTE À RELATIVAMENTE INCAPAZ. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO QUE EXTRAPOLA A SIMPLES GERÊNCIA OU CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO MENOR*, NOS TERMOS DO ART. 1.691 DO CC. INOBSERVÂNCIA DE SOLENIDADE INDISPENSÁVEL À VALIDADE DO ATO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DEVIDA. PREJUÍZOS DECORRENTES DA EXCLUSÃO DA PARTILHA. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO." (TJPR, Apelação Cível nº 0677499-8, Rel. Desembargador Ruy Muggiati, 8ª Câmara Cível, v. u., DJ 07.12.2010) (g. n.).

> "AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOCUMENTO PARTICULAR. RECIBO DE QUITAÇÃO DE DÍVIDA ALIMENTAR FIRMADO PELA GENITORA

DO MENOR DESASSISTIDA DE ADVOGADO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO E ESTADO DE PERIGO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ESTADO DE MISERABILIDADE. VALOR RECEBIDO MUITO ABAIXO DO DEVIDO.
Carece de validade jurídica o recibo de quitação extrajudicial firmado pela genitora do alimentado que, desassistida de advogado e premida pelo estado de miserabilidade, aceita valor muito abaixo do que tem direito o filho, praticando verdadeira *renúncia de crédito indisponível*.
RECURSO IMPROVIDO." (RJTJRS-274/347, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, 8ª Câmara Cível, v. u., DJ 01.04.2009) (g. n.).

Nem se alegue a falta de prejuízo aos postulantes como causa de convalidação do ato de renúncia praticado, dado que, salvo melhor juízo, a renúncia versada nos autos é em prejuízo dos interesses dos incapazes, haja vista a possibilidade de redução do benefício econômico pretendido.

Esta Terceira Seção já decidiu que, se não houver renúncia à parcela excedente a sessenta salários mínimos, a demanda deve ser processada e julgada perante o Juízo Federal Comum:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SANTOS - SP E JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA O JULGAMENTO DO VERTENTE CONFLITO. VALOR DA CAUSA. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. ARTIGO 3º DA LEI Nº 10.259. OBSCURIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS ARTIGOS 260 E 1211 DO CPC. SOMA DAS PARCELAS VENCIDAS COM DOZE VINCENDAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP, SUSCITADO.
- Competência do Tribunal Regional Federal para dirimir conflitos entre juízes federais, ainda que um deles exerça jurisdição nos juizados (vencida a Relatora que entendia que a competência é do Superior Tribunal de Justiça).
- Conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal Cível de Santos - SP., em razão da negativa de competência do Juízo Federal da 5ª Vara de Santos - SP, para processar e julgar pedido de concessão de aposentadoria.
- Ação previdenciária ajuizada perante o Juízo Federal da 5ª Vara em Santos - SP., atribuído, à causa, o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais). A pretensão deduzida nos autos principais trata de reconhecimento de tempo trabalhado sob condições especiais e, como conseqüência, o deferimento da respectiva aposentadoria, desde a data do requerimento efetuado na esfera administrativa.
- A competência dos Juizados Especiais Federais vem expressamente definida no artigo 3º da Lei nº 10.259, de 12.07.2001.
- O autor da ação previdenciária protocolizou-a junto à Justiça Federal de Santos, do que se depreende sua pretensão em receber todo o montante que entende devido, a título de parcelas vencidas e vincendas, posto tratar-se a aposentadoria especial de benefício de caráter continuado, e não renunciar ao crédito excedente aos 60 (sessenta) salários mínimos, o que estaria a fixar a competência do Juizado Especial Federal.
- Aplicabilidade do artigo 260 do Código de Processo Civil às demandas cuja

natureza seja de semelhante jaez. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.
- O silêncio da Lei nº 10.259/2001 a respeito de pedidos que envolvam parcelas vencidas e vincendas leva à aplicação subsidiária do diploma processual civil, nos termos do art. 1211 deste último.
- Competência do Juízo Suscitado para julgamento do feito.
- Conflito de competência julgado procedente." (Proc. nº 2006.03.00.113628-8, CC 9959, DES. FED. VERA JUCOVSKY, m. v., DJU 24.09.08)

O processamento do feito na Justiça Federal Comum melhor atende à pretensão posta em Juízo, visto que a somatória das rendas mensais do benefício pleiteado há de conter prestações vencidas e vincendas, que certamente excedem o valor admitido pela Lei nº 10.259/2001.

De outro vórtice, a efetividade do processo há de ser perseguida pelo Magistrado, até porquê o seu não atendimento depõe contra a garantia da prestação jurisdicional célere, consoante preconiza a Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 5º (...).
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." (inciso com redação dada pela EC nº 45/04).

A noção de efetividade do processo foi objeto de estudo de Cândido Rangel Dinamarco, para quem "(...) 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." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 270.).

Não colhe, enfim, a tese defendida no parecer ministerial, no sentido de que o montante objeto de renúncia poderia, ainda, ser pleiteado pelos credores na Justiça Comum ao completarem a maioridade, pois além de onerar os pensionistas, posterga ainda mais a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Manifesta, portanto, a competência do Juízo Suscitante, na forma do artigo 109, I, da CF/88.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PRESENTE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA E DECLARO COMPETENTE PARA PROCESSAR A AÇÃO EM COMENTO O JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP.

Oficiem-se aos Juízos aqui envolvidos com a maior brevidade possível.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao Juízo ora declarado competente.

É COMO VOTO

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO: Cuida-se de Conflito Negativo de Competência em que é suscitante o Juiz Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP e suscitado o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo/SP, visando

à definição do Juízo competente, *in casu*, para processar e julgar ação ajuizada por Josiane Miranda Silva Quele e seus filhos, com o objetivo de obter a concessão de pensão por morte desde a data do requerimento formulado administrativamente (em 25.02.2004).

A ação foi ajuizada originalmente perante o Juizado Especial Federal de São Paulo; julgado procedente o pedido, houve a renúncia dos valores que excediam a competência do Juizado Especial Federal (fls. 10).

Remetido o feito à Turma Recursal, por força de apelo interposto pelo INSS, houve o acolhimento da preliminar de incompetência para o processamento e julgamento da demanda subjacente pelo JEF, sob o fundamento de que o valor da causa excederia aos 60 (sessenta) salários mínimos exigidos por lei, como critério para se firmar a competência absoluta do Juizado Especial, sendo tais valores irrenunciáveis, vez que havia naqueles autos interesses de menores.

Remetidos os autos à Justiça Federal comum, restou suscitado o presente conflito de competência.

Distribuído o incidente à relatoria da e. Des. Federal Vera Jucovsky, abriu-se vista ao Ministério Público Federal para parecer, que a fls. 37/38, manifestou-se pela procedência do presente conflito, reconhecendo-se a competência do órgão jurisdicional suscitado, qual seja, o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo/SP.

Após seu regular processamento, houve a apresentação deste feito em mesa, para julgamento (fls. 43), oportunidade em que a e. Relatora, por seu voto, julgou improcedente o conflito negativo de competência, para declarar o Juiz Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP competente para processar e julgar a ação previdenciária, ora posta a desate.

Pedindo vênia a sua Excelência, divergi de seu entendimento, para julgar procedente este Conflito de jurisdição, pelos fundamentos a seguir expendidos:

Inicialmente, esclareço que por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 590409 RG/RJ, em matéria elencada como de Repercussão Geral, ocorrido em 26.08.2009, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto condutor exarado pelo I. Min. Ricardo Lewandovski, assentou entendimento de competir aos Tribunais Regionais Federais o julgamento de conflitos de competência que surjam entre juízes federais sob sua jurisdição, incluindo, nessa hipótese, aqueles que integram o Juizado Especial Federal.

Transcrevo esse aresto:

> "*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PERTENCENTES À MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. JULGAMENTO AFETO AO RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. JULGAMENTO PELO STJ. INADMISSIBILIDADE. RE CONHECIDO E PROVIDO.*
> I. A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um Juizado Especial e um Juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.
> II - A competência STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, 'd', da CF).
> III - Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados

Especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles.
IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifei)

Aceito, por esse fundamento, a competência deste Tribunal para o exame deste incidente processual.

A Lei nº 10.259/01, instituidora do Juizado Especial Federal, teve por escopo ampliar a garantia do acesso à justiça, imprimindo maior celeridade à prestação jurisdicional, atribuindo competência absoluta onde houver sido instalada a Vara respectiva para apreciar e julgar causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (*ex vi*, art. 3º), excetuando-se as hipóteses previstas pelo § 1º.

Conclui-se, assim, que o legislador infra-constitucional direcionou a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis a "processos de menor expressão econômica". Essa a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO COMUM. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CAUSA DE VALOR INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. UNIÃO, ESTADO MEMBRO E MUNICÍPIO NO PÓLO PASSIVO. ART. 6º, II, DA LEI Nº 10.259/2001. INTERPRETAÇÃO AMPLA. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS*.
1. A Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º). A essa regra foram estabelecidas exceções ditadas (a) pela natureza da demanda ou do pedido (critério material), (b) pelo tipo de procedimento (critério processual) e (c) pelos figurantes da relação processual (critério subjetivo).
2. É certo que a Constituição limitou a competência dos Juizados Federais, em matéria cível, a causas de "menor complexidade" (CF, art 98, § único). Mas, não se pode ter por inconstitucional o critério para esse fim adotado pelo legislador, baseado no menor valor da causa, com as exceções enunciadas. A necessidade de produção de prova pericial, além de não ser o critério próprio para definir a competência, não é sequer incompatível com o rito dos Juizados Federais, que prevê expressamente a produção dessa espécie de prova (art. 12 da Lei nº 10.259/01).
3. A presença, como litisconsorte passivo da União, de entidade não sujeita a Juizado Especial Federal (no caso, o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis), não altera a competência do Juizado. Aplica-se à situação o princípio federativo (que dá supremacia à posição da União em face de outras entidades) e o da especialidade (que confere preferência ao juízo especial sobre o comum).
4. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juizado Especial, o suscitado." (grifei)
(STJ - CC 96.353/SC (reg. 2008/0019832-5) - Primeira Seção - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - julg. 28.05.2008 - DJU de 09.09.2008).

No caso dos autos, observa-se que a ação previdenciária subjacente foi ajuizada em 12.03.2010, onde se pleiteou valores vencidos desde 25.02.2004, e prestações vincendas.

Quanto a esse aspecto, o valor da causa, mediante a regra insculpida no art. 258 e ss do CPC, seria composto por cerca de 72 salários-mínimos atrasados, acrescidos de 12 prestações vincendas, totalizando cerca de 84 prestações o que, conforme explicitado anteriormente, extrapolaria a competência do Juizado Especial Federal (*ex vi*, art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/01). No entanto, quanto a este aspecto, verifico que houve manifesta renúncia quanto às quantias excedentes (fls. 10), o que possibilitou a manutenção da competência do Juizado Especial Federal em São Paulo para apreciar e julgar a demanda subjacente.

Tal procedimento é totalmente defensável, vez que, por expressa disposição legal, pode o demandante abrir mão da parcela excedente impeditiva da manutenção do feito previdenciário sob a Competência dos JEFs (*ex vi, art. 3º, da Lei 9.099/1995, c/c art. 1º, da Lei 10.259/2001*). Esse posicionamento, aliás, já foi objeto de análise e debates pela E. Décima Turma deste Tribunal, que, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2007.03.00.048524-3, de relatoria do Des. Federal Castro Guerra, cuja ementa restou publicada em 17.10.2007, pág. 930, deu a lume aresto do teor seguinte:

> "*PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VALOR DA CAUSA. PRESTAÇÕES VINCENDAS E VENCIDAS. VALOR SUPERIOR AO LIMITE LEGAL DA LEI Nº 10.259/01. AUSÊNCIA DE RENÚNCIA AO EXCEDENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.*
> Se o valor da execução ultrapassar o teto de sessenta salários mínimos, somadas as prestações vincendas ou estas e as vencidas, a competência é da Justiça Comum, exceto se houver renúncia ao excedente do crédito de sessenta salários mínimos, nos termos do art. 17, § 4º, da L. 10.259/01.
> Agravo de instrumento provido." (grifei)

Essa conclusão advém da circunstância de serem dissociáveis o direito ao benefício e o direito às prestações pecuniárias dele derivadas, de modo que a renúncia a parcela patrimonial não implica qualquer mácula à preservação do direito fundamental de acesso ao benefício. É bem por isso que o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 37/38, ratificou o termo de desistência formulado pelos autores originários (fls. 10). Não desconsidero a circunstância de haver ocorrido na espécie a renúncia de valores equivalentes a um terço (1/3) do montante perseguido, o que, poderia sugerir, *primo ictu oculi*, a ocorrência de manifesto prejuízo patrimonial aos demandantes. No entanto, há aqui dois valores a serem sopesados: o prejuízo quantitativo, propriamente dito, e o prejuízo analisado sob a ótica da sociologia judiciária. O que seria mais oneroso, receber rapidamente o benefício de forma não integral ou receber todo o valor imputado como devido, de uma vez só, no montante integral, ao final de alguns anos de processamento da demanda previdenciária principal? Desta forma, considerando o tempo de processamento de um feito no Juizado Especial, incluindo a Turma Recursal, e aquele necessário para o processamento e julgamento de um feito em trâmite na Justiça Comum, inclino-me por considerar mais favorável às partes litigantes o trâmite do feito previdenciário de seu interesse perante o Juizado Especial Federal, ainda que, em um primeiro momento, haja um "*prejuízo pecuniário*" a estes litigantes.

Por outro lado, assevero não se vislumbrar qualquer prejuízo ao direito dos menores litigantes. Isto porque, além de se encontrarem devidamente representados judicialmente, houve expressa anuência, quanto à renúncia patrimonial, ora analisada, pelo

Ministério Público Federal, conforme se verifica do parecer de fls. 37/38.

Ante o exposto, pedindo vênia a Sua Excelência, voto para julgar procedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Juízo Suscitado, qual seja o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo - 1ª SSJ/SP.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO

DIREITO
PROCESSUAL PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0000128-92.1990.4.03.6000
(96.03.082381-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, WILD PACHECO E ROHER PACHECO
Apelados: OS MESMOS
Excluído: PEDRO ALVES PACHECO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACR 18318
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2011

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INTIMAÇÃO DAS PARTES EM PLENÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DO MPF. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO DOS JURADOS CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SEGUNDO RECURSO COM BASE NO ART. 593, III, DO CPP. NÃO CABIMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRAVE CONSEQUÊNCIA DO CRIME E ALTA CULPABILIDADE. LEGALIDADE DA MAJORAÇÃO.

I - A sentença proferida pelo Tribunal Popular foi publicada em Plenário do Júri, de onde saíram intimadas as partes, inclusive o representante do Ministério Público Federal, contando-se daí o prazo da interposição do recurso. A defesa dos réus apelou, apresentou razões e, aberta vista dos autos para contrarrazões ministeriais, a acusação também interpôs apelo.

II - O apelo ministerial é manifestamente intempestivo, na medida em que interposto após o prazo previsto no CPP.

III - Considerando os marcos interruptivos, tem-se que o prazo prescricional não foi ainda ultrapassado, ficando rejeitada a preliminar arguida pela defesa.

IV - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o recurso de apelação fundado no art. 593, III, *d* do CPP somente pode ser utilizado uma única vez, a teor do disposto na parte final do § 3º do mesmo dispositivo.

V - As circunstâncias judiciais consideradas pela sentença para fixar a pena acima do mínimo legal estão comprovadas nos autos de forma incontestável. A atenuante da menoridade foi aplicada em benefício dos réus. Não há qualquer excesso na fixação da pena, a qual fica mantida.

VI - Apelação do MPF não conhecida. Apelação da defesa conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada improvida.

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, não conhecer do apelo do MPF, conhecer em parte o apelo da defesa e, na parte conhecida,

negar provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA: Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelos réus Wild Pacheco e Roher Pacheco, condenados à pena privativa de liberdade de 09 anos e 02 meses de reclusão, cada um, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

A denúncia narrou os fatos da seguinte forma:

> "Consta do IPL que no dia 13 de dezembro de 1989, por volta das 23:00 horas, na rua Eduardo Santos Pereira, em frente ao nº 2240, nesta capital, onde policiais federais praticavam serviço de observação de pessoa suspeita, daquele local se aproximaram os acusados Pedro, Roher e Wild, bem como o traficante Fúlvio Benites.
> O acusado Roher e seu parceiro Fúlvio, este falecido, estavam envolvidos no comércio de cocaína, e o primeiro encontrava-se ameaçado de morte por um indivíduo Lauro em razão de ter sido ludibriado no tráfico do pó, e imaginou, naquela noite, que os policiais federais Fernando Luiz Fernandes e Jefferson da Guia Rodrigues, seriam os vingadores marginais a espreitá-lo.
> Reunidos com seu pai PEDRO, seu irmão Wild e seu comparsa Fúlvio, conforme se relatou, aproximaram os acusados dos policiais federais e sem a menor oportunidade de defesa, sorrateiramente, PEDRO e WILD em um volks marrom-alaranjado munidos de uma arma PUMA-357 e revólver 38 respectivamente, de inopino, desfecharam disparos nos ocupantes do veículo Gol, no que foram seguidos, na atitude, por Fúlvio e Roher.
> Constatado que os quatro atiraram contra os policiais no carro, um projétil atingiu o policial federal Fernando Luiz Fernandes na região mamária direita (cf. laudo fls. 201), e não obstante a persteza na busca do socorro médico, o servidor público não resistiu ao ferimento, vindo a falecer.
> Submetidas as armas, bem como os projéteis encontrados no local do crime e aquele que foi retirado do corpo da vítima, concluiu-se que a arma detonadora do projétil que causou a morte do agente foi a marca Rossi, calibre 38 SPL e 357MAG, nº de série KO61305, utilizado por PEDRO PACHECO.
> O crime foi cometido por PEDRO e WILD em concurso pessoal, de maneira dissimulada, emboscando a vítima e tornando impossível sua defesa. Foi ainda praticado com objetivo de assegurar a impunidade e ocultação de outro crime. A sociedade clama pela rigorosa aplicação da Justiça aos acusados.
> Este insidioso crime deixou víúva a senhora de um valoroso funcionário público e órfãos menores.
> Isto posto estão denunciados PEDRO ALVES PACHECO e WILD PACHECO como incursos nas penas do artigo 121, § 2º, incisos V e IV, combinado com o art. 29

do Código Penal Brasileiro; ROHER PACHECO como incurso nas penas do art. 121, § 2º, V, combinado com o art. 14, II, do C. P. B., crimes estes que devem responder perante o Tribunal do Júri e serem punidos com a ansiada Justiça."

A denúncia foi recebida em 26 de janeiro de 1990 (fls. 267). A sentença de pronúncia, às fls. 436/439, foi prolatada em 23 de agosto de 1995 e confirmada em 17 de setembro de 2002 (fls. 484), consoante voto da Juíza Federal Convocada Marianina Galante.

O termo de reunião do Júri, realizado em 06 de agosto de 2004, consta às fls. 899/937 e a sentença condenatória às fls. 938/948.

Contra ela apelaram o MPF e os réus. Aos 10 de outubro de 2006, esta Egrégia Segunda Turma, por unanimidade, deu provimento o recurso da acusação e ao recurso dos réus Roher e Pedro Pacheco para anular o júri e remeter os autos à primeira instância para novo julgamento em relação a todos os corréus e julgou prejudicado o apelo de Wild Pacheco (fls. 1089/1104).

Foi, então, reunido o Júri em 17 de julho de 2008 (fls. 1323/1378), sendo que foi desmembrado o feito em relação a Pedro Pacheco a pedido da defesa e com a concordância do MPF. Os réus Wild e Roher foram condenados às penas de 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, podendo apelar em liberdade.

Inconformados mais uma vez, apelam os réus (fls. 1307/1308). Sustentam que a decisão já transitou em julgado para o MPF, que contra ela não apelou. Alegam prescrição e que o Tribunal Popular proferiu julgamento evidentemente contrário à prova dos autos. Pugnam, também, pela redução da pena base para o mínimo legal.

Contrarrazões do MPF às fls. 1332/1341.

A acusação apelou às fls. 1342/1353, pleiteando a majoração das penas aplicadas.

A defesa apresentou contrarrazões (fls. 1369/1386).

Em seu parecer, o MPF opina pelo provimento do recurso da acusação e desprovimento do apelo da defesa (fls. 1389/1397).

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Ratifico o relatório elaborado pelo e. Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia.

Trata-se de recursos interpostos pela defesa e pelo MPF.

A defesa alega, em síntese: 1) intempestividade do recurso da acusação; 2) prescrição da pretensão punitiva estatal; 3) o Tribunal do Júri proferiu julgamento evidentemente contrário à prova dos autos; 4) a dosimetria da pena merece reforma, eis que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

Já a acusação pugna pela majoração das penas aplicadas.

A respeito da alegada intempestividade do recurso da acusação, com razão a defesa.

Com efeito, a sentença proferida pelo Tribunal Popular foi publicada em Plenário do Júri aos 18/07/2008, de onde saíram intimadas as partes (fls. 1323/1378), inclusive o representante do Ministério Público Federal.

A defesa dos réus apelou aos 23/07/2008 (fl. 1307), apresentou razões (fls. 1318/1329) e, aberta vista dos autos para contrarrazões ministeriais (fls. 1332/1341), a acusação também interpôs apelo aos 12/09/2008 (fls. 1342/1353).

Emerge, à evidência, que o apelo ministerial é intempestivo, na medida em que os representantes da acusação foram intimados pessoalmente na sessão do Júri, ou seja, 18/07/2008.

Sobre o assunto, confira-se:

> "CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. INTEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES EM PLENÁRIO. EQUÍVOCO NO CONHECIMENTO DO RECURSO. ORDEM CONCEDIDA. Nos processos de competência do Tribunal do Júri, considera-se intimado o Representante Ministerial por ocasião da sentença proferida em Plenário, iniciando-se em tal data o prazo para interposição de eventual recurso. O recurso de apelação ministerial intempestivo, pois interposto após o prazo de 05 (cinco) dias previsto no Código de Processo Penal, não deveria ter sido conhecido pelo Tribunal *a quo*. Ordem concedida para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença proferida pelo Tribunal do Júri."
> (HC 16382 - STJ - Quinta Turma - Relator Ministro Gilson Dipp - DJ 25/02/2002 - pág. 414)

> "PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DE DECISÃO DO JÚRI. INTIMAÇÃO EM SESSÃO DE JULGAMENTO. 1. Intimadas as partes pessoalmente, inclusive o representante do Ministério Público Federal, por leitura e publicação da sentença no Plenário do Tribunal do Júri (art. 789, § 5º, 'b' - CPP), daí começa o quinquídio de apelação. Protocolizado o recurso da acusação fora desse prazo - um mês depois - é irrecusável a sua intempestividade. 2. Apelação não conhecida."
> (ACR 200001000005264 - TRF 1ª REGIÃO - Terceira Turma - Relator Juiz Olindo Menezes - DJ 05/04/2002 - pág. 119)

> "CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA EM PLENÁRIO DO JÚRI. INTIMAÇÃO EXPRESSA DAS PARTES. INÍCIO IMEDIATO DA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. DEFESA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA. DESNECESSIDADE DE APOSIÇÃO DO CIENTE NOS AUTOS. ORDEM DENEGADA. Hipótese na qual se sustenta a tempestividade do recurso de apelação elaborada pela Defensoria Pública, ao argumento de que, em qualquer caso, a intimação pessoal do representante daquele Órgão somente se aperfeiçoaria com o recebimento dos autos e aposição do 'ciente'. Em se tratando de sentença condenatória proferida e lida em plenário do Tribunal do Júri, da qual conste expressamente a intimação das partes, a fluência do prazo para a interposição de recurso dá-se de imediato, sendo irrelevante que a defesa tenha sido patrocinada pela Defensoria Pública. Inteligência do art. 798, § 5º, alínea 'b', do CPP. Ordem denegada."
> (HC 42702 - STJ - Quinta Turma - Relator Ministro Gilson Dipp - DJ 29/08/2005 - pág. 387)

Por conseguinte, acolho a preliminar alegada pela defesa e não conheço do apelo da acusação, vez que intempestivo.

Com relação à prescrição, observo que não ocorreu no presente feito. Deveras, para fins de contagem do prazo prescricional, as datas são as seguintes: fatos - 13/12/1989; recebimento da denúncia - 26/01/1990; pronúncia - 23/08/1995; confirmação da pronúncia - 17/09/2002; sentença condenatória - 18/07/2008.

A pena aplicada é de 09 anos e 02 meses de reclusão, o que faz com que a prescrição se conte pelo prazo de 16 anos (art. 109, II, do CP). Todavia, os réus eram menores de 21 anos na data do delito, o que reduz o prazo da prescrição pela metade (art. 115 do CP), mas ainda assim não ultrapassado.

Afastada, portanto, a preliminar de prescrição sustentada no apelo dos réus.

Ingresso no mérito.

A defesa alega que a sentença proferida pelo Tribunal Popular é manifestamente contrária à prova dos autos, em especial à prova técnica.

Impende ressaltar, todavia, que a sentença proferida pelos jurados no presente feito já foi anulada uma vez sob este fundamento. Sobre o assunto, o MPF foi preciso em seu parecer. Confira-se:

> "Pugna a defesa pela anulação do Júri, uma vez que manifestou-se contrariamente à prova expressa dos autos, onde não se comprova que os apelantes efetuaram disparos de arma de fogo. Seu pleito, porém, não merece ser conhecido e, se o for, deve ser rejeitado.
> O presente feito foi julgado, inicialmente, em 07.08.2004 (fls. 948), tendo os réus e o Ministério Público apelado dessa decisão. Os acusados, em suas razões (fls. 1010/1019), pugnaram pela reforma da sentença, para que fossem submetidos novamente a julgamento pelo Júri, uma vez que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença contrariou o conjunto probatório dos autos.
> Afirmaram eles que, 'em relação aos apelantes PEDRO e ROHER a decisão tomada pelos senhores jurados afrontou manifestamente a prova dos autos', completando que 'Contraditória, portanto, a decisão tomada pelos senhores jurados, o que, por si só, enseja, em relação ao apelante Roher, um novo julgamento pelo Tribunal do Júri' e que 'Em relação ao apelante Pedro Alves Pacheco, igualmente, a decisão do colegiado leigo foi tomada ao arrepio da prova dos autos'. Conclui, por fim, que 'a defesa acentua que a decisão tomada em relação a ROHER, esta sim, foi tomada ao arrepio da prova dos autos'.
> E o mesmo foi feito na apelação interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 961/970), o qual adianta que 'a versão acolhida pelos juízes leigos não encontra o menor amparo nas provas dos autos' (fls. 964), afirmando que 'não subsiste lastro probatório para a exclusão da qualificadora' (fls. 966), prosseguindo que 'da mesma forma, sem qualquer suporte probatório, a versão defensiva, reconhecida pelo (sic) juízes populares, de que WILD PACHECO agiu de forma culposa' (fls. 967), para concluir com o pedido de que o Tribunal 'anule o julgamento, por ser contrário à prova dos autos' (fls. 970).
> Nota-se, então, que o motivo primordial de ambos os recursos de apelação - tanto da defesa quanto da acusação - foi, justamente, atacar a decisão dos jurados que, segundo o entender das partes, foi tomada contrariando prova expressa dos autos,

conforme permite o art. 593, III, *d*, do CPP.

No acórdão que anulou o Júri, a ilustre Desembargadora Relatora afirmou, em seu voto, que 'a decisão que condena o réu Wild como incurso nas penas de homicídio culposo contraria não somente as provas constantes dos autos, mas afronta o princípio insculpido no art. 29, do Estatuto Repressivo e a unidade do julgamento do Conselho de Sentença', concluindo por dar provimento aos recursos e anular o Júri (fls. 1096/1097).

Em suas novas razões de apelação, os réus pretendem, novamente, anular o Júri, por entender que 'o Egrégio Tribunal Popular do Júri proferiu julgamento, evidentemente contrário à prova dos autos, em especial a prova técnica que, se levada em consideração, não autoriza a condenação dos Apelantes' (fls. 1327). O mérito do recurso é, outra vez, a decisão dos jurados contra prova expressa dos autos (art. 593, II, *d*, do CPP).

Ocorre que, conforme prescreve o art. 593, § 3º, do diploma legal mencionado, 'Se a apelação se fundar no nº III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação' (g. n.).

É de se observar que o Código de Processo Penal explicitamente permite a utilização deste argumento para anular a decisão do Júri somente uma vez. Isso ocorre porque os jurados decidem com base, unicamente, em sua íntima convicção, possibilitando afirmar que, se decidem mais de uma vez contra prova expressa dos autos, este é o conhecimento que possuem do fato.

E não importa qual das partes tenha suscitado a anulação do Júri, já que esse fato foi aproveitado tanto pela defesa quanto pela acusação. Tendo sido requerida a anulação por qualquer das partes, e o Tribunal deu provimento ao pedido, resta impossível argumentar, novamente, que a decisão dos jurados foi contrária a prova dos autos, seja pela defesa, seja pela acusação.

Como leciona Eugênio Paceli de Oliveira (*Curso de processo penal*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 848):

'Ora, se a razão da anulação foi exatamente a contrariedade manifesta entre o conjunto probatório e a decisão dos jurados, o novo julgamento não poderia mesmo ser novamente impugnado pelo mesmo motivo ou fundamento. E é claro que a aludida proibição é extensiva a ambas as partes, independentemente de quem tenha sido o autor do primeiro recurso'.

Com o mesmo raciocínio é o magistério de Guilherme de Souza Nucci (*Código de processo penal comentado*, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 960):

'É razoável a proibição de haver recurso contra veredito popular, por duas vezes, com base na mesma motivação, evitando-se a prorrogação infindável dos julgamentos. (...) Seria interminável a possibilidade de renovação dos veredictos. Por isso, o correto é permitir que uma única vez seja apresentada a apelação, com base nessa alínea, ainda que as teses se alterem nos dois julgamentos proferidos' (sem grifos no original).

A jurisprudência do STJ também corrobora desse entendimento:

'PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO. ART. 593, III, *D* DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, § 3º. CABIMENTO, POR ESTE MOTIVO, DE UM ÚNICO APELO. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o recurso de apelação fundado no art. 593, III, *d* do CPP somente pode ser utilizado uma única vez, a teor do disposto na parte final do § 3º do mesmo dispositivo. (Precedentes desta Corte e do STF). Recurso especial desprovido' (5ª Turma - REsp 954914/DF - rel. Min. Felix Fischer - DJ 18/02/2008 p. 61)

'CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NULIDADE. FALTA DO TERMO DE QUESITAÇÃO E RESPOSTAS DOS JURADOS. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA *NE REFORMATIO IN PEJUS*. SÚMULA 160 DO STF. ORDEM CONCEDIDA. O Código de Processo Penal não admite a interposição de mais de um recurso de apelação fulcrado no inciso III, alínea *d*, do seu art. 593, em razão do disposto no § 3º do referido dispositivo.

(...) Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.' (5ª Turma - HC 48375/GO - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ de 06/03/2006).

'*HABEAS CORPUS*. JÚRI. DUPLO HOMICÍDIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU, COM FUNDAMENTO NO ART. 593, INCISO III, LETRAS "A", "C" E "D", DO CPP. NÃO CONHECIMENTO DO APELO PELA LETRA "D". LEGALIDADE. NÃO APRECIAÇÃO DA TESE DE ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA (LETRA "C"). OMISSÃO CONFIGURADA. A parte final do § 3º do art. 593, do CPP, veda a interposição de segunda apelação com base no inciso III, alínea "d" (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), mesmo que a primeira apelação tenha sido interposta pela parte *ex adversa*. Precedente. A expressão "pelo mesmo motivo" há de entender-se como "pelo mesmo fundamento", qual seja, o de ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (STF, RTJ 45/44)' (5ª Turma - HC 14968/PR - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ de 03/09/2001) (g. m.)

'PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JUSTA CAUSA. (...) II - O art. 593, III, do CPP, indica que o questionamento acerca de ser, ou não, a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova só pode ser objeto de uma apreciação em grau de apelação. *writ* indeferido.' (5ª Turma - HC 8787/RJ - rel. Min. Felix Fischer - DJ 08/03/2000).

Assim, levando em consideração que o argumento da defesa para a anulação do Júri é a decisão, pelos jurados, contra prova expressa dos autos, impossível acolher seu pleito, tendo em vista que já foi utilizado anteriormente com o mesmo intuito de anular a decisão do Conselho de Sentença. Diante disto, impossível, até mesmo, a análise do mérito da apelação no tocante a este argumento, motivo pelo qual requer-se o não conhecimento do recurso nesse aspecto."

Assim, diante do quanto exposto, não conheço da apelação da defesa na parte em que alega que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

Quanto à alegação feita da Tribuna pela i. defensora dos acusados, de que, na ocasião do julgamento pelo Tribunal Popular, houve intensa manifestação contrária aos apelantes, feita pelos integrantes da Polícia Federal, ressalto que não integrou as razões de apelação, encontrando-se preclusa tal questão.

Passo, agora, à dosimetria da pena, impugnada no recurso.

Para melhor esclarecimento da questão, cumpre transcrever a sentença na parte em que fixou as penas aplicadas aos réus:

> "DA DOSIMETRIA.
> Os réus Wild e Roher não registram antecedentes criminais, conforme folhas de antecedentes e certidões de fls. 1118/1123, 1269/1275, 1284/1289, 1295/1299.
> Inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não podem ser considerados maus antecedentes, em face do princípio constitucional do estado de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória').
> Culpabilidade comprovada, tem-se que os réus WILD e ROHER agiram com dolo intenso, pois se reuniram, deliberaram praticar o crime, saíram armados e efetuaram disparos de arma de fogo em direção à vítima. Culpabilidade elevada, pois agiram com dolo determinado, isto é, o mais intenso dentre as espécies de dolo, conforme ensinamento de Paulo José da Costa Júnior, na sua prestigiada obra 'Comentários ao Código Penal', 7ª ed. Saraiva, p. 74, nos seguintes termos: 'O dolo determinado é a forma mais intensa dentre as várias modalidades existentes, em que o evento corresponde à previsão e à vontade.' Assim, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal para os acusados.
> Nada existe sobre a conduta social dos réus; personalidade comum; motivos do crime não desfavorecem os réus; circunstâncias do fato não desfavorecem os réus; consequências extrapenais foram graves, porque a esposa e o filho da vítima passaram dificuldades financeiras após o falecimento; comportamento da vítima não facilitou ou incentivou a ação dos réus.
> Atento às diretrizes do art. 59, do CP, fixo a pena-base para os réus ROHER e WILD, por infração ao art. 121, *caput*, do Código Penal acima do mínimo legal, isto é, em 11 (onze) anos de reclusão.
> Incide a atenuante de menoridade, em relação aos réus WILD e ROHER, razão pela qual reduzo a pena a 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão.
> Não há agravante, causa de diminuição ou de aumento, razão pela qual torno as penas aplicadas definitivas.
> DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.
> Tendo em vista a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, bem como os critérios do art. 59, do CP, acima analisados, conforme art. 33, § 2º, 'a', do CP, os réus devem iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado.
> DOS BENS APREENDIDOS
> O auto de apresentação e apreensão (fls. 23/24) descreve os bens apreendidos na posse dos réus.
> A perda, em favor da União, é efeito da condenação, conforme art. 91, II, alíneas 'a' e 'b', do CP, e abrange os instrumentos do crime, isto é, coisas cujo fabrico,

alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, bem como o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do ato criminoso.

Vê-se que os bens apreendidos (armas e munições), na posse dos réus, são instrumentos do crime, porque são coisas cujo porte ou detenção constituem fato ilícito, quando não regularizados, e não apresentaram qualquer documentação comprovando a regularidade.

Ante o exposto, à vista da decisão do Conselho de Sentença, CONDENO os réus ROHER PACHECO e WILD PACHECO, qualificados nos autos, por infração ao art. 121, *caput*, do Código Penal à pena de 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Os réus podem apelar em liberdade, porque são primários, de bons antecedentes, responderam em liberdade ao processo e não estão presentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Tem-se que os réus não preenchem os requisitos dos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal, tendo em vista, entre outros motivos, a quantidade de pena aplicada.

Declaro a perda, em favor da União, das armas e munições apreendidas (fls. 23/24).

Após o trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados e expeçam-se mandados de prisão em desfavor dos condenados."

Como se depreende da leitura da decisão de primeiro grau, a pena fixada não é excessiva.

Com efeito, considerando que o Código Penal prevê para o delito de homicídio (art. 121 do CP) a pena mínima de 06 (seis) anos e a máxima de 20 (vinte) anos, tem-se que o ponto médio da pena é de 13 (treze) anos.

No caso, a sentença fixou as penas-base em 11 (onze) anos, abaixo, portanto, da média entre o mínimo e o máximo da pena cominada ao delito.

Assim, entendo que a pena-base fixada para cada um dos réus (11 anos) é razoável e compatível com o delito cometido, considerando as circunstâncias judiciais reconhecidas pela sentença.

Deveras. O Juízo fixou a pena acima do mínimo legal eis que os réus "agiram com dolo intenso, pois se reuniram, deliberaram praticar o crime, saíram armados e efetuaram disparos de arma de fogo em direção à vítima. Culpabilidade elevada, pois agiram com dolo determinado, isto é, o mais intenso dentre as espécies de dolo", o qual foi devidamente comprovado nos autos.

Não resta dúvida que os acusados se reuniram e deliberaram praticar o crime. Com efeito, o agente da polícia federal Jefferson, que acompanhava a vítima Fernando no momento dos fatos e também foi alvejado, explicou detalhadamente toda a movimentação ocorrida naquela noite: por volta das 21h30 uma Brasília preta imbicou na calçada; deu impressão de que entraria na casa, mas em seguida deu marcha à ré; "vez por outra passava ali em frente"; (...) "lá pelas onze horas, a Brasília preta tornou a parar em frente àquela casa, sendo ela ocupada apenas pelo motorista"; (...) "juntamente com a Brasília apareceu um fusca de cor alaranjada, ocupada por duas pessoas também jovens; os três ocupantes dos veículos entraram na casa de nº 2240, permanecendo lá durante pouco tempo; ato contínuo, os veículos se retiraram; quando foi daí uns vinte minutos, após circularem pelo local umas duas vezes, eis que a brasília preta e o fusca alaranjado surgem pela

frente do veículo Gol; o fusca vinha na frente, bem devagar, achando o depoente que o mesmo até pretendia parar; a brasília preta vinha a uns cem metros atrás do fusca, desenvolvendo a mesma velocidade"; (...) "o fusca foi passando lentamente e de dentro dele foram surgindo disparos, não sabendo o depoente precisar se quem efetuava os tiros era o motorista ou o acompanhante" (...) - fls. 328/331

Em seus interrogatórios, os acusados confessaram que se reuniram e que, com armas de fogo, seguiram em direção à casa de Roher, defronte a qual estava estacionada a viatura descaracterizada da polícia federal.

Confiram-se tópicos do depoimento do réu Roher: "... cheguei com minha esposa por volta das 19 horas em casa e percebi que havia um veículo w/gol, cor branca, com duas pessoas em seu interior. (...) Deixei minha esposa na casa da sua mãe e fui à procura de meu irmão Wild, que estava na casa de seu amigo Fúlvio. Eu conduzia um veículo Brasília. Wm conversa com meu irmão decidimos retornar à minha casa, sendo que eu fui no veículo Brasília e o meu irmão Wild e seu amigo Fúlvio no veículo Fusca. (...) Na ocasião, eu estava armado com um revólver 38 e Fúlvio me disse para entregar-lhe a arma porque pretendia ir lá fora e verificar o que estava acontecendo. (...) Resolvemos sair para irmos à casa de meu pai Pedro Pacheco. Ao chegarmos ao local, somente meu irmão Wild foi falar com nosso pai Pedro, sendo que retornaram e resolvemos ir novamente à minha residência. (...) Eu estava com o revólver calibre 38 e o meu pai também estava armado, não me recordo qual arma de fogo. Seguimos em direção da minha residência, sendo que o veículo Fusca, com meu irmão Wild e meu pai Pedro foram na frente, e eu e Fúlvio fomos no veículo Brasília logo atrás. Eu estava no veículo Brasília cerca de cem metros atrás do veículo Fusca quando o referido veículo Fusca passou próximo ao veículo Gol branco que estava estacionado próximo a minha residência, sendo que no momento em que o fusca passou pelo veículo Gol ouvi tiros. (...) Quando eu estava com minha esposa passamos cinco ou seis vezes pelo veículo Gol e depois com meu irmão passei também várias vezes pelo referido veículo. (...)" - fls. 1342/1346.

O depoimento do acusado Wild confirma as declarações do corréu Roher (fls. 1347/1350).

É evidente, portanto, a prévia deliberação dos réus para cometer o delito.

As consequências penais do crime foram graves, sem sombra de dúvidas. A carta enviada pela viúva do APF Fernando ao Sindicato dos Policiais Federais/MS demonstra claramente as dificuldades enfrentadas após a morte dele, ocorrida na véspera do aniversário do filho.

Diz a carta:

> "Quando Fernando foi tirado de nós, não só ele partiu, mas tudo que havíamos conquistado. O alicerce familiar que estávamos concretizando foi por água abaixo. Sonhos e planos de vida não puderam nunca mais ser realizados, pois sem a presença dele como pai e chefe de família ficou impossível levar a vida do jeito que previámos e desejávamos, até mesmo pela minha baixa formação. Foi um abalo muito mais que emocional. A morte dele causou uma desestruturação enorme em todos os campos familiares, desde a questão emocional, espiritual à financeira e estrutural. (...)
>
> Andressa nasceu prematura de seis meses e meio e teve muitas complicações desde a sua gestação até seus primeiros anos de vida devido a minha situação emocional depressiva causada pela morte também prematura do meu marido. (...)

> Já de volta á Joinvile, SC, morei de favor em casa de parentes com minhas duas crianças, uma recém nascida, dependendo da boa vontade alheia e de uma pensão irrisória que me foi paga a partir de um ano e dois meses. (...)
> A educação dos meus filhos foi difícil. Minha filha nasceu e cresceu sem saber como é ter um pai e assim é até hoje, e será para sempre. (...)" - fls. 1303/1304.

Correta, portanto, a fixação da pena acima do mínimo legal, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas pela sentença.

A atenuante pela idade dos réus foi aplicada na ordem de um sexto, ou seja, a maior fração que a doutrina admite para as atenuantes, não havendo como reputar exagerada ou excessiva a pena final calculada pelo juiz.

Por conseguinte, nenhum reparo merece a dosimetria das penas.

Ante o exposto, conheço, em parte, o recurso da defesa e, na parte conhecida, nego-lhe provimento. Recurso do MPF não conhecido.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
1302364-10.1998.4.03.6108
(2009.03.99.041383-5)

Embargantes: MAURÍCIO JOSÉ DE QUEIROZ GALVÃO, RICARDO DE QUEIROZ GALVÃO E OUTRO
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Corréus: AGOSTINHO SERAFIM JUNIOR E CARLOS HENRIQUE MARTINS DOBELE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: EIfNU 5570
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2011

EMENTA

PROCESSO PENAL. EXTRAÇÃO DE BASALTO SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL (DNPM). EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE TIRADOS DO JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ONDE A TURMA JULGADORA RECONHECEU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM FACE DE TODOS OS RÉUS QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 55, DA LEI Nº 9.605/98, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. VOTO VENCIDO QUE CONCLUIU QUE A CONDUTA CINGE-SE AO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98, INTERPRETANDO "TELEOLOGICAMENTE" O DISCURSO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO, AO ENTENDIMENTO DE QUE OS DISPOSITIVOS TUTELAM BENS JURÍDICOS DIVERSOS, REMANESCENDO NA ESPÉCIE DOS AUTOS O DELITO PREVISTO NO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 (JURISPRUDÊNCIA DO STJ). PEDIDO FORMULADO PELA DEFESA EM SUSTENTAÇÃO ORAL: CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* PARA TRANCAR AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, TENDO EM VISTA A OBTENÇÃO DA CONCESSÃO DA LAVRA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA (NÃO CONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL). EMBARGOS IMPROVIDOS.

1. A 1ª Seção não tem competência para conhecer e conceder - sequer "de ofício" - *habeas corpus*, tema reservado às Turmas julgadoras (Regimento Interno, artigo 13, inciso I). Ademais, o fundamento do pleito formulado da tribuna pela defesa, em sustentação oral, escapa dos limites da divergência. Pedido não conhecido.

2. Os embargantes foram denunciados pela extração ilegal de basalto, conduta tipificada nos dispositivos penais do art. 2º, "caput" e § 1º da Lei nº 8.176/91 (que define os crimes contra a ordem econômica) e do art. 55 "caput" da Lei nº 9.605/98 (que trata dos crimes ambientais).

3. A 2ª Turma deste Tribunal reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito do art. 55, "caput", da Lei nº 9.605/98, e favor de todos os réus, e determinou o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento quanto ao delito do art. 2º, "caput" e § 1º da Lei nº 8.176/91.

4. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça tem decidido que as normas do art. 2º, "caput" e § 1º da Lei nº 8.176/91 e do art. 55 "caput" da Lei nº

9.605/98 tutelam objetos jurídicos diversos, não havendo que se falar em crime único nem em conflito aparente de normas, mas de concurso de crimes. "As Leis 8.176/91 e 9.605/98 possuem objetividades jurídicas distintas, razão pela qual não incide o princípio da especialidade" (RESP nº 200700464870, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 28/09/2009).

5. Uma vez que alguém se arvore na exploração de recurso mineral sem autorização do Poder Público Federal, está em tese cometendo o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91, o que pode ocorrer ou não em concurso com delitos contra o meio ambiente. No caso, trata-se de extração de basalto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *não conhecer do pedido de concessão, de ofício, de habeas corpus formulado pelo advogado da tribuna e negar provimento aos embargos infringentes*, nos termos do voto do Relator, com quem votaram os Desembargadores Federais Nelton dos Santos (Revisor), André Nekatschalow, Luiz Stefanini, Cecilia Mello, Vesna Kolmar e José Lunardelli, a Juíza Federal Convocada Sílvia Rocha e os Desembargadores Federais Ramza Tartuce e Peixoto Junior. Vencido o Desembargador Federal Cotrim Guimarães que lhes dava provimento, conforme relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de setembro de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Trata-se de dois embargos infringentes: o primeiro, interposto por *Dario de Queiroz Galvão Filho* e *Eduardo de Queiroz Galvão* (fls. 1602/1617), e o segundo interposto por *Maurício José de Queiroz Galvão* e *Ricardo de Queiroz Galvão* (fls. 1622/1629), *ambos* em face de v. acórdão da Egrégia Segunda Turma deste Tribunal que, *"por maioria, decidiu dar provimento ao recurso em sentido estrito para reconhecer que os fatos descritos na denúncia se amoldam aos delitos previstos no artigo 55, da Lei nº 9.605/98 e no artigo 2º, da lei nº 8.176/91, ambos em concurso formal (artigo 70 do Código Penal), e reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, em relação a todos os réus, e, quanto ao delito previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, aplicar o enunciado da Súmula nº 337, do STJ, determinando o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal Relator, acompanhado pelo voto do senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos, vencido o senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães que, em voto-vista negava provimento ao recurso e declarava extinta a punibilidade dos acusados, mantendo a sentença proferida, porém por fundamento diverso."* (fl. 1592)

Os embargantes pretendem a prevalência do voto vencido do Desembargador Federal Cotrim Guimarães, o qual manteve a sentença de primeiro grau que declarou extinta a punibilidade dos réus, ora embargantes, por considerar, por fundamentos diversos da

sentença, que a conduta imputada aos embargantes apenas se amoldava ao artigo 55 da Lei nº 9.605/98.

Em suas razões recursais (fls. 1602/1617) os embargantes *Dario de Queiroz Galvão Filho* e *Eduardo de Queiroz Galvão* alegam, em síntese, o seguinte:

a) "o ponto central da divergência reside, portanto, na discussão se a conduta imputada na denúncia tipifica o delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91 em concurso formal com o art. 55 da Lei nº 9.605/98, ou se ela apenas se subsume a este último tipo penal, como decidiu o voto minoritário que dá ensejo a estes embargos e sobre o qual a Turma Julgadora é unânime em declarar extinta a punibilidade dos ora embargantes."

b) que "as questões de derrogação de leis penais no tempo e dos bens jurídicos tutelados pelas normas jurídicas não foram matérias de divergência" e, ante os limites destes infringentes, "não se discutirá esses pontos específicos no presente recurso", registrando, contudo, "que esses argumentos foram utilizados pela sentença de primeiro grau e pela defesa para contrariar a tipificação legal imposta na inicial."

c) que "o acórdão embargado também está equivocado quando afirma que as condutas contidas nos arts. 2º da Lei nº 8.176/91 e 55 da Lei nº 9.605/98 são '*inteiramente distintas*', pois da análise dos referidos dispositivos legais, verifica-se que, apesar de expressos em outras palavras, eles apresentam os mesmos elementos normativos, descrevendo, assim, condutas idênticas".

d) "mesmo concordando com o entendimento da maioria de que as leis especiais supracitadas coexistem e que elas tutelam bens jurídicos diversos", o voto vencido "concluiu que os fatos imputados aos embargantes *não* se subsumem ao tipo previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91, *mas, apenas, ao delito do artigo 55 da Lei nº 9.605/98*, sob o argumento de que a extração de basalto não é tipificada pela Lei nº 8.176/91, pois o objetivo dessa lei 'não é punir a extração de todos os minerais, mas sim incriminar condutas envolvendo combustíveis'".

e) "a conclusão do voto vencido merece prosperar porque é exata ao analisar o espírito e o sentido da Lei nº 8.176/91, interpretando o seu art. 2º, não só em consonância com a lei especial na qual ele está inserido, mas também de acordo com o alcance e a extensão que lhe quis dar o legislador."

f) que, de fato, como afirmado pelo voto vencido, "a Lei nº 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis, veio para '*tratar precipuamente de petróleo e seus derivados*'; com exceção de seu art. 2º, que se utiliza de termos amplos, todo o restante do texto legal se refere a petróleo e derivados".

g) que "em complementação, que o próprio projeto de Lei nº 6.134/91, que inicialmente acrescentava artigos a Lei nº 8.173/90, mas que depois deu origem a Lei nº 8.176/91, deixa claro que a proposta legislativa tinha por escopo regular e coibir atividades relacionadas a petróleo, seus derivados e demais combustíveis".

h) que "na exposição de motivos nº 03/91 encaminhada ao Presidente da República, também se enfatizou que o anteprojeto de lei tinha como objetivo estabelecer '*normas legais que assegurem, com eficácia, a repressão ao uso ou comercialização indevida de combustíveis*'".

i) que "o art. 2º deve ser examinado de acordo com a temática versada pela lei especial nº 8.176/91 e segundo as disposições que o precedem (art. 1º), pois, como muito bem destacou o voto minoritário, *'o art. 2º não se encontra solto no sistema jurídico,*

mas sim inserido em uma lei que regula determinada matéria, e como tal deve ser interpretado'".

j) que pela interpretação sistemática e teleológica do voto vencido e conforme a doutrina - de Luiz Regis Prado, *in Direito Penal Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 87 - que analisa o art. 2º da Lei nº 8.176/91, os embargantes pedem "que prevaleça o entendimento de que a conduta imputada aos embargantes, consistente '*na extração, exploração e consumo de substância mineral (basalto) pertencente à União*' sem a '*devida licença/outorga ambiental autorizadora do poder* concedente', não se subsume ao delito de usurpação, por não envolver bem ou matéria prima relacionada a '*jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, de propriedade da União*'".

l) que ao contrário do decidido no v. acórdão ora atacado, "o caso dos autos não é de '*aplicação simultânea*' das Leis nºs 8.176/91 e 9.605/98, na modalidade de concurso formal."

Por sua vez, os embargantes *Maurício José de Queiroz Galvão* e *Ricardo de Queiroz Galvão* alegam em suas razões recursais (fls. 1622/1629), em síntese, o seguinte:

> "(...)
> Como bem ressaltou o r. voto vencido, 'todos os artigos da Lei nº 8.176/91, à exceção do artigo 2º que usa expressões genéricas, trata de petróleo e seus derivados', de modo que forçoso concluir que a lei cuidou apenas de combustíveis derivados de petróleo e não de basalto.
> Os Embargantes estão sendo acusados de suposta extração de basalto - e não de combustível derivado do petróleo - sem autorização legal, conduta que se subsume ao artigo 55, da Lei nº 9.605/98, em relação ao qual ocorreu a prescrição.
> Repita-se que, nos termos do r. voto vencido, mesmo se entendendo não se tratar de derrogação de lei, há que se considerar que o objeto jurídico da Lei nº 8.176/91 é o combustível derivado do petróleo, e que o da Lei nº 9.605/68 é basalto, *recurso mineral descrito na denúncia*.
> De outra parte, há crimes que protegem, ao mesmo tempo, dois objetos jurídicos. É o que acontece, por exemplo, com o crime de concussão. Ele defende dois bens jurídicos: '*... é a moralidade indispensável à administração pública o bem jurídico que se tem em vista, embora se tutele também o patrimônio do particular e mesmo sua própria liberdade*.' (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 4, pág. 257, 5ª ed.). Como a concussão protege também o patrimônio do particular, não se poderia imputar ao seu autor o crime de extorsão. Seria *bis in idem*.
> Transportando o raciocínio para o caso em exame, tem-se que a extração, sem autorização legal, de recursos minerais, de propriedade da União, diversos dos combustíveis derivados do petróleo, como o basalto, *além de ofender ao meio ambiente, por óbvio, atenta contra o patrimônio da União, pois não se pode extrair ilegalmente reservas minerais de propriedade da União sem ferir o patrimônio da União*. E a conduta típica da suposta extração de basalto está no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, e não na Lei nº 8.176/91.
> Ademais, o fato é de 06.04.1998 e a denúncia foi recebida em 01.04.2005 e, desta última data, decorreram mais de quatro anos sem qualquer fato interruptivo da prescrição de quatro anos (art. 109, V, CP), que foi bem decretada, pois, repise-se

pela relevância, a conduta típica está descrita no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, e não na Lei nº 8.176/91.

Com todo o respeito, é de se lembrar que não se pode considerar a denúncia como ótima oportunidade para a pessoa demonstrar a inocência.

Por todo o exposto, requer a V. Exa, respeitosamente, sejam os embargos recebidos, a fim de que, nos termos do r. voto vencido, considere-se que a conduta atribuída aos embargantes na denúncia subsume-se ao art. 55, da Lei nº 9.605/98 e, por consequência, seja decretada a extinção da punibilidade dos embargantes, pela prescrição."

A Procuradoria Regional da República em parecer da lavra do Dr. Marcelo Moscogliato manifestou-se pela improcedência dos embargos infringentes para o fim de ser confirmado o v. acórdão da 2ª Turma deste Tribunal Regional Federal (fls. 1631/1641).

Posteriormente, o Ministério Público Federal opôs *embargos de declaração* em face do v. acórdão de fls. 1585/1590, 1594/1595 e 1597/1598 objetivando sanar a contradição, considerando que na conclusão daquele julgamento em vez de dar provimento à *apelação* o correto é dar provimento ao *recurso em sentido estrito* (fls. 1645/1646).

Levado a julgamento os embargos de declaração na sessão de 03/08/2010, a egrégia 2ª Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento aos embargos de declaração para corrigir o erro material (fls. 1658/1659).

A Defesa de *Ricardo de Queiroz Galvão* e *Maurício de Queiroz Galvão* reiterou, em todos os seus termos, os embargos infringentes opostos contra o v. acórdão do recurso em sentido estrito (fls. 1661).

A Defesa de *Dario de Queiroz Galvão Filho* e *Eduardo de Queiroz Galvão*, requereu a juntada de instrumento de substabelecimento (fls. 1662/1663).

O Ministério Público Federal foi intimado do v. acórdão dos embargos de declaração (fls. 1662).

Os embargos infringentes foram admitidos pela decisão de fl. 1666 e a mim distribuídos em 17/11/2010 (fl. 1668).

É o relatório

À revisão

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): A d. defesa dos embargantes pede, preliminarmente, em sua sustentação oral da tribuna, a concessão, de ofício, de *habeas corpus* por ausência de justa causa, tendo em vista a obtenção da concessão ministerial de lavra, antes do oferecimento da denúncia.

Não acolho referido pedido.

Em primeiro lugar, porque esta egrégia 1ª Seção não tem competência para apreciar *habeas corpus*, matéria reservada regimentalmente às Turmas julgadoras deste Tribunal, consoante dispõe o artigo 13, inciso I, do Regimento Interno, *verbis:*

"Art. 13. Às Turmas compete processar e julgar, dentro da respectiva área de especialização:

I - os 'habeas corpus', quando a autoridade coatora for Juiz Federal ou outra autoridade sujeita diretamente à jurisdição do Tribunal;"

Ademais, referido argumento é estranho aos contornos da divergência destes infringentes.

Prossigo.

Consta dos autos que os ora *embargantes e outros* foram denunciados como incursos no artigo 2º, "caput" e § 1º da Lei nº 8.176/91 c/c o art. 29 do Código Penal, porque no dia *28 de janeiro de 1998*, na Fazenda "Nossa Senhora Aparecida", localizada na Estrada Municipal que liga Reginópolis a Pirajuí, Município de Reginópolis/SP, Policiais Florestais constataram o exercício de atividades irregulares efetuadas pelos representantes legais e procuradores das empresas Construtora Queiroz Galvão S/A e Queiroz Galvão Mineração Ltda., consistentes na extração, exploração e consumo de substância mineral (basalto) pertencente à União (arts. 20, inciso IX, e 176, "caput" e § 1º, da CF) sem a devida licença/outorga ambiental autorizadora do poder concedente, conforme constam documentos dos autos, especificamente os de fls. 28 e 42.

Insta salientar que a própria acusação, na denúncia, reconhece a extinção da punibilidade quanto ao delito ambiental em razão de terem transcorrido mais de quatro anos entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia. É o que se vê dos itens "5" e "6" da peça acusatória, *verbis*:

"(...)
5. Assim, agindo, os denunciados violaram dois dispositivos penais, quais sejam: artigo 2º 'caput' e § 1º, da Lei nº 8.176/91 (que define os crimes contra a ordem econômica e, em seu artigo 2º, tipifica delito patrimonial, tendo por objeto a proteção a matérias-primas pertencentes à União - art. 20, inciso IX c/c art. 176, *caput* e § 1º da Constituição Federal) e artigo 55, *caput*, da lei nº 9.605/98 (que trata dos delitos ambientais) c.c art. 70 do Código Penal, uma vez que foram ofendidos objeto jurídicos distintos (fls. 933-934, 937-938 e 940-941).
6. Ocorre que, em relação ao delito previsto no art. 55, 'caput', da Lei nº 9.605/98 operou-se a prescrição, tendo em vista que os fatos teriam ocorrido até meados de 02/1998, portanto, há mais de 4 (quatro) anos, prazo prescricional segundo o artigo 109, V, do Código Penal.
(...)"

A denúncia foi recebida em 1º de abril de 2005 (fls. 1029/1030).

Posteriormente, o Juízo de 1º Grau proferiu a sentença de fls. 1325/1332, declarando a extinção da punibilidade dos réus, cuja parte dispositiva do édito assim consignou:

"Diante do exposto, por entender que a conduta consubstanciada na exploração ou extração de recursos minerais sem a competente autorização legal, descrita no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91 é, em essência, idêntica ao do crime previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, tendo ocorrido a *novatio legis in mellius*, com fulcro nos artigos 61 do Código de Processo Penal e 107, inciso IV, inciso V, 117 e 119, todos do Código Penal, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE dos réus MAURÍCIO JOSÉ DE QUEIROZ GALVÃO, DARIO DE QUEIROZ GALVÃO FILHO, EDUARDO DE

QUEIROZ GALVÃO, RICARDO DE QUEIROZ GALVÃO, AGOSTINHO SERAFIM JUNIOR E CARLOS HENRIQUE MARTINS DOBELE, quanto ao delito tipificado no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, ante a verificação da prescrição da pretensão punitiva estatal."

Irresignado com a r. decisão de Primeiro Grau, o Ministério Público Federal interpôs *Recurso em Sentido Estrito* objetivando a reforma daquela decisão a fim de que se desse prosseguimento na ação penal *em relação ao crime descrito no artigo 2º da Lei nº 8.176/91* (fls. 1342/1352).

Levado a julgamento o *Recurso em Sentido Estrito*, a Egrégia 2ª Turma deste Tribunal Regional Federal, por maioria, deu provimento à apelação e reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, em relação a todos os réus; quanto ao delito previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, aplicou o enunciado da *Súmula nº 337 do STJ* e determinou o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento, nos termos do relatório e voto do senhor Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, no que foi acompanhado pelo senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos. A ementa do referido julgamento assinalou:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAÇÃO DE MINÉRIO SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ARTIGO 55, LEI Nº 9.605/98. DERROGAÇÃO DO ARTIGO 2º, LEI Nº 8.176/91. INOCORRÊNCIA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS DIVERSOS. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. ARTIGO 55, LEI Nº 9.605/98. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A TODOS OS RÉUS. ARTIGO 2º, LEI Nº 8.176/91. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULA Nº 337, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Lei nº 8.176/91 define os crimes contra a ordem econômica e estabelece, em seu artigo 2º, um crime contra o patrimônio público federal. Consiste em crime formal, consumando-se mediante a mera produção de bens ou a exploração de matéria-prima da União, sem autorização legal ou em desacordo com esta. Já a Lei nº 9.605/98 trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

2. Tratando as normas de bens jurídicos diversos, não há que se falar em *novatio legis in mellius*.

3. Embora essas duas condutas quase sempre sejam cometidas em conjunto, até porque o licenciamento ambiental é requisito para a concessão da lavra, podem perfeitamente ocorrer isoladamente: a lavra regularmente concedida pode ser explorada em desacordo com a licença ambiental, ou em desacordo apenas com a concessão obtida, ou depois que a licença ambiental houver sido anulada, cassada ou tiver expirado; ou a lavra pode ser iniciada antes da concessão, mas depois de obtida a licença ambiental.

4. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o artigo 55, da lei nº 9.605/98, não derrogou o artigo 2º, da Lei nº 8.176/91.

5. Havendo, concomitantemente, dano ao patrimônio da União e ao meio ambiente, haverá concurso formal entre os delitos (artigo 70, do Código Penal). Como regra, concurso formal impróprio, tendo em vista haver desígnios autônomos,

inclusive de natureza distinta: dolo *malus* e direto em relação ao patrimônio da União, principal objetivo do agente, e dolo bônus ou indireto em relação ao meio ambiente, cuja lesão o agente aceita como certa ou ao menos provável, por ser condição para alcançar o proveito econômico.
6. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98, em relação a todos os réus (art. 109, V, CP).
7. Apelação provida."

Desse entendimento divergiu o senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, sob o fundamento, em síntese, de que os fatos são regidos unicamente pelo artigo 55 da Lei nº 9.605/98 e, portanto, a prescrição está consumada.

Destaco os seguintes excertos do *voto-vista* oferecido pelo Desembargador Federal vencido (fls. 1594/1595vº):

"A questão que se coloca cingi-se (*sic*) ao aparente conflito entre as leis 8.176/91 e 9.605/98. A primeira define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis; a segunda dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
Convém ressaltar o texto integral da Lei nº 8.176/91:
(...)
No caso em tela, os acusados foram surpreendidos durante extração de basalto sem autorização legal, e denunciados como incursos nas penas do art. 2º, 'caput' e § 1º, da Lei nº 8.176/91. Em sentença, foi reconhecida a derrogação da Lei nº 8.176/91 pela Lei nº 9.605/98, e consequentemente, foi declarada extinta a punibilidade dos réus, dado que a norma posterior traz pena mais branda, tendo ocorrido prescrição da pretensão punitiva.
Todavia, conforme se depreende da análise do texto da Lei nº 8.176/91, esta, em todos os seus artigos, à exceção do art. 2º que usa expressões genéricas, trata de petróleo e seus derivados. Assim, não se pode admitir que o crime previsto no artigo mencionado também não se refira a combustíveis, como o restante da lei, muito embora o termo empregado tenha sido apenas 'matéria-prima pertencente à União'.
Com efeito, deve-se realizar uma interpretação teleológica, visando ao alcance do verdadeiro escopo da norma, considerando todo o contexto da novel legislação, sem se prender a uma simples leitura do texto.
De fato, da forma como redigido o art. 2º da lei em questão, após uma análise superficial, conclui-se que se trata da mesma conduta descrita no art. 55 da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre crimes contra o meio ambiente. Vejamos:
Lei nº 8.176/91:
'Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, *produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal* ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.
Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.'
Lei nº 9.605/98:

'Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou *extração de recursos minerais sem a competente autorização*, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.'
No entanto, tal art. 2º não se encontra solto no sistema jurídico, mas sim inserido em uma lei que regula determinada matéria, e como tal deve ser interpretado.
Ora, não seria razoável que a lei que veio para tratar precipuamente de petróleo e seus derivados, buscando incriminar, por exemplo, a conduta de adulteração de combustível, tenha pretendido, de forma deslocada, incriminar a exploração de toda e qualquer matéria-prima de propriedade da União. Trata-se de lei específica, que tem como objeto combustível derivados do petróleo, ainda quando se refere a crimes contra a ordem econômica e contra o patrimônio.
Resta claro, assim, que o objetivo da Lei nº 8.176/91 não é punir a extração de todos os minérios, mas sim incriminar condutas envolvendo combustíveis.
Desta feita, a extração de basalto realizada pelos acusados, só pode ser enquadrada como crime contra o meio ambiente, previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98.
É mister esclarecer que a solução para o caso não consiste em analisar a hipótese de derrogação de lei anterior por lei posterior, dado que o objeto jurídico de uma norma é distinto do da outra, como bem assinala a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:
(...)
Entretanto, como explanado acima, embora as legislações coexistam, não é o caso de aplicação simultânea, posto que a hipótese dos autos envolve extração de basalto, conduta esta que não se subsume ao tipo previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91, mas sim ao crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98.
Ocorre que a pena máxima prevista para este último delito é de 1 (um) ano, sendo o prazo prescricional de 4 (quatro), nos termos do art. 104, V, do Código Penal. Logo, considerando a data do recebimento da denúncia (01/04/2005) e a presente data, o reconhecimento da prescrição é medida que se impõe.
Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso ministerial, uma vez que a norma incidente *in casu*, é a do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e, encontrando-se prescrita a pretensão punitiva, declaro extinta a punibilidade dos acusados, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal, mantendo-se, assim, a sentença proferida pelo juízo *a quo*, porém por fundamento diverso.
É o voto."

Conforme assinalado pela Defesa (fl. 1606) tanto quanto pelo Ministério Público Federal (fl. 1631), a divergência reside exatamente num único ponto: *se a conduta imputada na denúncia aos ora embargantes tipifica o delito do art. 2º da Lei nº 8.176/91 em concurso formal com o art. 55 da Lei nº 9.605/98 ou se a conduta se subsume apenas ao art. 55 da Lei nº 9.605/98*.

Sucede que a conduta examinada envolve exploração de *basalto*.

O *basalto* é uma rocha ígnea eruptiva, de granulação fina, cujos não são vistos à vista desarmada, podendo conter grandes quantidades ou ser constituído integralmente de vidro (material amorfo). Esta rocha é constituída principalmente de plagioclásio e piroxênio e, em muitos casos, de olivina. Como minerais acessórios encontram-se, principalmente, óxidos de ferro e titânio. É derivado de magmas básicos e fluídos que tendem a emergir

por serem menos densos que as rochas da crosta. Nesse processo, o magma chega até a superfície gerando o basalto.

A rocha basáltica geralmente possui cor escura acentuada sendo muito explorada para a construção civil como matéria-prima.

Trata-se de um mineral, riqueza do subsolo, e portanto pertence à União Federal (art. 20, IX, Constituição) que pode conceder licença para a exploração econômica por terceiros.

Uma vez que alguém se arvore na exploração de recurso mineral sem autorização do Poder Público Federal, está em tese cometendo o crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91, o que pode ocorrer ou não em concurso com delitos contra o meio ambiente, que acontece, por exemplo, quando para usurpação clandestina (desautorizada) da riqueza mineral o agente devasta florestas ou polui curso d'água. Nesse segundo caso estar-se-á diante de um crime formal.

Nesse aspecto, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça assentou que não há que se falar em crime único ou concurso aparente de normas, posto que as práticas violam objetos jurídicos diversos, tutelados por leis penais distintas, tratando-se mesmo de concurso formal, em que o agente mediante um só ação ou omissão pratica dois ou mais crimes.

Colaciono os seguintes paradigmas:

> "PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO ILEGAL DE AREIA. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA. OBJETIVIDADES JURÍDICAS DISTINTAS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RECURSO PROVIDO.
> 1. 'O art. 2º da Lei nº 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei nº 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida' (HC 35.559/SP).
> 2. As Leis 8.176/91 e 9.605/98 possuem *objetividades jurídicas distintas*, razão pela qual não incide o princípio da especialidade.
> *3. Recurso provido para que seja recebida a denúncia em relação ao crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91*."
> (RESP 200700464870, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 28/09/2009) - negritei

> "PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO. DERROGAÇÃO. *LEX MITIOR*. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 E ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. INOCORRÊNCIA DA *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. I - Quando as normas incriminadoras tutelam bens jurídicos diversos inocorre o denominado conflito de leis penais no tempo. Não há, no caso, derrogação.
> II - *O art. 2º da Lei nº 8.176/91 indica o delito da usurpação como forma de infração contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com*

as obrigações impostas por título autorizativo. O art. 55 da Lei nº 9.605/98, por sua vez, descreve crime contra o meio ambiente. Recurso provido."
(RESP 200600099254, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, 14/05/2007) - negritei

"CRIMINAL. RESP. EXTRAÇÃO DE ARGILA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. USURPAÇÃO X EXTRAÇÃO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. DIVERSIDADE DE OBJETOS JURÍDICOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
I - O art. 2º da Lei nº 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei nº 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.
II - *Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes*. III - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator."
(RESP 200600170187, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, 19/06/2006) - negritei

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE COM FINALIDADE MERCANTIL. USURPAÇÃO X EXTRAÇÃO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. DIVERSIDADE DE OBJETOS JURÍDICOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
I - O art. 2º da Lei nº 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei nº 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.
II - Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de *concurso formal*, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes. III - Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido, dando-se prosseguimento à ação penal."
(RESP 200300996030, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, 03/11/2003) - negritei

No mesmo sentido colhem-se os seguintes julgados dos Tribunais Federais:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - COMPETÊNCIA - DELITOS DO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98 E DO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 - EXTRAÇÃO ILEGAL DE RECURSOS MINERAIS (AREIA E CASCALHO**)**, NO LEITO DE RIO - ARTS. 20,

IX, E 176 DA CF/88 - BEM DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - ART. 109, IV, DA CF/88 - CRIME AMBIENTAL - ART. 78, II, 'A', DO CPP E SÚMULA Nº 122 DO STJ - RECURSO PROVIDO.
I - A extração de areia e cascalho do leito do Rio do Peixe, sem a necessária autorização, consubstancia delito em detrimento de bem da União, nos termos dos arts. 20, IX, e 176 da CF/88, de forma a atrair a competência da Justiça Federal, na forma do disposto no art. 109, IV, da Carta Magna.
II - 'É federal a competência para processar e julgar ação penal fundada na extração de areia de leito de rio, bem constitucionalmente afeto à União Federal, sem a licença de órgão ambiental. *O crime de usurpação, conexo ao de extração de areia de bem da União, enseja a competência da Justiça Federal*. (...)' (STJ, CC 49330/RJ, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, 3ª Turma, unânime, DJU de 05/02/2007, p. 199)
III - Em consonância com o art. 78, II, 'a' do CPP e com o enunciado da Súmula 122 do colendo Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Federal o processo e o julgamento do presente feito. IV - Recurso provido."
(RSE 200935000125770, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, 17/12/2010)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, SOB DUPLO FUNDAMENTO, DE INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE AUTORIZADA PELO ART. 312 DO CPP E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO - REVOGAÇÃO, SUPERVENIENTE À IMPETRAÇÃO, DA CUSTÓDIA CAUTELAR - EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA - ORDEM PREJUDICADA (VOTO VENCIDO) - DENÚNCIA PELOS ARTS. 40 C/C 40-A, § 1º, 55 DA LEI Nº 9.605/98, 2º DA LEI Nº 8.176/91, E 330 DO CÓDIGO PENAL - EXTRAÇÃO DE AREIA, NO SUBSOLO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL - BEM DA UNIÃO - CONCURSO FORMAL ENTRE O DELITO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 E OS CRIMES AMBIENTAIS - PRECEDENTES DO STJ - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I - Hipótese em que o paciente, preso preventivamente e denunciado como incurso nos arts. 40 c/c 40-A, § 1º, 55 da Lei nº 9.605/98, 2º da Lei nº 8.176/91, e 330 do Código Penal, requer a concessão da ordem, para revogar a sua prisão preventiva, seja por incompetência da Justiça Federal, seja por afronta às balizas do art. 312 do CPP. II - Revogada a prisão preventiva do paciente, por decisão superveniente à impetração, proferida pela autoridade apontada como coatora, ocorre a perda de objeto do presente *habeas corpus*, ajuizado com a mesma finalidade.
III - Despicienda, portanto, a análise da alegação de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de extração de areia, sem a devida autorização do órgão competente, pois constitui mera causa de pedir da impetração, que visa a revogação da custódia cautelar do paciente, já alcançada, por decisão superveniente, proferida pelo Juízo *a quo*. Voto vencido da Relatora, na preliminar.
IV - Na espécie, imputa-se, ao paciente, a prática de crimes ambientais, com dano à Unidade de Conservação Ambiental - APA de Descoberto, criada pelo Decreto 8.940, de 1983, em concurso formal com o delito de usurpação de bem federal

(art. 2º da Lei nº 8.176/91) - extração de areia, do subsolo, bem da União, sem licença do DNPM -, além do crime de desobediência a ordem legal de funcionário público do DNPM, em concurso material, donde se extrai a competência inequívoca da Justiça Federal para processar e julgar o feito.
V - 'O art. 2º da Lei nº 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei nº 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida. Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes' (STJ, REsp 547047/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJU de 03/11/2003).
VI - Consoante a jurisprudência do TRF/1ª Região, 'a Justiça Federal somente será competente para processar e julgar os chamados crimes ambientais se restar demonstrada a ocorrência de danos a bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas'. Assim, 'em se tratando a areia de recurso mineral de domínio da União (art. 20, IX, da Constituição Federal), compete à Justiça Federal o processamento e julgamento dos feitos tendentes a apurar eventual crime de extração em desacordo com a licença obtida (art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98), e crime de usurpação de bem da União (art. 2º da Lei nº 8.176/91), por importar in tese em ofensa a bens, interesses ou serviços da União'. (HC 2007.01.00.026124-9/AM, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 28/09/2007, p. 49). Em igual sentido: 'Nos termos do art. 20, IX e 176 da CF/88, são de propriedade da União os recursos minerais e as jazidas. A extração de areia sem autorização do órgão competente afeta bens da União, justificando a competência da Justiça Federal' (RCCR 2006.38.03.007218-5/MG, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 21/09/2007, p. 33). VII - A jurisprudência pacífica do egrégio STJ entende que, em hipótese como a dos autos, existe concurso formal entre o delito ambiental e o do art. 2º da Lei nº 8.176/91 - usurpação do patrimônio da União -, pelo que, ainda que se pudesse sustentar que os crimes ambientais não seriam da competência da Justiça Federal, não há dúvida de que o delito do art. 2º da Lei nº 8.166/91 atenta contra o patrimônio da União, e do art. 330 do Código Penal contra a Administração Pública federal, e, assim sendo, a competência para processar e julgar o feito, em face da conexão, permaneceria com a Justiça Federal, a teor da Súmula 122 do egrégio STJ. VIII - Ordem denegada."
(HC, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, 05/11/2010)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL- COMPETÊNCIA - JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - CRIMES PREVISTOS NO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98 E NO ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.176/91 - AFASTAMENTO DO

CRIME DE USURPAÇÃO - DESCABIMENTO - CONCURSO FORMAL DE CRIMES - CONFLITO APARENTE DE NORMAS - INOCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO - DENÚNCIA RECEBIDA, EM PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A lavra clandestina, através de exploração de areia, no Sítio São João, em Barro Duro, Município de Lauro de Freitas/BA, para fins de comercialização, sem autorização do DNPM, consubstancia, em princípio, a infração prevista no art. 2º da Lei nº 8.176/91. *II - Verificada, em tese, a ocorrência de concurso formal entre os delitos dos arts. 55 da Lei* nº *9.605/98 e 2º, caput, da Lei* nº *8.176/91*, com possibilidade de aplicação da pena de detenção, de um a cinco anos, e multa, pela suposta prática do mencionado crime, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, resta afastada a competência do Juizado Especial Federal, por não se cuidar, na espécie, de infração de menor potencial ofensivo (arts. 1º e 2º da Lei nº 10.259/2001 c/c art. 61 da Lei nº 9.099/95). III - 'Não existe conflito aparente de normas entre o delito previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, que objetiva proteger o meio ambiente, e o crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, que defende a ordem econômica, pois tutelam bens jurídicos distintos, existindo, na verdade, concurso formal. Precedentes.' (STJ, REsp nº 922.588/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJU de 29/10/2007, p. 305). Em igual sentido os precedentes do TRF/1ª Região (CC 2008.01.00.002521-7/RO, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, 2ª Seção, unânime, e-DJF1 de 21/07/2008, p.14). IV - Levando em consideração que o Auto de Paralisação da lavra de areia está datado de 06/01/2005, ocasião na qual Leandro Graça Souza ter-se-ia supostamente atribuído falsa identidade, ao assinar o referido Auto, com o nome de 'Leandro Silva', e não havendo qualquer causa de interrupção do lapso legal (art. 117 do CP), ocorreu, na hipótese, a prescrição da pretensão punitiva estatal, pela pena em abstrato, no caso dos crimes do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e do art. 307 do Código Penal, em virtude do transcurso de mais de quatro anos entre os fatos criminosos, imputados na denúncia, e a presente data. Extinta a punibilidade, quanto aos dois referidos delitos, em relação aos denunciados. V - Decretação, de ofício, da extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em abstrato, quanto aos delitos do art. 55 da Lei nº 9.605/98 e do art. 307 do Código Penal, em relação aos denunciados. VI - Denúncia recebida, em parte, quanto ao crime do art. 2º da Lei nº 8.176/91. VII - Recurso parcialmente provido."
(RSE 200533000189716, DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, 09/04/2010)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO DE DIAMANTE SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI 8.176/91 PELO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. BENS JURÍDICOS TUTELADOS DIVERSOS. CONCURSO FORMAL. 1. Não há conflito aparente de normas penais, quando tutelam bens jurídicos diversos. O art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91 tutela a ordem econômica, definindo crime contra o patrimônio na modalidade usurpação, enquanto o art. 55 da Lei nº 9.605/98 tutela a preservação ao meio ambiente. 2. Inocorrência de derrogação do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, pelo art. 55 da Lei nº 9.605/98. 3. Ocorrência de concurso formal entre os delitos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, e do art. 55 da Lei nº 9.605/98, porque com uma única

ação (extração de diamantes) foram ofendidos bens jurídicos diversos. 4. Recurso em sentido estrito provido para dar regular prosseguimento ao feito, quanto ao delito do art. 2º *caput*, da Lei nº 8.176/91, tendo em vista que quanto ao art. 55 da Lei de Crimes Ambientais o delito encontra-se prescrito."
(RCCR 200338030075594, JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, 22/04/2008)
(negritei)

"PENAL AMBIENTAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91. EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS (ARGILA), DE FORMA HABITUAL, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ELEMENTAR NORMATIVA DO TIPO. CONSUMAÇÃO. DESTINAÇÃO COMERCIAL. REFLEXOS NA ESFERA AMBIENTAL. INDISSOCIABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-APLICAÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.
1. Dispõe o art. 2º da Lei nº 8.176/91 ser crime contra o patrimônio na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. A autorização legal, portanto, constitui elementar normativa do tipo em questão; logo, a sua expedição em momento posterior à prática de exploração de matéria-prima da União não elide a consumação delitiva, podendo apenas influenciar, quando cabível, na dosimetria da pena.
2. A extração de argila destinada à significativa produção mensal de tijolos, de forma habitual, durante aproximadamente 04 anos, não comporta a aplicação do princípio da insignificância, sobretudo diante da indissociabilidade do bem jurídico protegido pelo art. 2º da Lei nº 8.176/91 com o bem jurídico ambiental."
(ENUL 200871000118397, TADAAQUI HIROSE, TRF4 - QUARTA SEÇÃO, 26/06/2009)

A respeito especificamente da exploração das rochas de *basalto*, veja-se, no âmbito do TRF/4ª Região, elucidativo acórdão na ACr nº 2004.71.07.007030-0/RS, rel. Desembargador Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *EXTRAÇÃO DE BASALTO* SEM AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA DE ÓRGÃO RESPONSÁVEL. ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.176/91. DOSIMETRIA. PENA DE MULTA. SIMETRIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.
A conduta de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes configura crime contra o patrimônio da União, em face da usurpação do bem público (artigo 2º da lei nº 8.176/91).
A pena de multa deve ser proporcional à pena privativa de liberdade, de modo que a fixação desta no mínimo legal conduz também aquela a este patamar.
Substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos efetuada em consonância com o disposto no artigo 44, § 2º, do Estatuto Repressivo."

A propósito, a consulta feita pelo Relator no *site* do DNPM mantido na *internet*,

revelou a existência de muitos registros de Portarias de Lavra autorizando múltiplas empresas a explorar a lavra de *basalto*, em vários pontos do território nacional.

No tema em questão, destaco que a Egrégia 1ª Turma deste Tribunal já teve ensejo de decidir que a exploração clandestina de recursos minerais encontra norma típica na Lei nº 8.176/91, que criminaliza a *usurpação contra o domínio público*, não podendo ser tratada como delito contra o meio ambiente. Confira-se:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.176/91. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. O apelado não detinha autorização do órgão federal competente para explorar minério em área de preservação permanente, às margens do rio Paraíba do Sul, em Tremembé/SP, como constatado pela Polícia Militar Ambiental e pela perícia do DEPRN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO DE RECURSOS NATURAIS e, posteriormente, corroborado pelo DNPM - DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL, que conclui, inclusive, que o faturamento bruto pela venda da areia extraída naquele local, defeso, para efeito de ressarcimento à União, corresponde a R$ 53.480,00.
> 2. Não demonstrado que o cronograma de recuperação do solo elaborado pelo DNPM diz respeito à área objeto da autuação policial.
> *3. Condenação do réu como incurso no artigo 2º da Lei nº 8.176/91.*
> *4. Em face do critério da especialidade, não há que se cogitar do crime do artigo 55 da Lei nº 9.605/98. A areia extraída, objeto material do crime in casu, é matéria-prima que pertence à União, considerando-se que o rio Paraíba do Sul é 'rio federal' (nasce em SP, percorre o sudeste de MG e é divisa natural deste do RJ).*
> 5. ....
> 6. Recurso ministerial parcialmente provido."
> (ACR 200761210019318, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 24/06/2010)

Em suma, conforme a orientação correta da jurisprudência, não existe conflito aparente de normas entre o delito previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, que objetiva proteger o meio ambiente, e o crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, que defende a ordem econômica, pois tutelam bens jurídicos distintos. Salta aos olhos - diante da diversidade de bens jurídicos tutelados - que o art. 55, da Lei nº 9.605/98 não derrogou o art. 2º, da Lei nº 8.176/91. A especialidade de cada um impõe considerar, conforme os casos concretos, isso sim, o concurso formal de infrações.

Ante o exposto, *não conheço do pedido de concessão de habeas corpus e nego provimento* aos embargos infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

- Sobre a exploração de basalto sem autorização legal, veja também o seguinte julgados: ACr 0037884-64.2007.4.03.0399/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 101/620.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0001109-22.2007.4.03.6002
(2007.60.02.001109-4)

Recorrentes: CARLITO DE OLIVEIRA E OUTROS (réus presos)
Representante: DERLI CARDOZO FIUZA
Recorrida: JUSTIÇA PÚBLICA
Excluídos: HERMINIO ROMERO E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: RSE 5914
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. JÚRI. PRONÚNCIA.
I - Requisitos de validade da sentença que se reconhece. Sentença que não vai além do juízo de admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri e que não padece de nulidade;
II - Existência de prova de materialidade do delito e indícios suficientes de autoria; sentença mantida;
III - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de agosto de 2011.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): *Carlito de Oliveira*, *Ezequiel Valenzuela*, *Jair Aquino Fernandes*, *Lindomar Brites de Oliveira* e *Paulino Lopes* interpuseram o presente recurso em sentido estrito contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal em Dourados/MS que os pronunciou como incursos nos crimes previstos nos artigos 121, § 2º, incisos III e IV (duas vezes) e 121, § 2º, incisos III e IV, c.c. artigo 14, inciso II (uma vez), c.c. artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Segundo a acusação, no dia 1º de abril de 2006, por volta das 16:00hs, na rodovia MS 156, Porto Cambira, em Dourados/MS, os recorrentes, em conjunto, mediante emboscada e crueldade, utilizando facas, punhais, pedaços de madeira conhecidos por “bordunas” e disparos de armas de fogo, mataram os policiais Rodrigo Pereira Lorenzatt e Ronilson Magalhães Bartiê e tentaram matar Emerson José Gadani.

A denúncia foi recebida em 04 de julho de 2007 (fls. 1314/1322).

O MM. Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal em Dourados/MS pronunciou os réus, sob o fundamento de que está provada a materialidade delitiva e que há indícios suficientes de autoria. Acrescentou que a alegada inimputabilidade feita pela defesa dos acusados não impede eventual sentença de pronúncia, pois não se trata da única tese defensiva. Demais disso, segundo o MM. Juiz, o laudo antropológico concluiu que os acusado são indígenas em via de integração e a perícia biopsicológica alerta que eles eram, ao tempo da ação, absolutamente capazes de entender o caráter ilícito do fato e comportar-se segundo tal entendimento, cabendo ao corpo de jurados decidirem acerca da imputabilidade dos réus (fls. 3601/3614).

A defesa recorre contra a sentença de pronúncia, alegando:

1) os acusados confundiram os policiais civis, os quais estavam descaracterizados, com capangas de fazendeiros, pois viviam em clima de conflito permenente na região;

2) houve desrespeito à diversidade linguística dos indígenas: os delegados da Polícia Civil de Dourados que decidiram "quem da comunidade seria acusado", não falavam o idioma guarani e alguns dos acusados não falam o idioma português;

3) a intérprete presente na delegacia falava o idioma guarani do Paraguai, que não é o mesmo idioma falado na comunidade indígena; o que significa dizer que alguém que domine o guarani falado no Paraguai não compreenderá automaticamente a totalidade do idioma homônimo falado pelos indígenas, tampouco estará apto à função de tradutor intérprete para decodificar a fala dos réus aos operadores do direito;

4) a falta de atenção ao direito dos indígenas de se expressarem na sua língua materna à época da investigação, além de não respeitar a sua dignidade, maculou todo o processo;

5) houve violação ao artigo 13, item II, da Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas, bem como ao artigo 12 da Convenção nº 169 da OIT sobre os povos Indígenas e Tribais e principalmente ao artigo 231 da Constituição Federal;

6) diante da conclusão dos laudos antropológicos, os réus devem ser absolvidos sumariamente por ausência de culpabilidade, pois lhes era inexigível conduta diversa; eles não estavam integrados à sociedade e acreditavam que defendiam suas terras de invasores, razão pela qual a conduta era moralmente lícita ou em legítima defesa;

7) os exames antropológicos comprovam que os valores que motivaram a conduta dos acusados estão em conformidade com os valores do povo ao qual pertencem;

8) o juiz violou o artigo 408 do CPP já que não se ateve às provas apresentadas pela defesa; a mera indicação, pela vítima policial, de como ocorreram os fatos, sem outras confirmações em juízo, não é indício suficiente para a sentença de pronúncia, especialmente quando existem contra-indícios, que são aqueles cuja conclusão abala fortemente os indícios contrários aos acusados;

9) o juiz cerceou o direito de defesa dos réus ao negar o pedido de reconstituição do crime; a realização da reconstituição do crime é essencial para comprovar a inocência dos acusados eis que possibilitará a perfeita compreensão dos fatos;

10) as perícias e levantamentos realizados pela Polícia Estadual na instrução do inquérito policial foram realizados sem observância do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Carta Magna e sem a presença dos procuradores das partes.

Ao final, a defesa requer:

1) a anulação parcial do processo, com a reabertura da fase instrutória para a realização da reconstituição dos crimes ante as divergências constatadas nos depoimentos das testemunhas presenciais;

2) a impronúncia e absolvição sumária dos acusados por não terem praticado/concorrido com a prática dos crimes, pela absoluta falta de provas e o reconhecimento da legítima defesa.

O MPF ofereceu contrarrazões às fls. 3709/3723. A decisão recorrida foi mantida à fl. 3725.

Em seu parecer, o MPF opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelos acusados contra a sentença de pronúncia proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados - MS.

Preliminarmente, cumpre apreciar a alegação de que o juiz cerceou o direito de defesa dos réus ao negar o pedido de reconstituição do crime, que seria essencial para comprovar a inocência dos acusados.

Nesta questão, sem razão a defesa.

Com efeito, a sentença apreciou o pedido formulado e fundamentadamente o rejeitou. Confira-se excerto do *decisum*:

> "Rejeito, preliminarmente, o pedido de realização de perícia de produção de prova pericial consistente em reconstituição do delito. Vejo que a presença das partes ou procuradores na realização da perícia não é requisito de validade destas. Vige na fase pré-processual a inquisitoriedade sendo, pois, o contraditório diferido. Aliás, sendo a materialidade e a autoria do delito evidenciada por outros meios de prova (exame cadavérico, confissão e prova testemunhal), desnecessária a reconstituição do local do crime."

Dispõe o artigo 184 do Código de Processo Penal que, salvo em caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

No caso, a decisão de pronúncia, ao indeferir o pedido de reconstituição do crime, fundamentou-se no sentido de sua desnecessidade tendo em vista que as provas produzidas nos autos, segundo o Juízo *a quo*, foram suficientes para formar sua convicção quanto à materialidade do delito e indícios de autoria.

Dessa forma, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Sobre o assunto, ensina Guilherme de Souza Nucci em seu *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais: "Indeferimento de realização de perícia: trata-se de uma providência natural, no quadro de produção de provas, que a autoridade policial ou judiciária indefira aquelas que forem impertinentes para a solução do caso."

No mesmo sentido é o precedente do Colendo STF:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO. INDEFERIMENTO. JUIZ DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA. 1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas (CPP, art. 156). 2. Por seu turno, o artigo 184 do CPP dispõe que '[s]salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade'. Tem-se aí juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. O Supremo Tribunal Federal não pode, em lugar do juiz, aferir a importância da prova para o caso concreto. (Precedentes). 3. A decisão que indeferiu a diligência está amplamente fundamentada no sentido de sua desnecessidade, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento."
(STF - RHC 88320 - Ministro Eros Grau - 2ª Turma - 25/04/2006)

Quanto à alegação de desrespeito à diversidade linguística dos acusados durante o inquérito policial, que, segundo a defesa, além de não respeitar-lhes a dignidade, maculou todo o processo, entendo que não merece acolhimento.

A uma porque os laudos psicológicos acostados aos autos afirmam que os réus compreendem o idioma português, com exceção de Paulino Lopes, que foi ouvido na polícia com auxílio da intérprete Celma Monteiro Ledesma (fls. 41/42).

A duas porque em Juízo, todos os acusados foram ouvidos com a ajuda de dois intérpretes, os Srs. Cajetano Vera e Aleixo Fróes (fls. 1758/1766 e 1834/1840), além da presença do procurador da FUNAI.

Dessa forma, não houve desrespeito ao direito dos acusados se expressarem.

Sobre o tema, confira-se o julgado proferido pela Egrégia Primeira Seção desta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TESTEMUNHAS INDÍGENAS. IDIOMA. INQUIRIÇÃO EM PORTUGUÊS OU EM GUARANI. INTÉRPRETE. ATO PRATICADO EM SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NECESSIDADE DE JUNTADA DA ATA DE JULGAMENTO. IMPETRAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PELA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM OS RÉUS DA AÇÃO PENAL. 1. Tratando-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de ver declarada a nulidade de ato praticado durante sessão do Tribunal do Júri, é essencial a juntada de cópia da respectiva ata. 2. *A melhor forma de proceder-se a uma inquirição é aquela que possibilita a mais perfeita compreensão do que o depoente deseja expressar. Isso não se dá, necessariamente, com a utilização do idioma de origem da testemunha e a intermediação de intérprete; assim, se a testemunha indígena, cuja língua materna é o guarani, souber expressar-se também em português, não há ilegalidade em que a oitiva seja feita nesse segundo idioma, máxime se o juiz mantiver um intérprete para auxiliar os trabalhos, elucidando*

alguma dúvida ou o sentido de alguma expressão. 3. Especialmente se a instrução probatória realizada anteriormente à pronúncia foi feita em português, sem a intervenção de intérprete, não há ilegalidade no procedimento adotado pelo julgador, em sessão do Júri, no sentido de, ao início da oitiva, indagar ao indígena se ele sabe se expressar em português e, em caso afirmativo, proceder à inquirição nesse idioma, mantendo o intérprete para elucidar alguma questão ou dúvida. Inteligência do artigo 223 do Código de Processo Penal. 4. Da Constituição Federal, das convenções internacionais e das demais normas indicadas pela acusação não resulta direito líquido e certo em que, ao início do depoimento de indígena, se indague deste 'em qual idioma ele se expressa melhor', colhendo-se o depoimento necessariamente no idioma indicado. Indagar dessa maneira não significa o mesmo que perguntar ao indígena em qual idioma ele prefere depor. 5. Do fato de o juiz instrutor da causa ter deferido a nomeação de intérprete para atuar durante a sessão de julgamento não significa que seu presidente, ao proceder a inquirição das testemunhas, esteja jungido a realizar a inquirição necessariamente com o auxílio de intérprete; as questões atinentes à instrução em plenário devem ser analisadas pelo Juiz Presidente da sessão. 6. Se, durante sessão de julgamento do Tribunal do Júri, as partes controverterem a respeito de determinada forma de inquirição; e se, tomada a decisão pelo juiz, alguma delas impetrar mandado de segurança junto ao tribunal, é de rigor a citação da parte contrária, para atuar na qualidade de litisconsorte passivo necessário. 7. Pedido de liminar indeferido. Agravo interno desprovido."
(TRF 3ª Região - MS 324980 - Primeira Seção - Relator Desembargador Nelton dos Santos - DJF3 CJ1 28/01/2011 - pág. 10)

A defesa alega também que a decisão que pronunciou os réus não valorizou as provas de forma equânime e que a mera indicação, pela vítima policial, de como ocorreram os fatos, sem outras confirmações em juízo, não é indício suficiente para a sentença de pronúncia, especialmente quando existem contra-indícios.

Vejamos.

O artigo 413 do Código de Processo Penal assim dispõe:

"Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.
§ 1º *A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.
§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.
§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código." (grifei)

Da leitura do citado artigo entende-se que, para pronunciar o acusado é necessária a certeza de que o fato ocorreu e indícios de autoria, devendo o juiz declinar, na decisão, os motivos de seu convencimento.

A pronúncia constitui, portanto, mero juízo de admissibilidade da acusação, não podendo o magistrado, nesta decisão, invadir o mérito e expressar juízo de condenação, sob pena de nulidade.

Neste sentido são os julgados a seguir colacionados:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. SENTENÇA. NATUREZA JURÍDICA. AUTORIA. CERTEZA. JUÍZO ANTECIPADO. DEFESA. CERCEAMENTO. NULIDADE. Conquanto terminativa de uma fase do processo, a sentença de pronúncia não expende juízo de mérito e, portanto, detém natureza interlocutória, sobre a qual não se opera a coisa julgada, senão a preclusão *pro judicato*. *Extrapolando o âmbito do juízo de admissibilidade da acusação, ao ser firmado antecipado juízo de certeza da autoria, não pode a sentença de pronúncia ser mantida*. Cerceamento de defesa configurado. Recurso provido. Desentranhamento da sentença anulada."
> (STJ - Sexta Turma - RHC 15618 - Relator Paulo Medina - DJ 15/05/2006 - pág. 290) grifei

> "*PRONÚNCIA: nulidade daquela que, ultrapassando as raias do juízo de admissibilidade da acusação, traçadas no art. 408 C. Pr. Pen, desanda no que já se chamou de 'eloquência acusatória'*: não escusa o libelo desnecessário que - como lhe era facultado - o réu houvesse negado a autoria do crime, hipótese em que ao juiz da pronúncia basta contrapor a indicação objetiva de indícios dela, em adjetivações radicais: HC deferido para declarar a nulidade e ordenar o desentranhamento da pronúncia."
> (STF - HC 81959 - Relator Ministro Sepúlveda Pertence) grifei

> "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. JÚRI. PRONÚNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE SE EXCEDE EM SUA LINGUAGEM. NULIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. *A decisão de pronúncia, por encerrar mero juízo de admissibilidade da ação penal no procedimento especial do Júri, não pode tecer maiores considerações sobre o mérito da causa*. 2. O acórdão do Tribunal de Justiça que, ao confirmar a pronúncia, se excede em sua linguagem pode causar prejuízo ao réu, por influenciar o Conselho de Sentença. 3. Nulidade reconhecida. 4. Recurso ordinário provido, para que outro acórdão seja proferido."
> (STF - RHC 83986 - Relator Ministro Joaquim Barbosa) grifei

Feitas estas considerações, cumpre analisar se o Juízo *a quo* proferiu decisão em estrita obediência ao que dispõe o referido dispositivo legal.

No caso, observo que a materialidade restou comprovada através dos laudos de exames cadavéricos das vítimas fatais e do laudo de exame de corpo de delito da vítima sobrevivente.

Dessa feita, é certa a ocorrência dos delitos descritos na denúncia e a pronúncia foi precisa em relação à questão. Confira-se:

> "No caso dos autos, vejo que está provada a materialidade delitiva quanto aos delitos previstos nos artigos 121, § 2º, incisos III e IV (duplo homicídio qualificado) e tentativa de homicídio qualificado, prevista no artigo 121, § 2º, inciso II do Código Penal, combinado com o artigo 14, inciso II do Código Penal, em coautoria e em cúmulo material (artigos 29 e 69 do Código Penal).
> O laudo de exame cadavérico, fls. 111/2 dos autos, da vítima RODRIGO PEREIRA LORENZATT aponta que este morreu de hemorragia interna por lesão de vísceras intra-torácicas e abdominais por arma branca. Esta hemorragia interna fora resultado de várias feridas corto-contussa, pérfuro-incisivas e escoriações.
> O laudo de exame cadavérico de RONILSON MAGALHÃES BARTIÊ de fls. 118/9 revela que a morte deste fora resultado de hemorragia externa provocada por lesão de vasos sanguíneos poplíteos por projéteis de arma de fogo. No corpo da vítima constatou-se feridas pérfuro-contusas nas regiões internas e externas do joelho e na face interna da perna e tornozelo.
> O laudo de exame de corpo de delito quanto ao ofendido EMERSON JOSÉ GADANI nos revela que houve em seu desfavor feridas pérfuro-incisivas, equimoses, e escoriações resultando-lhe lesão corporal de natureza grave."

Quanto aos indícios de autoria, impende dizer que, ao ler atentamente a longa decisão de pronúncia proferida nestes autos, pude observar que ela, em mais de um momento, extrapola seus limites legais e encerra o inadmissível juízo de acusação.

Transcrevo alguns excertos da pronúncia onde, no meu entender, verifica-se claramente a certeza de autoria proferida em desfavor dos réus:

> "*As vítimas foram surpreendidas quando estavam no veículo. Iniciou-se a execução por parte dos acusados do delito de homicídio*, consumado quanto às vítimas RONILSON MAGALHÃES BARTIE, RODRIGO PEREIRA LORENZATO, não se consumando por circunstâncias alheias à sua vontade quanto a EMERSON JOSÉ GADANI.
> A vítima Rodrigo Pereira foi retirada à força pelos acusados e levada a um barranco ás margens da Rodovia, espancando-o e esfaqueando-o, conforme depoimento da vítima sobrevivente e pela quantidade e extensão de lesões percebidas no laudo necroscópico (fls. 111/2).
> *A vítima RONILSON fora retirado do veículo pelos acusados, alvejado pelo disparo de arma de fogo e deixado no local para morrer, agonizando.*
> .....
> *Quanto à vítima EMERSON JOSÉ GADANI revela-se pelos autos que os acusados o espancaram com pedaços de pau, deixando para morrer á beira de um barranco*. Este fato encontra-se embasado pela palavra da vítima, pelo laudo de exame corporal e pelo depoimento do médico legista KARLSON LOYOLA." (grifei)

Além da certeza de autoria proferida pela decisão de pronúncia, ela também extrapolou seus limites fazendo lucubrações em prejuízo dos réus. Veja-se:

> "Quanto à tese de agressão inicialmente perpetrada pelos policiais, há divergências nos autos. *A uma que a vítima sobrevivente afirma o contrário. A duas, a existência de cápsulas encontradas na aldeia disparadas por armas da polícia não afasta a idéia de que os acusados, após pegarem-nas, terem-nas utilizado. A três, o laudo de exame de arma de fogo que só encontrou registro de uma impressão digital de arma de fogo que não partiu dos índios, não afasta a idéia de que as armas foram limpas pelos acusados, apagando rastros*. Tais divergências precisam ser dirimidas no Juízo natural, o Tribunal do Júri." grifei

Doutra parte, sobre a alegação de que os acusados assinaram a confissão na polícia mediante tortura, a decisão de pronúncia fundamentou simplesmente:

> "Igualmente, não se pode aceitar a tese de suposta coação que seriam vítimas os acusados na fase policial tendo em vista que um dos acusados, Carlito, não confessou na fase policial, negando, desde o princípio tal fato."

Sobre esse aspecto, saliento que não há notícia nos autos de que os relatos de violência perpetrada pelos policiais contra os indígenas para que eles assinassem as respectivas confissões tenham sido devidamente apurados. Todavia, muito embora a suspeita que paira em relação à validade daqueles depoimentos, a decisão de pronúncia faz referência a eles em várias oportunidades e emprestou-lhes valor probante superior às retratações feitas pelos acusados em Juízo.

Em síntese, pela análise detida dos autos e da leitura da decisão recorrida, observo que as provas e alegações produzidas em favor dos acusados, ou foram rejeitadas pela decisão de pronúncia sem mais delongas, ou sequer foram objeto de valoração pelo magistrado.

Por outro lado, em prejuízo dos réus, mesmo depoimentos cuja validade é veementemente contestada pela defesa, tiveram peso importante na decisão prolatada.

Por conseguinte, entendo que assiste razão à Defensoria quando afirma que o Juízo não valorou as provas produzidas nos autos de maneira equânime.

Ademais, como já expendido, o que se repele com maior veemência é o fato de a decisão de pronúncia ter adentrado ao mérito e invadido a competência que é do Tribunal Popular, devendo, portanto, ser anulada.

Não obstante a nulidade da pronúncia que, tal como posta, poderá prejudicar sobremaneira os recorrentes perante o tribunal popular, observo que seus pressupostos estão presentes, quais sejam, materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, a teor do artigo 413 do Código de Processo Penal, inclusive porque todo o restante da matéria de mérito trazida pelo recurso deverá ser objeto de apreciação pelo Tribunal do Júri.

Dessa forma, e frente à nulidade formal do ato, nada mais adequado que sua anulação e nova elaboração dentro os limites legais, pelo i. magistrado singular.

Acrescento que, muito embora a nulidade da pronúncia, entendo que a prisão cautelar determinada aos acusados deve ser mantida. Para tanto, acolho as mesmas razões expostas pelo Juízo *a quo* (fls. 3048/3050):

> "Ora, pelo que pudemos observar por meio da Inspeção Judicial realizada *in loco* às fls. 520/522 (Autos nº 2007.60.02.002575-5), instruída pelo Laudo de Exame

de local e pelas fotografias às fls. 539/708 (Autos nº 2007.60.02.002575-5), não resta dúvida de que os co-réus, juntamente com outros indígenas que coabitam na Aldeia Passo Pirajú, são uma comunidade indígena na busca da preservação das tradições de seus antepassados, de acordo com seus próprios padrões culturais, suas instituições sociais e seus sistemas.

Por isso, penso que pelo fato de os co-réus encontrarem-se custodiados provisoriamente na Aldeia Passo Pirajú e, durante o dia, trabalharem na lavoura, caçarem, efetuarem refeições com seus pares e, durante a noite, recolherem-se á casa de alvenaria, construída pela FUNAI para o cumprimento da prisão cautelar, não estão a desrespeitar qualquer ordem judicial, em especial, a determinada à fl. 30 (Autos nº 2007.60.02.002575-5).

Se dentro da cultura da comunidade indígena Guarani-Kaioa, presente está a moradia coletiva, plantio e caça, além é claro, do não encarceramento nas punições, não tenho dúvida de que os co-réus estão a exercer direitos que lhes foram reconhecidos, os quais, diante das circunstâncias fáticas constatadas, não devem ser modificadas pelo Estado-Juiz.

Não me parece suficiente, para aplicar o rigor da legislação processual penal aos co-réus, o fato de o co-réu Paulino Lopes ter se ausentado da Aldeia Passo Pirajú e não ter comparecido às audiências de instrução (16/07/2008 e 05/08/2008), na medida em que tais irregularidades restaram justificadas pelos documentos às fls. 2913/291 (Autos nº 2007.60.02.001109-4).

De qualquer forma, fica admoestada a FUNAI no sentido de que, para qualquer saída dos co-réus da Aldeia Passo Pirajú, seja requerida autorização ao juízo, sob pena de transferência dos custodiados a um presídio comum."

Dessa forma, fica mantida a prisão cautelar imposta aos acusados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa para anular a decisão de pronúncia e determinar o retorno dos autos à vara de origem para que o Juízo *a quo* profira nova decisão no prazo de 05 (cinco) dias.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR: A E. Relatora, em seu voto, afastou a alegação de cerceamento de defesa, também a que invoca o que se denomina de "diversidade lingüística", com o que, pelos fundamentos expendidos, me posicionei de pleno acordo, todavia deliberou a anulação da sentença, neste ponto aflorando divergência.

Muito claro no caso para mim que a sentença absolutamente não vai além do juízo de admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri.

O conteúdo real da sentença de pronúncia encerra juízo rigorosamente pautado nos limites dos requisitos de prova de materialidade do delito e indícios suficientes da autoria.

A Relatora cita trecho em que, no seu entender, "verifica-se claramente a certeza de autoria proferida em desfavor dos réus", mas imediatamente precedido por est'outro, que transcrevo com grifos meus:

> "Quanto às qualificadoras de tortura ou meio cruel e praticada mediante emboscada ou recurso que dificultou o recurso da vítima devem ser mantidas *para que o Júri avalie da aplicação por ocasião do julgamento, porque as provas dos autos não a repelem manifesta e declaradamente*, conforme se visualiza pelos laudos necroscópico de RONILSON MAGALHÃES BARTIE, RODRIGO PEREIRA LORENZATO e o laudo médico de exame de corpo de delito de EMERSON JOSÉ GADANI."

E também este, no início da fundamentação:

> "Inicialmente, registro que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência e prova da materialidade do delito e de indícios suficientes de sua autoria."

Repatriado a seu contexto avulta o referido excerto como reprodução de versão dos fatos segundo uma linha de provas produzidas e aceita nos limites do juízo de admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, para exprimir convicção de certeza sendo necessário indicar e reconhecer provas de certeza e absolutamente não é nesse tom que fala a sentença, que opera fundamentalmente com juízos de alegações da defesa que se considerou não completamente comprovadas nos autos, a exemplo a de desconhecimento pelos índios de que as vítimas eram policiais, e de alegações da acusação que se reputou não repelidas "manifesta e declaradamente", como as respeitantes às qualificadoras.

Quanto ao que sustenta a Relatora aduzindo sobre supostas "lucubrações em prejuízo dos réus" o trecho citado manifestamente encerra necessário exame de uma questão, por que foi alegada pela defesa, e se se trata de meras lucubrações ou digna operação intelectual de avaliação de provas seria isto questão não de nulidade, mas de mérito, a não ser que nesse ponto a Relatora tenha entendido que a sentença tivesse passado ao vício oposto, o da falta ou insuficiência de fundamentação.

Como refuto esse entendimento a ele contrapondo minha convicção de tratar-se de questão de mérito assevero que nada peremptoriamente serve de base à conclusão alcançada.

O juiz apreciava a alegação da defesa de "agressão inicialmente perpetrada pelos policiais". Pergunto o que há de lucubração em se opor a uma prova outra em contrário. Se a vítima sobrevivente negou o fato há uma prova infirmativa da alegação, no mais, nesta fase processual bastando a existência dessa prova e, aliás, sendo mesmo desautorizado maior desenvolvimento na avaliação da prova, sob pena de incidir o magistrado exatamente no vício da extrapolação dos limites legais.

No restante do trecho o que faz o juiz é expressar convicção onde lobrigo a aplicação da idéia da força probatória dos indícios proporcional à margem que deixam em sua interpretação ao arbítrio individual e nesta fase processual deparando-se acertado considerar o magistrado o fato de qualquer indício não encadear necessariamente a uma só mas a outras possíveis interpretações.

Ponho-me, assim, inteiramente de acordo com a conclusão: "Tais divergências precisam ser dirimidas no Juízo natural, o Tribunal do Júri".

Na seqüência, agora explicitamente, que é o que me parece pelos termos utilizados - "fundamentou simplesmente" - a Relatora expressa convicção de fundamentação deficiente na apreciação da alegação de coação. Pergunto o que pode faltar, para cumprir a sentença sua finalidade de emissão de juízo acerca da suficiência de indícios de autoria,

além da enunciação do raciocínio reconhecendo um contra-indício no fato de uma das supostas vítimas de coação ter prestado depoimento de teor diverso do pretendido pelos agressores com a hipotética coação, anotando-se que se é possível sustentar que o depoimento foi prestado com negativa das acusações não por que não se tivesse sofrido coação, mas por que não se tivesse deixado intimidar o suficiente para ceder à ilícita exigência, isto não descaracteriza o fato como contra-indício e portanto não lhe retira do quadro dos pontos conflitantes que devem ser dirimidos pelo Tribunal do Júri.

Sobre o que aduz a Relatora aludindo a falta de apuração dos "relatos de violência perpetrada pelos policiais contra os indígenas para que eles assinassem as respectivas confissões" a questão nitidamente pertence ao domínio do Juiz natural.

Acerca da consideração de a decisão de pronúncia emprestar aos depoimentos pela Relatora considerados suspeitos valor probante superior às retratações feitas em juízo a questão é manifestamente de avaliação de prova e, atendo-me aos limites desta fase processual, afirmo, sem compromisso com o raciocínio descrito, a saber, de que o magistrado errou no peso dado a uma e outra prova, aos depoimentos do inquérito e aos depoimentos em juízo, que se trata de apenas um segmento de prova, a sentença fundamentando-se não só nas aludidas confissões mas também nos depoimentos do ofendido sobrevivente e testemunhas.

Concluo pela validade da sentença e, por seus fundamentos, pela admissibilidade do prosseguimento perante o Júri Popular.

Ressalvo o desmedido respeito que guardo pelo entendimento da Relatora que, cativo do meu e que ora me cabe declarar por escrito nos autos, não pude acompanhar.

Estas as razões de meu pronunciamento negando provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator designado para o Acórdão

- Sobre os requisitos da sentença de pronúncia, veja também os seguintes julgados: RcCr 90.03.012938-0/MS, Relator Juiz Souza Pires, publicado na RTRF3R 19-20/397; RcCr 2004.03.99.023468-2/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicado na RTRF3R 73/396 e RcCr 2003.60.02.000374-2/MS, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicado na RTRF3R 79/401.

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MP (PEÇAS DE INFORMAÇÃO) 0026950-75.2010.4.03.0000 (2010.03.00.026950-8)

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Investigados: OSWALDO MOCHI JUNIOR, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, LUIZ DUARTE SILVA NETO E LÍLIAN RODRIGUES SILVA DUARTE
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: PIMP 964
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/09/2011

EMENTA

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INFRAÇÃO AO DECRETO-LEI Nº 201/67 - ARTIGO 1º, INCISO I - E ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONSTRUÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. CONVÊNIO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. REPASSE DE VERBA FEDERAL. SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. CONCLUSÃO DAS OBRAS. DENÚNCIA REJEITADA.

1. Aplicação da Súmula 208/STJ no tocante à competência da Justiça Federal para a análise e julgamento do feito.

2. A denúncia apresentada embasa-se em elementos fático-probatórios colhidos após o transcurso de mais de mais de cinco anos da celebração do Convênio nº 2001CV00138-SQA.

3. Após a realização da obra a Prefeitura de Coxim enviou ao Ministério do Meio Ambiente o termo de recebimento definitivo da obra juntamente com fotos demonstrando a realização da obra, ao tempo em que esta foi finalizada.

4. O núcleo do tipo do delito narrado no Decreto-lei nº 201, parágrafo I, é a apropriação ou desvio de bem ou renda pública em proveito próprio ou alheio. Diz com a execução ou inexecução da obra física, com a aplicação ou não dos recursos públicos federais do convênio nessa obra, não com a má gestão do pós-obra.

5. Não se pode afiançar o querer ministerial de ocorrência de malversação do recurso público. Não se tem notícia de desvios em proveito próprio ou alheio, eis que a obra entregue foi efetivamente realizada.

6. O valor apontado como superfaturado deve ser analisado com muita ressalva, principalmente porque o item que apresentam maior diferença de valor diz respeito à ausência de manta impermeável, que teve seu furto demonstrado.

7. A imputação do cometimento de crime de falsidade ideologia não foi demonstrada.

8. Denúncia rejeitada por falta de justa causa para o exercício da ação penal. Especificamente em relação à denunciada Lílian Rodrigues Silva Duarte denúncia rejeitada, também, por inépcia.

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, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal, nos termos do voto do Desembargador

Federal Nery Júnior (Relator) e, no mérito, por maioria, rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Nery Júnior (Relator), que aderiu ao fundamento acrescido pelo Desembargador Federal Nelton dos Santos no voto vista apresentado.

São Paulo, 31 de agosto de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): O Ministério Público Federal oferece denúncia em face de OSVALDO MOCHI JUNIOR, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, LUIZ DUARTE SILVA NETO e LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE.

A denúncia deu-se nos seguintes termos:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela Procuradora Regional da República signatária, vem perante Vossas Excelências, no exercício de suas atribuições constitucionais, nos termos do artigo 108, I, 'a' e artigo 129, I, ambos da Constituição Federal, e artigo 6º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/93, oferecer DENÚNCIA em face de:

OSWALDO MOCHI JUNIOR, brasileiro, deputado estadual, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas sob o nº 257.419.341/53, e no Registro Geral sob o nº 1941479 SSP/PR, residente na Rua Kame Takaiassu, 22, Tropical Park, Campo Grande/MS; Imputações: artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, brasileiro, engenheiro civil, residente na Rua Manoel Jorge, 238, Santos Dumont, Três Lagoas/MS, inscrito no Castro de Pessoas Físicas sob nº 137.745.901-25 e no Registro Geral sob o nº 1549704 SSP/MS; Imputações: artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

LUIZ DUARTE SILVA NETO, brasileiro, administrador de empresas, residente e domiciliado na SMPW Quadra 05, Conjunto 04, Lote 05, Park WAY-DF, Cep: 71735-504, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas sob o nº 487.620.081-53, e no Registro Geral sob o nº 20.016.480 SSP/SP; Imputações: artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE, brasileira, administradora de empresa, residente e domiciliada na SMPW Quadra 05, Conjunto 04, Lote 05, Park WAY - DF, Cep: 71735-504, inscrita no Cadastro Pessoas Físicas sob o nº 570.913.071-00, e Registro Geral sob o nº 1.471.326 SSP/SP; Imputação: artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967.

pelos fatos a seguir expostos:

I - DOS FATOS:

OSWALDO MOCHI JUNIOR, ora Deputado Estadual pelo Mato Grosso do Sul, em seu segundo mandato de Prefeito Municipal de Coxim/MS (período compreendido entre 1º de janeiro de 2000 a 31 de dezembro de 2004), celebrou com a União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente, em 27 de dezembro de 2001, o *Convênio de 2001cv000138* (fls. 25/35), que tinha por objeto a 'Implantação de Aterro Sanitário' na mencionada Municipalidade, uma vez que o lixo produzido pela

população era depositado 'a céu aberto', não existindo na cidade local adequado para a disposição final dos resíduos domésticos e hospitalares.
A Cláusula II do mencionado Convênio dispôs, dentre outras obrigações, competir ao Convenente a execução de todas as atividades inerentes à implementação do Plano de Trabalho descrito no Anexo I, estabelecendo, ainda, a obrigatoriedade de Prestação de Contas dos montantes recebidos para a execução do objeto convenial.
Os recursos constantes do Plano de Trabalho apresentados pela Prefeitura Municipal de Coxim/MS, para a implementação do objeto conveniado, foram da ordem de R$ 341.000,00 (trezentos e quarenta e um mil reais), sendo R$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais) dispendidos pela União, e R$ 31.000,00 (trinta e um mil reais) referentes à quota do Executivo Municipal.
As quantias foram repassadas pelo Organismo Federal por meio da Ordem Bancária nº 2002OB000029, de 12/03/2002, vindo a Prefeitura de Coxim/MS, titularizada à época pelo ora acusado Oswaldo Mochi Junior, a deflagrar licitação na modalidade Tomada de Preços (nº 002/2002), para a contratação de pessoa jurídica de modo a que fossem executados os serviços pactuados.
Sagrando-se vencedora do processo licitatório a empresa TOCMAX TRANSPORTES, OBRAS E COMÉRCIO LTDA., única a se apresentar de acordo com o que se pode extrair dos autos, cuja denominação social, naquela ocasião, era FGE CONSTRUTORA LTDA., foi celebrado o Contrato de nº 038/2002 no valor de R$ 340.600,11 (trezentos e quarenta mil, seiscentos reais e onze centavos) - (fls. 93/97).
Não obstante a obra não tenha sido integralmente concretizada, o então Prefeito OSWALDO MOCHI JUNIOR, o então Secretário Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Infraestrutura, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, e o sócio da empresa supracitada LUIZ DUARTE SILVA NETO firmaram Termo de Recebimento Definitivo da Obra de Construção do Aterro Sanitário de Coxim, que atestou a conclusão do objeto convenial em 10/07/2002.
Ou seja, muito embora a empresa FGE Construtora tenha recebido os valores combinados para a ultimação das obras contratadas, o que pode ser inferido das Notas Fiscais de fls. 72, 74 e 76, pouco foi efetivamente executado, o que foi constatado pelos técnicos do Ministério do Meio Ambiente, em vistoria no local em que deveria ter sido edificado o Aterro.
Consoante a conclusões exaradas no Parecer Técnico lavrado pela Técnica Especializada da Secretaria de Qualidade Ambiental (nº 160/2006 - SQA/GAU, de 18/10/2006), após exame *in loco*, 'pôde ser constatado que o aterro sanitário não foi adequadamente finalizado e operado e que a população não obteve benefícios decorrentes da adequada disposição final dos resíduos. Nesse sentido foram verificadas que as cédulas para a disposição do lixo doméstico, de saúde e a de lagoa de captação dos líquidos percolados descritos na Planilha Orçamentária encontravam-se em total abandono sem as mantas de impermeabilização e os taludes com erosão. Não foram construídos drenos externos em meia-cana de concreto para a contenção e desvio de águas pluviais, conforme descritos na Planilha Orçamentária. (...)' - fls. 187 e 256 do Apenso II.
Concluíu a Técnica do Ministério do Meio Ambiente, em síntese, que o Convenente não cumpriu o objeto do Convênio, e não atingiu o objetivo pactuado no Ato de Cooperação Financeira.

Assim é que a Concedente veio a emitir o Parecer Financeiro nº 06/2007-ASOR/SQA/MMA, concluindo pela não aprovação da Prestação de Contas, na qual a Prefeitura apontou como valor efetivamente gasto na obra o montante de R$ 340.600,11 (fls. 300 Apenso II). Em seguida, a Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos solicitou ao Gestor Municipal a restituição dos recursos alusivos ao citado Convênio, devidamente corrigidos, conforme previsão constante da Cláusula II, do Convênio nº 2001cv000138, alínea 'h', item 1 (fls. 28 e fls. 303/310 do Apenso II).

Como não foram devolvidos os valores destinados à obra, cujo valor alcançou em agosto de 2007 o montante de R$ 728.893,09 (setecentos e vinte e oito mil, oitocentos e noventa e três reais e oito centavos - fls. 224), conforme demonstrativo de débito de fls. 192/193, o Ministério do Meio Ambiente instaurou Tomada de Contas Especial (fls. 184/190), que ao final concluiu que OSWALDO MOCHI JUNIOR, ex-Prefeito de Coxim, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, ex-Secretário Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Infra-Estrutura da mencionada Prefeitura, e a empresa TOCMAX - TRANPORTES, OBRAS E COMÉRCIO LTDA. eram responsáveis solidários pelo dano ao erário, sendo instados a devolver ao Tesouro Nacional a importância acima declinada (fls. 236/239 e 272).

Depreende-se do Relatório efetuado pelo Relator da aludida Tomada de Contas Especial, que da vistoria realizada pelo Ministério do Meio Ambiente pôde-se inferir que a obra não foi corretamente executada, pois 'além da falta da manta impermeabilizadora, verificou-se que não havia indícios da realização da drenagem externa nas cédulas de lixo hospitalar e nas cédulas de lixo doméstico, assim como também foram encontradas divergências de valores e de componentes existentes entre a planilha orçamentária e as planilhas de medição entregues na prestação de contas, o que indica que a empresa contratada, para a execução do objeto do convênio, teve fundamental importância para o não atingimento dos objetivos avençados e para a não geração de benefícios à população do município, a despeito dos recursos públicos terem sido gastos'.

A Unidade Técnica concluiu, ao final, que passados 6 (seis) anos da conclusão das obras, o aterro sanitário ainda não estava em funcionamento, não tendo recebido, por conseguinte, a Licença Ambiental para operação.

Aliás, consoante as informações prestadas pelo Gerente de Meio Ambiente às fls. 319, dos autos, a Prefeitura Municipal de Coxim ainda está providenciando os documentos legais e licenças para dar andamento a um novo projeto de recuperação e implantação do Aterro Sanitário, o que demonstra que nenhuma providência concreta foi tomada até o presente momento.

II - DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE RESPONSABILIDADE CAPITULADO NO ARTIGO 1º, INCISO I, do DECRETO-LEI Nº 201/1967.

Com isso, resta claro que o Ex-prefeito de Coxin/MS, OSWALDO MOCHI JUNIOR, o Ex-secretário da citada Municipalidade, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, e os sócios da empresa TOCMAX - TRANSPORTES, OBRA E COMÉRCIO LTDA., apropriaram-se ou desviaram os recursos federais recebidos da União, conduta essa que se subsume ao tipo descrito no inciso I, do artigo 1º, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

'Artigo 1º - São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao

julgamento do poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-Ios em proveito próprio ou alheio;
(...)'.
Pena: Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os do item I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.
Repise-se que a Municipalidade de Coxim recebeu integralmente os recursos do Ministério do Meio Ambiente, o que pode ser depreendido da ordem bancária de nº 2002OB000029 (fls. 64 e fls. 238 do Apenso II). A outro tanto, a empresa vencedora do processo licitatório, FGE Construtora Ltda., recebeu todo o numerário repassado pelo Órgão Federal, o que pode ser inferido das Notas Fiscais de fls. 72, 74 e 76, sem que a empreitada fosse integralmente executada.

MEDIÇÃO	DATA	VALOR
1ª	19/04/2002	R$ 132.834,47
2ª	02/05/2002	R$ 177.165,53
3ª	11/06/2002	R$ 30.600,11
TOTAL		R$ 340.600,11

A responsabilidade pela correta aplicação da receita pública era do então Prefeito Municipal, OSWALDO MOCHI JUNIOR. Por seu turno, o Engenheiro Civil GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS era o responsável pela fiscalização da obra, cabendo aos sócios da empresa contratada, LUIZ DUARTE SILVA e LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE a execução do aterro sanitário que não foi integralmente edificado, o que pode ser constatado da Cláusula 8ª do Contrato Social de fls. 211/212 e do Contrato de nº 038/2002 (fls. 93/97).
Corrobora tal conclusão, o Laudo Pericial de fls. 277/302, apresentado pelo Instituto Nacional de Criminalística em 22/08/2008, nos autos do Inquérito Civil Público que resultou na propositura de AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA em desfavor de Oswaldo Mochi Junior, de Getúlio Neves da Costa Dias e da empresa Tocmax Transportes, Obras e Comércio Ltda. (fls. 05/19), cujos apontamentos mais relevantes, assinalados pelos peritos criminais, ora se colaciona:
'O valor total das quantidades admitidas na licitação supera o valor das quantidades medidas, considerando os preços unitários. O valor encontrado foi de R$ 155.133,56 (cento e cinquenta e cinco mil, cento e trinta e três reais e cinquenta e seis centavos), devido às diferenças de quantidades. Tal diferença encontrada representa um superfaturamento devido às diferenças de quantidades de R$ 181.466,29 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta e seis reais, e vinte e nove centavos), ou seja, 53,91 % (cinquenta e três vírgula noventa e um por cento)' - (fls. 299).
'No local destinado ao depósito de lixo doméstico só foi encontrado a movimentação de terra dos taludes (já em processo de erosão), um tubo de concreto poroso de 200 mm de diâmetro e uma camada de brita abaixo de uma camada de terra

de aproximadamente 50 cm (cinquenta centímetros). Na área destinada à lagoa de chorume só foi encontrado, também, a movimentação de terra dos taludes que já estarem em processo de erosão, foram suprimidos boas parte desses taludes devido à retirada de terras no local. Para o lixo hospitalar, os Signatários encontraram apenas uma cerca de arame farpado fixados em pequenos postes de concreto com uma vegetação densa no interior deste cercado, sem nenhuma movimentação de terra. Em relação ao serviço de drenagem, não foi apresentado aos peritos nenhum tipo de serviço associado, a não ser um único tubo de concreto poroso de 200 mm e aproximadamente um metro de altura.

Com relação às normas legais e regulamentares pertinentes, pode-se afirmar que a situação atual em que se encontra o empreendimento em questão, também devido ao decurso do tempo e eventuais danos causados por ações naturais e humanas, a referida obra não atende aos preceitos legais mínimos para funcionamento de um aterro sanitário' - (fls. 300).

Nestes moldes, considerando que houve superfaturamento devido às quantidades empregadas, conclui-se que o então Prefeito de Coxim, OSWALDO MOCHI JUNIOR, o então Secretário Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Infraestrutura, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, e os sócios da empresa Tocmax Transportes Obras e Comércio Ltda., LUIZ DUARTE SILVA e LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE, que à época apresentava denominação social FGE Construtora Ltda., em unidade de desígnios, apropriaram-se ou desviaram verba pública, incidindo nas penas do parágrafo 1º, do artigo 1º, do Decreto-Lei 201/76. De fato, o valor previsto na licitação era de R$ 336.599,85 (trezentos e trinta e seis mil, quinhentos e noventa e nove reais e oitenta e cinco centavos), sendo que a perícia constatou o emprego no aterro de APENAS R$ 155.133,56 (cento e cinquenta e cinco mil, cento e trinta e três reais, e cinquenta e seis centavos), o que levou à conclusão que houve um superfaturamento devido às diferenças de quantidades no importe de mais de R$ 181.000,00.

III - DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente releva

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Percebe-se, assim, que se reveste de falsidade as declarações prestadas pelo então Prefeito OSWALDO MOCHI JUNIOR, pelo então Secretário Municipal GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS e pelo representante da empresa FGE Construtora Ltda., LUIZ DUARTE SILVA NETO, no 'Termo de Recebimento Definitivo da Obra de Construção do Aterro Sanitário de Coxim', após se reunirem no local onde teriam sido executados os serviços da construção pactuada.

Pretenderam dar por cumprido o objeto acordado, sendo que muito pouco foi executado, visando, por certo, desviar o valor recebido, ou deles se apropriar indevidamente. Tal conduta, sem dúvida, consusbstancia a prática ilícita narrada no artigo 299 do Código Penal, eis que os acusados acima citados inseriram declaração falsa da que deveria ser escrita, 'com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante'.

Cabe repisar que para consecução das obras de saneamento do lixo da cidade de Coxim foram pagos à empresa FGE, pela Prefeitura, valor expressivo, sendo que pouco do projetado foi concretizado.

O recebimento da Obra no estágio em que ela se encontrava revela claramente o dolo dos agentes visando a apropriação desvio do dinheiro público transferido aos cofres da Municipalidade de Coxim.

IV - CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, o Ministério Público Federal DENUNCIA:

1) OSWALDO MOCHI JUNIOR, como incurso nas penas do artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

2) GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, como incurso nas penas do artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

3) LUIZ DUARTE SILVA NETO, como incurso nas penas do artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 201/1967, e artigo 299 do Código Penal;

4) LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE, como incursa nas penas do artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 201/1967.

Requer que, após os trâmites e as formalidades legais, especialmente, a notificação dos denunciados (art. 4º da Lei nº 8.038/90), seja recebida a presente denúncia. Após, requer sejam os réus processados na forma da lei, ouvindo-se as testemunhas a seguir arroladas e realizando-se as diligências indicadas em apartado e outras que se verificarem necessárias, com vistas à apuração da verdade real; e, ao final, em sendo provado o quanto acima narrado, sobre o que o Ministério Público manifestar-se-á na fase oportuna, seja julgada procedente a ação, para condenar os réus como incursos nos dispositivos legais acima indicados, aplicando-se-lhes as penas correspondentes, inclusive, no caso do Deputado Estadual Oswaldo Mochi Junior, a perda do cargo eletivo como efeito da condenação (artigo 92, inciso I, do Código Penal).”

As respostas preliminares juntadas levantam as seguintes questões:

OSWALDO MOCHI JÚNIOR, ora Deputado Estadual pelo Mato Grosso do Sul, refuta, às fls. 24/57, as imputações que lhe são dirigidas aduzindo, em síntese, que: a) a Justiça Federal é incompetente para processar e julgar a ação penal; b) há falta de justa causa para o recebimento da denúncia, eis que a obra pactuada no Convênio com o Ministério do Meio Ambiente foi executada em sua integralidade, tanto que foi assinado Termo de Recebimento Definitivo da obra, em 10.07.2002, o que pode ser constatado pelas fotografias tiradas na ocasião; c) tomou as demais providências necessárias ao cumprimento do estabelecido no ato convenial, sendo que a pendência apontada pelo órgão federal limitou-se à não apresentação de documentos, “ora da Licença Ambiental para implantação do Aterro Sanitário, ora do Termo de Ajustamento de Conduta a ser firmado pelo Município junto ao Ministério Público Estadual, e por fim os Planos de Controle Ambiental, e de gerenciamento de Resíduos Sólidos e Plano Social”, que acabaram por ser apresentados ainda que tardiamente; d) o Órgão Ambiental levou mais de um ano para registrar o pedido de licença de instalação para a atividade de implantação do aterro sanitário, e o indeferiu em 2006, sendo que o seu mandato encerrou-se em 2004; e) durante esse período as obras edificadas foram sendo invadidas por vândalos e saqueadores; f) o Tribunal de Contas da União, ao julgar os embargos de declaração opostos pela empresa

FGE Construtora Ltda., posteriormente denominada TOCMAX - Transportes, Obras e Comércio Ltda., reconsiderando a decisão antes proferida, veio a acolhê-los para excluir a responsabilidade da empresa contratada quanto à restituição da verba pública federal em questão, ao argumento de que as obras haviam sido concluídas; e, g) tendo cumprido o pactuado, não haveria que se falar em falsidade ideológica.

Por sua vez, *GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS*, então Secretário Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Infraestrutura, aduziu, em sua resposta de fls. 153/159, em suma, que: a) a denúncia não deve ser recebida, eis que não perpetrados os delitos apontados; b) parte do Convênio não foi cumprido, em razão da dificuldade da obtenção da licença ambiental; c) não houve desvio ou pagamento por serviço não executado; e, d) as fotografias constantes dos autos comprovam a execução do aterro sanitário.

A seu turno, *LUIZ DUARTE SILVA NETO* e *LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE*, sócios da empresa construtora, apresentaram resposta preliminar, às 188/234, sublinhando que: a) o TCU acabou por confirmar a plena realização da obra pela empresa TOCMAX, tendo esta sido entregue e aceita sem ressalvas ou pendências de qualquer índole pelo Município de Coxim/MS; b) não deram causa à não utilização do aterro construído, que acabou por ser deteriorado; c) as fotografias demonstram que todos os componentes da obra existiam quando de sua entrega; d) a decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Subseção de Coxim/MS excluiu a ordem de indisponibilidade que recaiu sobre os bens imóveis e veículos automotores porventura existentes em nome da empresa TOCMAX, mantendo-a em relação aos demais envolvidos; e) a denúncia é inepta; f) LILIAN foi incluída na inicial apenas por ser sócia da empresa na época dos acontecimentos tido por delituosos, sendo que exercia funções meramente administrativas; e, g) superadas as teses anteriores, afirma que eventual crime de falsidade teria ficado absorvido pelo crime de responsabilidade.

Posteriormente, em manifestação juntada às fls. 281/295v, o Ministério Público pugna pelo recebimento da denúncia.

É o Relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Inicialmente, afasto a alegação de incompetência da Justiça Federal para a analise e julgamento do presente feito. Sobre esta questão o E. STJ já se manifestou a respeito, editando inclusive a Súmula 208 cujo teor é “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.”. Confirmando o disposto na referida Súmula, colaciono o seguinte aresto:

> “PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. PREFEITO MUNICIPAL. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. INCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DE CONVÊNIO FIRMADO COM AUTARQUIA FEDERAL. VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS. ENUNCIADO DA SÚMULA 208/STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

III - 'Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal' (Enunciado da Súmula 208/STJ)."
(STF, HC 86902, processo: 2007/0162831-6, Data do Julgamento: 24/11/2008, Relator: Ministro FELIX FISCHER)

Superada a preliminar, entendo necessário uma breve digressão sobre os *fatos*, tidos como criminosos, bem como, sobre suas *circunstâncias*.

Analiso, para tanto, os seguintes documentos juntados: *apenso - anexo 1*: cópia do processo licitatório; *apenso - anexo 2*: cópia do processo nº 02000.000952/2007-33, que trata da Tomada de Contas Especial do Convênio nº 138/2001; *apenso - volume 1 e 2*: cópia do inquérito civil, que culminou com a impetração de ação civil pública por ato de improbidade, ajuizada pelo Ministério Público em face dos aqui denunciados.

In casu, o Município de Coxim solicitou ao Ministério do Meio Ambiente - MMA recursos para implementação de aterro sanitário, o que foi deferido, conforme Parecer Técnico nº 238/01 (fls. 8/9 apenso - anexo 2) e Parecer Jurídico nº 1882/CONJUR/MMA/2001 (fl. 10 apenso - anexo 2), que culminou com a assinatura do Convênio nº 2001cv000138, em 27 de dezembro de 2001, cujos signatários foram o Ministro do Meio Ambiente e o Prefeito Municipal de Coxim.

Do Convênio nº 2001CV000138, destaco: *cláusula primeira* - OBJETO "O presente Convênio tem por objeto apoiar a Implantação de Aterro Sanitário no Município de Coxim - MS, nos termos definidos no plano de Trabalho constante deste Convênio, independentemente de transcrição."; *cláusula segunda* - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES, inciso II, alínea "v" "Compete ao CONVENENTE, comprovar que cumpriu: 1 - filiar-se ao Programa Lixo e Cidadania da UNICEF; 2 - Assinar Termo de ajuste de Conduta com o Ministério Público para a eliminação de lixões e de crianças trabalhando no lixo; 3 - elaborar Plano de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos Urbanos, de acordo com o Termo de Referencia fornecido pelo MMA; 4 - possuir Licença de Operação da Obra fornecida pelo órgão estadual de meio ambiente; 5 - desenvolver um programa social, que deverá estar incluído no Plano de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos urbanos, para a retirada das crianças do lixão e promover a organização para a prática da comercialização dos materiais recicláveis, quando for o caso; 6 - erradicar o lixão do município, após a conclusão da obras;"; *cláusula quinta* - DA PRESTAÇÃO DE CONTAS "A prestação de Contas Final deverá ser encaminhada à SPOA/MMA até o final da vigência do Convênio ..."; *cláusula sexta* - DA VIGÊNCIA, conforme termo aditivo (fls. 29/30 apenso - anexo 2) "O Convênio MMA nº 2001CV000138-SQA, passa a ter vigência até 31 de dezembro de 2002, para execução e cumprimento das metas constantes do Plano de Trabalho, sendo observado: a - o prazo previsto para execução das metas determinadas ao objeto do convênio e detalhadas no Plano de Trabalho, será até 31 de outubro de 2002; b - acrescido ao prazo de execução, expresso na alínea 'a', 60 (sessenta) dias para apresentação da prestação de contas final."

Em 7/1/2002, foi iniciado o processo licitatório nº 003/2002 - Tomada de Preço nº 002/2002, para a execução de obras do aterro sanitário do município de Coxim. Os documentos referentes a este processo licitatório encontram-se acostados nos autos, no apenso (anexo 1), dos quais destaco: *fls. 34/35*: anexo III do edital - projeto básico - devendo conter as obras do aterro sanitário: lagoa de chorume, célula de lixo doméstico, célula de

lixo hospitalar e obras cíveis (construção de guarita, dreno de gases, portão, cerca viva ...); *fls. 128/129*: tabela com os preços vencedores; *fl. 134*: termo de adjudicação; e, *fl.135*: termo de homologação da licitação, datado de 28/2/2002, tendo como vencedora da licitação a empresa FGE Construtora Ltda..

Iniciadas as obras, a empresa FGE Construtora Ltda. apresentou à Prefeitura de Coxim as seguintes notas fiscais de serviço: em 19/4/2002 - 1ª medição no valor de R$ 132.834,47; em 02/5/2002 - 2ª medição no valor de R$ 177.165,53; e, em 11/6/2002 - 3ª medição no valor de R$ 30.600,11, totalizando R$ 340.600,11, fls. 94/99 e 81/91 do apenso - anexo 2.

Em *10/7/2002*, os denunciados (Oswaldo Mochi Júnior - prefeito de Coxim, Getúlio Neves da Costa Dias - secretário municipal de desenvolvimento sustentável e infraestrutura e Luiz Duarte Silva Neto - representante legal da construtora FGE) firmaram termo de recebimento definitivo da obra de construção do aterro sanitário de Coxim, fl. 78 do apenso - anexo 2.

A Prefeitura de Coxim, em 23/9/2002, *visando à prestação de contas final do convênio* passou a enviar documentos ao Ministério do Meio Ambiente, inclusive fotografias da realização das obras, fl. 72/99 do apenso - anexo 2.

Conforme Parecer Técnico nº 432/02-SQA/GAU, de 8/11/2002, (fls. 102/104 do apenso - anexo 2) para o MMA:

> "*As obras foram executadas pela FGE Construtora Ltda., conforme se verifica na documentação de pagamento abaixo referenciada*, entretanto, nenhuma peça da contratação foi anexada à Prestação de Contas, inclusive a que diz respeito à Licitação. Pela documentação de pagamentos sabemos apenas que houve 3 medições. De acordo com o Projeto e o Plano de Trabalho aprovados, o objeto pactuado envolvia a implantação de aterro sanitário tipo valas e, na etapa conveniada previa-se a execução de:
> *Célula de Lixo Doméstico; *Célula de Lixo Hospitalar; *Lagoa de Chorume; *Cerca de arame farpado em todo o perímetro; *Cerca viva em todo perímetro; *Guarita e portões de acesso e *Acessos externos e internos.
> *O Relatório de Execução Físico-Financeira, o Termo de Recebimento dos Serviços e as Notas Fiscais de serviços dão conta de que o objeto do convênio foi integralmente cumprido.*
> ... Diante do exposto, considero recomendável solicitar à Prefeitura que apresente esclarecimentos e documentos para atendimento às questões já expostas". (grifei)

Juntado aos autos, fls. 71, Boletim de Ocorrência B. O. nº 399/2003 com data de 12/5/2003, cujo conteúdo é a comunicação do furto de parte da manta de impermeabilização do aterro sanitário.

Em nova análise, ocorrida em 11/6/2003, por meio do Parecer nº 80/2003-SQA/GAU (fls. 122/124 do apenso - anexo 2), o MMA:

> "Quanto aos aspectos técnicos, temos as seguintes considerações:
> *... *Não parece haver dúvidas quanto à correta execução da obra, haja vista os registros fotográficos apresentados em relatórios anteriores à prestação de contas, enfocando os tópicos principais do empreendimento: lagoa de chorume,*

células de lixo doméstico e hospitalar e cerca e portões;
*Foram apresentadas as Medições dos serviços executados e o respectivo faturamento;
... Com estas observações, conclui-se que a questão dos resíduos sólidos está bem encaminhada no município de Coxim, pois as instalações de disposição final aparentam estar adequadamente executadas e a Prefeitura se preocupou com a sustentabilidade do sistema, ao celebrar convênio para efetuar a cobrança dos serviços. Entretanto, para permitir a aprovação técnica da prestação de contas, ainda faltam, e deverão ser exigidos da Prefeitura, itens requeridos na Cláusula Segunda, Inciso II, item 'u', do convênio:
*a Licença de Operação do empreendimento, concedida pelo órgão ambiental estadual;
*o Plano de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos Urbanos, incluindo o programa social para retirada das crianças do lixão e para a organização dos catadores;
*comprovação da erradicação do lixão após a construção do aterro sanitário.
Portanto, considerando o que foi apresentado pela Prefeitura, *em que pese serem satisfatórios os elementos referentes à execução física e ao cumprimento do objeto do convênio,* ainda faltam documentos que permitam a aprovação da Prestação de Contas." (grifei)

A Prefeitura de Coxim, em 3/12/2003, enviou ao MMA o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, sendo que no documento Of. Prest. Contas nº485/2003/NILDA, assinado pelo Prefeito, informa-se que "A comprovação da desativação do lixão - Para que o aterro sanitário entre em funcionamento é necessário a desativação do lixão. *Isto não aconteceu de imediato devido esta Prefeitura não dispor de equipamentos suficientes para desativação do lixão*. Preocupada com o desenvolvimento das ações esta Prefeitura vem empenhando todo esforço necessário para o cumprimento do objeto do Convênio pactuado.", fls. 133 do apenso - anexo 2. (grifei)

Em novo parecer técnico nº 19/2004-SQA/PGT/GAU, de 10/2/2004 (fls. 179/180 do apenso - anexo 2), o MMA conclui que "Assim, os documentos apresentados atendem apenas parcialmente às exigências apontadas no FAX nº 297/2003-SQA/GAU, permanecendo pendente a apresentação da Licença de Operação, do Plano Social e do Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público para a desativação dos lixões e do afastamento das crianças do trabalho com o lixo.".

A Prefeitura envia para analise o Plano Social de Coxim. O MMA em Parecer Técnico nº 114/2004-SQA/PGT/GAU, de 24/8/2004, conclui que "o Plano Social apresentado atende apenas uma das exigências apontadas no Fax nº 013/2004-SQA/PGT/GAU. Permanecendo pendente a apresentação da Licença de Operação e do Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público para desativação dos lixões e do afastamento das crianças do trabalho com o lixo.", fls. 191/192, apenso - anexo 2.

Em 27/12/2004, a Prefeitura envia novos documentos ao MMA, quais sejam, o Termo de Ajustamento de Conduta, o requerimento à Sanesul solicitando a Licença de Instalação para implantação do aterro sanitário e o Plano de controle Ambiental do aterro sanitário de Coxim, fls. 202/230 do apenso - anexo 2.

Em 25/5/2006, o Ministério Público Federal peticionou no processo administrativo, questionando "se houve a realização de alguma diligência fiscalizatória tendente a verificar

in loco se as obras de construção do aterro foram efetivamente realizadas de acordo com o plano de trabalho aprovado", fls. 234/239, do apenso - anexo 2. Às fls. 240/247, apenso - anexo 2, o Ministério Público juntou ao feito o Relatório de Inspeção nº 197/2005, elaborado em 23/8/2005, pela Secretaria de Estado de Saúde/MS, que fez um levantamento *in loco* da real situação da destinação final de resíduos sólidos domiciliares, onde constatou que "A obra encontra-se paralisada em estágio avançado, faltando muito pouco para a sua conclusão, porém a ação do tempo e de vândalos estão contribuindo para a degradação da obra onde verificou-se processo erosivo nos taludes das valas e das lagoas de captação de chorume e a remoção das mantas de impermeabilização dos mesmos.".

Somente em 18/10/2006, o MMA realizou *in loco* inspeção no aterro sanitário de Coxim, que culminou com a elaboração do Parecer Técnico nº 160/2006-SQA/GAU, cujas condições do objeto do Convênio foram assim narradas: "2.3.1. ... O empreendimento se encontra cercado por arame farpado com 8 fios, e com mourões de cimento e de madeira; portão de entrada telado em estrutura de tubos galvanizados em duas folhas (foto nº 1). A parte frontal e lateral do cercamento apresentava cerca viva, e não há placa de identificação de obra realizada pelo Convênio. Na entrada verifica-se uma guarita (foto nº 2), sem a presença de vigias e não há nenhum outro prédio de apoio administrativo. As células para disposição do lixo doméstico (foto nº 3), de saúde (foto nº 4) e a de lagoa de captação dos líquidos percolados (foto nº 5) descritas na Planilha Orçamentária, se encontram em total abandono, sem as mantas de impermeabilização e os taludes com erosão. Não há sinal de que se tenha construído drenos externos em meia-cana de concreto para contenção e desvios de águas pluviais, conforme estava descrito na Planilha Orçamentária. Verificou-se a presença de um dreno de gases na célula dos resíduos domésticos (foto nº 6), o que confirma as fotos enviadas no relatório de prestação de contas. A célula dos resíduos de serviço de saúde apresenta-se com o portão telado e com parte da cerca cortada e presença de mato alto. Na lagoa de tratamento de percolados verificou-se um emissário em tubo PVC de 200 mm ligado a uma caixa de passagem em estrutura de concreto. Durante a análise dos documentos arquivados na prefeitura, foi encontrado um Boletim de Ocorrência B. O. Nº 399/2003 com data de 12 de maio de 2003 (fl. 515), cujo conteúdo é a comunicação do furto de parte da manta de impermeabilização do aterro sanitário." e a conclusão do parecer foi pela "*não aprovação da Prestação de Contas Final*" e pela "*instauração de Tomada de Contas Especial*".

Juntados, ainda, às fls. 277/302, do apenso - vol. 2, Laudo de Exame de Obra de Engenharia, datado de 22/8/2008, produzido pelo Instituto Nacional de Criminalística nos autos do Inquérito Civil Público nº 1.21.000.000479/2006-01 da Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul.

O objetivo do laudo foi o de constatar "irregularidade na obra do Aterro Sanitário da cidade de Coxim/MS" e "determinar se houve superfaturamento na execução das obras". Os exames envolveram a análise de documentos e a vistoria da obra, que foi realizada através de medições com trena, inspeção visual dos elementos construtivos e dos tipos de materiais utilizados e do registro fotográfico das construções existentes.

Quanto aos serviços executados, constataram os Peritos que: "Após vistoria no local das referidas obras, os signatários constataram a execução de cerca de arame e postes de cimento e de madeira envolvendo toda a área prevista para o Aterro Sanitário (foto 1). Em algumas partes do cercamento verifica-se a implantação de cerca viva. Na parte sinalizada com Lixo Hospitalar há uma cerca de postes de concreto e arame farpado envolvendo

uma área restrita, dentro da área maior do aterro, com vegetação bastante alta, caracterizando abandono (Foto 2). Há uma guarita de 6 m² (seis metros quadrados) (Foto 3), sem contudo indicar a presença de um vigilante para controle de entrada e saída adequado. Ao lado da guarita foi instalado um portão em estrutura de tubos galvanizados sustentando telas de proteção. Não havia nenhuma outra edificação no local. Foi verificado ainda pelos Peritos locais com movimentação de terra, com taludes bem definidos, indicando ser as células para disposição do lixo doméstico (Foto 5) e da lagoa de captação dos líquidos percolados (Foto 4). Porém, todos esses espaços encontram-se em estado de abandono, sem as mantas de impermeabilização, taludes cobertos em parte por vegetação e em determinados locais taludes em processo de erosão. Os Signatários encontraram apenas um tubo de concreto interligando o dreno de gases na célula dos resíduos domésticos (Foto 6), onde foi escavado e constatou-se a execução da camada de brita para percolação do chorume e coleta de gases (Foto 7). No entanto, não foi constatado a execução de drenos externos em meia-cana para contenção e desvio de águas pluviais. ... Os Peritos não verificaram a colocação da manta de impermeabilização nos locais previstos, contudo, pode-se observar detritos desta manta, o que não leva a conclusão de sua existência no local (Foto 10). Em locais que supostamente seriam usados no projeto inicial do Aterro Sanitário, tendo em vista a formação de taludes bem definidos (*vide* foto 11 ao fundo), foi retirada grande quantidade de terra, ocasionando erosões e acúmulo de água parada, proveniente de chuvas locais (Foto 11). Em outros locais, ainda dentro da área que delimita todo o Aterro Sanitário, também foram retirados grandes volumes de terra, restando no local vegetação rasteira, tendo em vista a degradação da vegetação original, e o acúmulo de água parada (Foto 12). Os Signatários constataram que em alguns pontos que houve essa retirada de terra, a vegetação já está mais densa, caracterizando um bom tempo decorrido dessa retirada e a visita dos Peritos (Foto 13)."

Esses são os *fatos*, tidos como criminosos, e suas *circunstâncias*.

Passo, agora, a examinar o recebimento ou não da denúncia.

Inicialmente, tenho que a denúncia é inepta. O Ministério Público ao imputar aos denunciados a prática do crime de responsabilidade - artigo 1º, inciso I do Decreto-lei 207/67 - não descreve qual conduta os denunciados praticaram.

Segundo a denúncia "Nestes moldes, considerando que houve superfaturamento devido às quantidades empregadas, conclui-se que o então Prefeito de Coxim, OSWALDO MOCHI JUNIOR, o então Secretário Municipal de Desenvolvimento Sustentável e Infraestrutura, GETÚLIO NEVES DA COSTA DIAS, e os sócios da empresa Tocmax Transportes Obras e Comércio Ltda., LUIZ DUARTE SILVA e LILIAN RODRIGUES SILVA DUARTE, que à época apresentava denominação social FGE Construtora Ltda., em unidade de desígnios, *apropriaram-se ou desviaram verba pública*, incidindo nas penas do parágrafo 1º, do artigo 1º, do Decreto-Lei 201/76." (grifei)

Com efeito, cerceia o direito à ampla defesa a denúncia alternativa. Neste sentido é a lição do Douto Guilherme de Souza Nucci *in Código de Processo Penal* "Se o órgão acusatório está em dúvida quanto a determinado fato ou quanto à classificação que mereça, deve fazer sua opção antes do oferecimento, mas jamais apresentar ao juiz duas versões contra o mesmo réu, deixando que uma delas prevaleça ao final. Tal medida impossibilita a ideal e ampla defesa pelo acusado, que seria obrigado a apresentar argumentos em vários sentidos, sem saber, afinal, contra qual conduta efetivamente se volta o Estado-acusação. É, também, o magistério de José Henrique Rodrigues Torres: 'O fato

imputado deve ser certo e determinado, exatamente para que o acusado possa defender-se com segurança. Não se pode transformar a denúncia em uma metralhadora giratória, cujo gatilho é acionado pela álea do conjunto probatório.'"

Neste mesmo sentido, é o entendimento do E. STF: "A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/09/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/2007)."

Inepta, portanto, a denúncia.

Prosseguindo no exame da peça acusatória, nesta fase preliminar de recebimento ou não da denúncia, os parâmetros legais são os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal, cuja redação transcrevo:

> "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

> "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
> I - for manifestamente inepta;
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal."

O artigo 41 do Código de Processo Penal indica um conteúdo positivo para denúncia, qual seja, a exposição do fato criminoso - com suas circunstâncias - a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Trata-se da descrição factual a permitir a plena defesa do acusado. Já o artigo 395, do mesmo diploma processual, impõe à peça acusatória um conteúdo negativo, ou seja, a denúncia não poderá ser inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Sintetiza, esse entendimento, o Ministro AYRES BRITTO, no julgado do INQ 2677/BA fixou o seguinte entendimento:

> "Em matéria de alegada inépcia da denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outro motivo, dois são os parâmetros objetivos que orientam o exame de seu recebimento: os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. No artigo 41, o CPP indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia, que deve conter a exposição do fato criminoso, ou em tese criminoso, com todas as suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, ou, de todo modo, veicular esclarecimentos que viabilizem a ampla defesa do acusado. Já o artigo 395 do Código de Processo Penal, este impõe à peça de acusação um conteúdo negativo. Noutro falar: se, no primeiro (art. 41), há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no segundo (art. 395) há uma obrigação de não fazer; ou seja, a denúncia não pode incorrer nas impropriedades do art. 395 do Diploma adjetivo."

Da análise dos autos, a denúncia apresentada embasa-se em elementos fático-probatórios colhidos após o transcurso de mais de mais de cinco anos da celebração do Convênio nº 2001CV00138-SQA. Segundo o Ministério Público Federal: (1) as verificações realizadas por técnicos do Ministério do Meio Ambiente, em *18/10/2006*, que teria constatado que o Aterro Sanitário não teria sido integralmente construído; (2) o resultado do processo de Tomada de Contas Especial, que teria reconhecido a solidariedade dos denunciados por dano ao erário, sendo condenados naquela instancia administrativa à restituição dos valores repassados pela União através do convênio; e, por fim, (3) o teor do laudo apresentado pelo Instituto de Criminalística, datado de *22/8/2008*, constante dos autos do Inquérito Civil que serviu de base à propositura da Ação Civil Pública de improbidade Administrativa, no qual os peritos teriam constatados irregularidades nas medições da referida obra, concluindo que quantitativamente a obra teria sido superfaturada em 53,91%, considerando as medições realizadas na época da perícia, comparadas com aquelas realizadas à época da entrega da obra, *conclui* que os denunciados teriam praticado a conduta delituosa descrita no artigo 1º, inciso I do Decreto-lei nº 201/67, acusando-lhes de ter cometido o crime de apropriação de bens ou verbas públicas, ou desvio para si ou para terceiros.

Ademais, por terem os denunciados, firmado documento que atestou o recebimento definitivo da obra em 10/7/2002, e considerando que tal obra não teria sido efetivamente concluída, o Ministério Público imputa aos denunciados, à exceção de Lílian Rodrigues Silva Duarte, a prática delituosa descrita no artigo 299 do Código Penal, alegando que os denunciados teriam firmado o recebimento definitivo da obra no intuito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A denúncia não prospera. Confrontando-se o narrado na denúncia com os documentos juntados nos autos, não vislumbro nenhuma irregularidade na obra do Aterro Sanitário, ao tempo em que esta foi finalizada.

A obra contemplava a implantação do aterro sanitário em valas, compreendendo a execução da lagoa de chorume, célula de lixo doméstico, célula de lixo hospitalar e obras civís (construção de guarita, dreno de gases, portão, cerca em arame, cerca viva). O termo de recebimento definitivo da obra de construção do aterro sanitário de Coxim foi firmado em 10/7/2002.

Após a realização da obra a Prefeitura de Coxim enviou ao MMA o termo de recebimento definitivo da obra juntamente com fotos que demonstram a realização da obra, tanto é assim, que no parecer Técnico nº 432/02-SQA/GAU, de 8/11/2002, verificou-se que "As obras foram executadas pela FGE Construtora Ltda., conforme se verifica na documentação de pagamento abaixo referenciada", no mesmo sentido, o Parecer nº 80/2003-SQA/GAU, "Quanto aos aspectos técnicos, temos as seguintes considerações: Não parece haver dúvidas quanto à correta execução da obra, haja vista os registros fotográficos apresentados em relatórios anteriores à prestação de contas, enfocando os tópicos principais do empreendimento: lagoa de chorume, células de lixo doméstico e hospitalar e cerca e portões;".

Com base nestas informações e confrontando o objeto do convênio com as fotos juntadas pelas partes (fls. 30/34 e 267/277) tem-se que as obras foram executadas.

Ressalte-se, que em relação ao *aspecto financeiro* do Convênio, o Parecer Técnico nº 238/2001, do MMA, fls. 8/9 do apenso - anexo 2, afirmou que "os custos apresentados, de R$ 12,45 *per capita* para a implantação do aterro, *estão de acordo com os preços*

praticados na região;". Ademais, quando da abertura do processo licitatório - Tomada de Preço nº 002/2002, conforme item 9. DOS RECURSOS FINANCEIROS, o valor da licitação estava orçado em R$ 477.700,00 e, ao final, a proposta vencedora - menor preço - deu-se com valor consideravelmente menor (R$ 340.600,11).

Ademais, o próprio Laudo elaborado pelo INC, conclui que "não houve sobrepreço global na obra questionada", por outro lado, o suposto superfaturamento devido às quantidades deu-se em decorrência da diferença entre o que declarado (obra realizada) em *2002* e o que medido efetivamente em *2008*, porém, em face do abandono em que ficou o aterro sanitário, o valor apontado como superfaturado deve ser analisado com muita ressalva, principalmente porque o item que apresentam maior diferença de valor diz respeito à ausência de manta impermeável, que teve seu furto demonstrado.

Registre-se que na data em que ocorreu o recebimento da obra, o principal acusado, então prefeito de Coxim - MS, não apenas teve sob seus olhos a obra executada, em todos os seus termos, consoante licitada e conveniada, como obteve de seu secretário (também denunciado) o responsável pelo acompanhamento técnico, o Engenheiro Getúlio Neves da Costa Dias, o inteiro *acorde* no aspecto técnico. Havendo, ademais, registrado fotograficamente o inteiro arcabouço do aterro com suas peças individuais.

Esses são os fatos conhecidos. A acusação relata, repetidas vezes, que "muito pouco foi efetivamente executado", arriscando-se a enfrentar a prova documental aportada, fazendo-o ao estribo de um laudo do Instituto Nacional de Criminalística realizado a em outubro de 2008, ou seja, nada menos que *seis anos e três meses após a entrega da obra*.

Ora, os registros indicam cruamente que a ação do tempo deteriorou o aterro sanitário, bastando que se confrontem as informações/conclusões dos 3 (três) pareceres técnicos realizados *in loco*. O primeiro, Relatório de Inspeção 197/2005, datado de 23/8/2005, realizado pela Secretaria de Saúde/MS, concluiu que "a obra encontra-se paralisada em estágio avançado, faltando muito pouco para sua conclusão, porém a ação do tempo e de vândalos estão contribuindo para a degradação da obra onde verificou-se processos erosivos nos taludes das valas e das lagoas de captação de chorume e a remoção das mantas de impermeabilização dos mesmos.". (note-se que este tem data de *3 anos* após o evento da entrega), já o Parecer Técnico 160/2006, do MMA, de 18/10/2006, analisando "os itens que foram possíveis de se averiguar durante a vistoria:" concluiu: "*item 1 Serviços preliminares* - presume-se que tenha sido realizado, devido a obras de construção da guarita, escavação das células e cercamento, porém, o componente placa de obra não foi visto; *item 2 Lagoa de chorume* - presume-se que os sub-itens Serviços preliminares e Movimento de terra foram realizados de acordo com as metragens da planta baixa, tendo em vista as escavações e taludes observados; *item 3 Células de lixo doméstico* - presume-se que os sub-itens Serviços preliminares e Movimento de terra tenham sido realizados, porém no sub-item Drenagem interna e externa da célula pode-se verificar que a drenagem interna (líquidos percolados) pareça ter sido realizada, mas não foi possível precisar se foi realizado dentro dos padrões e normas técnicas, agora, quanto a drenagem externa (pluvial) não há indícios de que tenha sido realizada; *item 4 Células de lixo hospitalar* - *idem* ao item acima, ...; *item 5 Obras civis* - o sub-item Administração faz referência a construção de uma guarita, a qual foi construída, apesar de divergir do projeto básico cuja planta baixa existe um prédio administrativo. Os componentes portão em tela e cerca em arame foram realizados. O componente cerca viva se apresenta parcialmente, e o dreno de gases não foi possível quantificar." (este já há *4 anos e três meses* após a

entrega). E por fim, o Laudo nº 2485/2008, de 22/8/2008, efetuado pelo Instituto Nacional de Criminalística "foi verificado ainda pelos Peritos locais com movimentação de terra, com taludes bem definidos, indicando ser as células para disposição do lixo doméstico e da lagoa de captação dos líquidos percolados. Porém, todos esses espaços encontram-se em estado de abandono, sem as mantas de impermeabilização, taludes cobertos em parte por vegetação e em determinados locais taludes em processo de erosão." (este, há *mais de seis anos daquele evento*).

Tais fenômenos temporais podem gerar em face do convênio conseqüências, eloqüentes, retumbantes até, mas não se me afiguram capazes de ricochetear nesta sede, temerário me sugerindo, o Órgão Ministerial fundar o cometimento de crime em laudos elaborados após o transcurso de tantos anos do efetivo recebimento da obra do aterro sanitário.

Com efeito, pode não se revestir de probidade a conduta de prefeito, que não atende a obrigação de enviar os documentos/licenças ambientais exigidos pelo Convênio, porém esse fato não implica a responsabilidade penal dos indiciados.

Neste sentido trago à colação o trecho do voto proferido pelo Ministro Ayres Brito no julgado do INQ 2646: (grifei)

> "Todavia, esse regramento constitucional (artigo 37, § 4º) não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário. *Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativamente e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencia e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto."*
> (STF, INQ 2646/RN, julgamento: 25/2/2010, Relator: Min. Ayres Britto)

In casu, o núcleo do tipo do delito narrado no decreto-lei nº 201, parágrafo I, é a apropriação ou desvio de bem ou renda pública em proveito próprio ou alheio. Diz, portanto, com a execução ou inexecução da obra física, no concerto do caso em concreto. Com a aplicação ou não dos recursos públicos federais do convênio nessa obra, não com a má gestão do pós-obra, muito embora esta seja uma questão candente e deploravelmente tantas vezes assistida em todos os nossos brasis.

É dizer que se a administração pública coxinense permitiu que a ação do tempo e de vândalos destruíssem (e nem isto afirmo, posto que não a examino, eis que fora do campo alcançável neste julgamento) a obra física realizada, não se pode - muito menos - afiançar o querer ministerial de ocorrência de malversação do recurso público. Não se tem notícia de desvios em proveito próprio ou alheio, eis que a obra entregue foi efetivamente realizada. Inteiramente, a *contrario sensu* do argüido "*muito pouco foi efetivamente executado*" assinalado na vestibular acusatória.

Com relação à imputação do cometimento de crime de falsidade ideologia, também, cai por terra essa imputação. Primeiro porque, como demonstrado, a obra foi entregue. Ademais, o crime de falsidade, em última analise, seria absorvido pelo delito de responsabilidade, pois, em tese, seria utilizado como meio para a prática do delito tipificado no artigo I, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67.

Deve, portanto, a denúncia ser rejeitada.

Trago à colação os seguintes arestos sobre os temas levantados:

"EMENTA Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Peculato (art. 312 do C. P.). Tipo previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia sucinta. *Emendatio libelli*. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mero emprego irregular de verbas públicas, sem que haja proveito próprio do agente público ou de outrem. *Mutatio libelli*. Possibilidade. Possível tipificação de crimes diversos (art. 1º, incisos III, V ou IX, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar, quando muito, o devido aditamento da denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 384). Desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva já consumada. Pedido julgado improcedente, com a absolvição dos réus com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

... 2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da *emendatio libelli*. Afasta-se a norma do art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, indicado na denúncia, para enquadrar o fato no tipo penal previsto na norma do art. 1º, inciso I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 3/3/95; e RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/12/95) praticado por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo. A concorrência de normas, nesta hipótese, resolve-se com base no princípio da especialidade. 3. Ausência de comprovação de apropriação de bens ou de renda públicas, ou seu desvio em proveito próprio ou alheio. Núcleo essencial do tipo não demonstrado. 4. A incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq. Nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10) ..."

(STF, AP 372/SE, data do julgamento: 16/12/2010, Relator: Min. DIAS TOFFOLI)

"PENAL - FALSIDADE IDEOLÓGICA E CRIME DE RESPONSABILIDADE - PREFEITO - DESAFETAÇÃO E DOAÇÃO DE IMÓVEL DO MUNICÍPIO AO INSS - DOLO ESPECÍFICO NÃO DEMONSTRADO - DENÚNCIA REJEITADA.

... II - O crime de responsabilidade, tal e qual o de falsidade ideológica, só é punível na forma dolosa, que não restou demonstrado no caso vertente. ...
VII - Os fatos narrados pelo órgão acusador, à míngua de outros elementos, não constituem crime, porquanto da peça acusatória não se depreende o apontamento do dolo específico, necessário à tipificação dos ilícitos imputados ao réu.
VIII - Denúncia rejeitada."
(TRF3, processo nº 2007.03.00.099034-0, data do julgamento: 29/7/2009, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes)

Por fim, de se ressaltar que o Ministério Público já ajuizou ação civil pública de improbidade administrativa (2009.60.00.009001-5) e o Tribunal de Contas da União instaurou tomada de contas especial (022.824/2007-0), ambos para apurar o objeto do Convênio nº 2001CV000138-SQA.

Ante o exposto, *rejeito a denúncia*.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA: Trata-se de juízo de admissibilidade de denúncia.

"*É preciso* ter presente, neste ponto - consideradas as *gravíssimas* implicações éticas e jurídico-sociais que derivam da instauração da *persecutio criminis* - que se impõe, *por parte* do Poder Judiciário, *rígido* controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a *impedir* que se instaure, *contra* qualquer acusado, *injusta* situação de coação processual, *pois*, ao órgão da acusação penal, *não assiste* o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal *revestida* de conteúdo arbitrário" (*RTJ* 43/484).

"A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inocorrente quando o comportamento atribuído ao réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurado uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO) (RTJ 165/877-978, Rel. Min. CELSO DE MELLO)" - (STF - HC nº 80.542-6-MG - Rel. o Min. Celso de Mello).

O Supremo Tribunal Federal impõe, "*por parte do Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado*" (*supra*), porque a submissão de qualquer cidadão a processo penal condenatório é *responsabilidade* grave e excepcional, impulsionada e decidida por agentes políticos dotados das mais significativas prerrogativas públicas, cujo exercício não pode ser ferido pela reação "*instintiva, arbitrária e*

irrefletida", como adverte, ainda e uma vez mais, o mesmo Tribunal. Confira-se:

> "O processo penal condenatório delineia-se, nesse contexto, como estrutura jurídico-formal em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.
> Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório.
> A persecução penal, cuja instauração é justificada pela *suposta* prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.
> A própria exigência de processo judicial já representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.
> Com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, 'a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, *essencialmente judiciária*' (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, '*Droit Pénal Général et Procédure Penale*', tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, '*Elementos de Direito Processual Penal*', vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense)" - (STF - HC nº 73.338-7-RJ - Rel. o Min. Celso de Mello).

No caso concreto, a denúncia é inepta, *manifestamente*.

Na execução de obra pública, os denunciados - Prefeito, Secretário Municipal e dois sócios da empreiteira - não teriam levado a tarefa social a bom termo.

A denúncia descreve o suposto emprego irregular da verba pública, *a partir do detalhamento objetivo da inexecução da obra*.

No campo da *imputação subjetiva*, porém, não esclarece qual teria sido a conduta, em tese, criminosa, dos denunciados.

Labora, às claras, com a possibilidade de que os denunciados tenham feito uma coisa *ou* outra, quando o sistema jurídico exige a imputação de *fato certo e determinado*, ainda que a sua existência seja objeto de indícios, apenas, neste momento processual.

Na hipótese dos autos, a denúncia diz que os denunciados "*apropriaram-se ou desviaram os recursos*" (fls. 6).

É sabido que o artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 - única norma jurídica repressiva sob cogitação, pois o mais, nos autos, nela estaria contido - é repetição do artigo 312, do Código Penal, para os Prefeitos Municipais, *especialmente*.

Em um dispositivo, como no outro, *a norma jurídica repressiva contém mais de um tipo penal*. O peculato-desvio e o peculato-apropriação. São condutas distintas.

De há muito, diante da dúvida sobre a caracterização de algum elemento essencial do tipo, o *Supremo Tribunal Federal* não admite o *oferecimento precipitado de denúncia alternativa*.

Recomenda, ao contrário, a realização de diligências complementares, para a elucidação preliminar das condutas.

A título de ilustração:

> "AÇÃO PENAL. CONDIÇÕES. INVIABILIDADE, DESCARACTERIZADA UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - O INTERESSE DE AGIR. DENÚNCIA ALTERNATIVA, POR CRIME DE IMPRENSA, QUE SE APOIA, EXCLUSIVAMENTE, EM NOTÍCIAS JORNALÍSTICAS CONTRADITÓRIAS A RESPEITO DO VERDADEIRO CONTEÚDO DE ENTREVISTA QUE SE DIZ OFENSIVA. FALTA DE INQUÉRITO PARA APURAR OS EXATOS CONTORNOS DO FATO, A FIDELIDADE AS NOTÍCIAS NÃO COINCIDENTES, BEM COMO OS INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. RECURSO DE *HABEAS CORPUS* PROVIDO." (RHC 64225, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Primeira Turma, julgado em 15/08/1986, DJ 05-09-1986 PP-15833 EMENT VOL-01431-02 PP-00210).

O r. voto do senhor Ministro Relator seguiu, *literalmente*, o parecer da Procuradoria-Geral da República, então representada pelo saudoso Professor Francisco de Assis Toledo:

> "Na dúvida em que se debatia a Promotora designada, a respeito do exato conteúdo da entrevista, ao invés de requerer inquérito para apuração dos fatos e da autoria, como no caso seria de rigor, optou por imputar ao denunciado as três versões conflitantes sobre o mesmo fato e, para perplexidade geral, capitulou esse mesmo fato - uma entrevista coletiva de conteúdo não apurado - em três delitos distintos (calúnia, injúria e difamação) em *concurso material*.
> Trata-se, pois, de uma espécie de denúncia alternativa, imprecisa, que não consegue imputar ao acusado fato típico *certo* e *determinado*, contrariamente ao que dispõe o artigo 41 do CPP. É como se a petição inicial dissesse, tal qual na fábula: devoro-o por isso; senão, por aquilo; mas se ainda estiver enganado, será por outra razão".

Na sessão de julgamento do Órgão Especial, deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, salvo lapso de memória, o senhor Relator não enfatizou, *com fundamentos*, o aspecto da inépcia da denúncia - circunstância que recebeu, agora, por escrito (fls. 440 verso), o detalhamento devido.

Seja como for, o *defeito formal* da peça inicial acusatória deveria constituir, a meu ver, *questão autônoma* no julgamento, detalhe que não sensibilizou, ao menos até aqui, o convencimento do Colegiado.

Destaco, porém, que o meu voto *não* considera qualquer outro fundamento, para a *rejeição sumária da denúncia*.

Rejeito, portanto, a *denúncia alternativa, manifestamente inepta*.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS: *Oswaldo Mochi*

Júnior, Getúlio Neves da Costa Dias, Luiz Duarte Silva Neto e *Lilian Rodrigues Silva Duarte* foram denunciados pelo Ministério Público Federal, acusados de infringir o artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/1967; os três primeiros foram acusados de violar, também, o artigo 299 do Código Penal.

Segundo a denúncia, a empresa FGE Construtora Ltda., administrada por Luiz Duarte Silva Neto e Lilian Rodrigues Silva Neto, foi contratada pelo Município de Coxim, Mato Grosso do Sul, com verbas repassadas pela União, para a construção de um aterro sanitário; e que, apesar de não haver concluído a obra, recebeu integralmente o preço contratado.

Diz, mais, a denúncia que, à época, o prefeito do Município era Oswaldo Mochi Júnior, atualmente ocupante do cargo eletivo de deputado estadual; que o secretário municipal de desenvolvimento sustentável e infraestrutura era Getúlio Neves da Costa; e que ambos teriam recebido a obra como pronta e acabada, inclusive firmando, falsamente, um termo nesse sentido.

Avançando, o *parquet* aduz que laudo pericial elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística aponta "um superfaturamento devido às diferenças de quantidades de R$ 181.466,29 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta e seis reais e vinte e nove centavos), ou seja, 53,91% (cinquenta e três vírgula noventa e um por cento)" (f. 6-verso), daí concluindo a e. subscritora da denúncia que os quatro denunciados, "em unidade de desígnios, apropriaram-se ou desviaram verba pública, incidindo nas penas do parágrafo 1º, do artigo 1º, do Decreto-Lei 201/76" (f. 7) [*rectius*, inciso I do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67].

Além disso, prossegue a inicial acusatória, os três primeiros denunciados, ao firmarem o "Termo de Recebimento Definitivo da Obra de Construção do Aterro Sanitário de Coxim", "*inseriram declaração falsa da que deveria ser escrita, 'com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante'*" (f. 7-verso).

Em arremate, sustenta o Ministério Público Federal que, assim agindo, os três primeiros denunciados "pretenderam dar por cumprido o objeto acordado, sendo que muito pouco foi executado, visando, por certo, desviar o valor recebido, ou deles se apropriar indevidamente" (f. 7-verso); e que "o recebimento da Obra no estágio em que se encontrava revela claramente o dolo dos agentes visando a apropriação ou desvio do dinheiro público transferido aos cofres da Municipalidade de Coxim" (f. 7-verso).

Essa é a suma da acusação. Passo ao exame de sua admissibilidade.

O e. relator reputa inepta a denúncia, mesma linha traçada pela e. Desembargadora Federal Alda Basto e pelos e. Desembargadores Federais Fábio Prieto e Sérgio Nascimento.

O fundamento tecido por Suas Excelências é o de que não se admite, em nosso direito processual, imputação alternativa, sendo certo que a Procuradoria Regional da República acusou os denunciados de apropriação *ou* desvio.

A questão não é nova, mas está longe de resolução pacífica, como bem observa Carlos Frederico Coelho Nogueira, em seus *Comentários ao Código de Processo Penal*, Bauru, EDIPRO, v. 1, 2002, p. 623-624:

> "A peça inicial acusatória imputa ao acusado, em geral, uma única conduta delituosa. Por vezes, a acusação é cumulativa, abrangendo dois ou mais delitos perpetrados em concurso material (art. 69 do CP), ou em concurso formal (art. 70), ou em continuação (art. 71).

Indaga-se, contudo, se é válida uma acusação alternativa, ou seja: aquela que imputa ao acusado a prática de uma OU de outra conduta criminosa.
Pode o Ministério Público, por exemplo, atribuir a um imputado a prática de furto OU de receptação, diante da dúvida sobre a conduta por ele praticada? Será essa uma correta aplicação do princípio *in dubio, pro societate*?
Diante do silêncio do Código de Processo Penal sobre o tema, duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram.
Uma primeira entende ser inepta a acusação alternativa, por impedir o direito de defesa. Integram-na, entre outros, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Capez, Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes.
Outra, hoje predominante, à qual nos filiamos, admite a alternatividade, entendendo que não impede a defesa do acusado, tornando-a, apenas e tão-somente, mais complexa. Entre seus próceres estão Eduardo Espínola Filho, Julio Fabbrini Mirabete, Vicente Greco Filho, Afrânio Silva Jardim e José Frederico Marques, merecendo reprodução a magistral passagem dos *Elementos de Direito Processual Penal*, deste último autor (Forense, 1965, vol. 2, pág. 154):
'Será cabível, no juízo penal, a formulação de uma acusação alternativa?
Nada há que o impeça, pois que em face de uma situação concreta, que se apresenta equívoca, pode o acusador atribuir um ou outro fato ao réu. Não será motivo de escândalo - diz Pascuale Saraceno - a citação "de Tício como acusado de furto ou receptação".
Também Luigi Sansò admite *La imputazione* alternativa, uma vez que se traduza em acusação explícita, dizendo, por isso, que é perfeitamente "concebível a imputação alternativa do fato delituoso". E isto quer se trate de alternativa entre um *aliud* e um *aliud*, e de alternativa entre um *majus* e um *minus*, visto que em ambos os casos há fatos diversos imputados ao réu.'
Na jurisprudência vem prevalecendo o entendimento permissivo da imputação alternativa.
Há julgados em menor número pela inadmissibilidade da acusação alternativa (exemplo: JTACRIM 82/225) e outros favoráveis, em maior quantidade (exemplos: RT 419/112, 528/361; JTACRIM 81/482, 81/534).
O CPP omitiu-se quanto à acusação alternativa, mas acaba admitindo-a, ainda que implicitamente, no *caput* e no parágrafo único do art. 384, quando permite que o juiz dê nova oportunidade à defesa (no caso da cabeça do artigo) ou nova oportunidade à acusação e à defesa (no parágrafo) diante da possibilidade de dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia. Instaura-se, em qualquer desses casos, uma acusação alternativa, pois aquela constante da petição inicial passa a coexistir com aqueloutra reconhecida como possível pelo julgador.
A alternatividade pode referir-se tanto à conduta em si (exemplo: tráfico de drogas ou posse para uso próprio) como a seus modos de execução (exemplo: roubo cometido com violência física ou com grave ameaça), como aos meios e instrumentos do crime (arma de fogo ou branca), como ao tipo de culpa (imprudência, ou negligência, ou imperícia), como à classificação do crime (calúnia, difamação ou injúria), como à espécie de qualificadora (rompimento de obstáculo ou uso de chave falsa), como à consumação ou não do delito etc."

.....

"O Ministério Público, diante da dúvida quanto à conduta do acusado, pode baixar uma denúncia alternativa ou, por aplicação do *in dubio, pro societate* - princípio que rege a propositura da ação penal (item 134.1) - denunciar pelo mais para evitar eventual necessidade de aditamento da inicial. Por exemplo, diante da dúvida razoável entre a ocorrência de furto ou de roubo pode denunciar pelo último. Não pode, contudo, abusar do direito de denunciar por puro arbítrio ou por algum ímpeto de infame perseguição contra o acusado, denunciando-o pela infração mais grave quando não há dúvida quanto à efetiva ocorrência da mais leve.

Ainda que se admita a acusação alternativa, não se pode considerar válida uma condenação alternativa, figura atentatória ao direito de defesa e nulificadora da decisão que a contém. Se, por exemplo, o réu for denunciado por furto ou por receptação, não poderá o juiz condená-lo por um crime ou pelo outro: ou condenará pelo que estiver provado nos autos ou absolvê-lo-á de ambos, quer na certeza quanto à inocorrência de qualquer dos dois quer na dúvida quanto ao que efetivamente se verificou."

In casu, não se trata, nem mesmo, de alternatividade de delitos, mas de alternatividade de duas condutas que configuram um só e mesmo delito.

De qualquer sorte, o importante é verificar se a denúncia, assim como oferecida, inviabiliza ou dificulta sobremaneira o exercício da defesa.

Com a devida vênia, convenço-me de que a resposta é negativa. O Ministério Público Federal deixa muito claro o conteúdo da primeira acusação: os quatro denunciados, em unidade de desígnios, não destinaram à construção da obra uma parte da verba recebida da União; os sócios da empresa construtora fizeram menos do que o devido e os agentes públicos, por sua vez, receberam a obra como se estivesse perfeita e acabada e por ela efetuaram pagamento integral, lesando os cofres públicos.

Ora, tanto não há dificuldade em defender-se que os denunciados sustentaram, com toda clareza, que a obra foi bem concluída, que o pagamento foi feito devidamente e que, por conseguinte, não houve apropriação e nem desvio. Nada, absolutamente nada escapou da amplitude das defesas já oferecidas.

Sustentar, portanto, que a denúncia é inepta significa, a meu juízo, consagrar o formalismo, ou seja, o apego à forma pela forma. A aptidão da denúncia é exigida para viabilizar o direito de defesa, o que em nenhum momento foi ou está sendo minimamente arranhado.

Consigne-se, ainda a esse respeito, que nenhuma das três defesas preliminares (f. 24-57; 153-159; e 188-239) sequer alude à alternatividade da acusação. Apenas a terceira delas, apresentada em nome dos sócios da construtora, é que suscita preliminar de inépcia; não, porém, a conta de dubiedade da acusação, tampouco por incerteza ou imprecisão da peça entre as condutas de apropriar-se ou de desviar, mas, sim, por insuficiência, superficialidade e incompletude da descrição das condutas do denunciado Luiz Duarte Silva Neto e, especialmente, da denunciada Lilian Rodrigues Silva Duarte, aspecto sobre o qual farei específica abordagem na sequência deste voto.

Assim, não vejo, na alternatividade da denúncia, a cogitada inépcia.

Por outro lado, reputo inepta a denúncia especificamente quanto à denunciada Lilian Rodrigues Silva Duarte, em relação a quem nenhuma conduta foi sequer descrita.

De fato, nenhum ato concreto foi atribuído à denunciada Lilian Rodrigues Silva Duarte, que, tudo indica, foi incluída na peça acusatória apenas e tão somente por figurar, ao lado de Luiz Duarte Silva Neto, como sócia administradora da construtora.

Com a máxima vênia, não há como dar por boa, válida ou mesmo rasteiramente suficiente a denúncia em relação a Lilian Rodrigues Silva Duarte, de nenhuma conduta acusada, incluída que foi, dentre os denunciados, apenas por sua condição de sócia administradora da empresa contratada pelo município.

Quanto aos demais, porém, a denúncia é apta porque descreve, com circunstâncias concretas, a prática de fatos típicos, possibilitando defesa sem qualquer embaraço.

Indo adiante, é imperioso verificar se, a par de formalmente apta, a denúncia acha-se revestida de justa causa, como tal entendida a existência de substrato probatório mínimo a revelar a viabilidade da acusação.

Na denúncia, o Ministério Público Federal afirma que a obra não foi concluída, mas mesmo assim o pagamento integral foi realizado; que "a perícia constatou o emprego no aterro de APENAS R$ 155.133,56 (cento e cinquenta e cinco mil, cento e trinta e seis reais, e cinquenta e seis centavos), o que levou à conclusão que houve um superfaturamento devido às diferenças de quantidades no importe de mais de R$ 181.000,00" (f. 7).

Quanto ao pagamento integral do valor contratado, há prova documental nos autos. Três medições foram feitas, resultando em igual número de pagamentos, todos eles documentados às f. PRR/SP 72-77 do apenso volume 1 e totalizando R$ 340.600,11 (trezentos e quarenta mil, seiscentos reais e onze centavos).

No que tange ao superfaturamento, não impressiona, *data venia*, a afirmação de que o próprio laudo pericial admite não ter havido "sobrepreço global". O desencontro de valores apontado pelos peritos não se relaciona ao "sobrepreço global", mas ao "superfaturamento devido às quantidades".

Convém esclarecer que, na "análise de superfaturamento" (f. PRR/SP 294 e seguintes do apenso volume 2), os peritos perquiriram sobre *dois aspectos*: o do superfaturamento "devido às quantidades" e o do superfaturamento "devido aos preços".

Segundo o laudo, "a análise do *preço global* das obras tem o objetivo de verificar a compatibilidade entre *os valores contratados e aditivados* para a execução do Aterro Sanitário e *os preços dos serviços* da construção civil *praticados no mercado da região, na época da licitação*" (f. PRR/SP 290 do apenso volume 2).

Nesse particular, os *experts* concluíram que "não houve a prática de preços unitários excessivos dos itens" e que "não houve sobrepreço global, considerando os serviços e quantidades contratadas" (f. PRR/SP 294 do apenso volume 2).

Por outro lado, os peritos afirmaram que, "após análise de campo realizada pelos Signatários, constatou-se que as *quantidades medidas* em campo *não correspondem àquelas admitidas pela fiscalização da Secretaria de Obras da Prefeitura Municipal de Coxim*" (f. PRR/SP 295 do apenso volume 2).

Em outras palavras, os valores contratados seriam compatíveis com os preços de mercado da época; mas os serviços executados não corresponderiam aos valores pagos pela municipalidade.

Essa conclusão foi embasada em planilha comparativa das quantidades medidas pela administração municipal e das encontradas pela perícia, chegando-se a um descompasso expressivo: o valor da licitação ultrapassou a cifra de R$ 336.000,00 (trezentos e trinta e seis mil reais), enquanto a perícia encontrou serviços avaliados em pouco mais

de R$ 155.000,00 (cento e cinqüenta e cinco mil reais), indicando um "superfaturamento devido aos preços" da ordem de mais de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) (f. PRR/SP 299 do apenso volume 2).

Ocorre que, desse valor de precisamente R$ 181.466,29 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta e seis reais e vinte e nove centavos) de suposto superfaturamento devido às quantidades, exatamente a quantia de R$ 154.268,72 (cento e cinqüenta e quatro mil, duzentos e sessenta e oito reais e setenta e dois centavos) diz respeito às "mantas impermeáveis", total formado pela somatória das seguintes parcelas lançadas pelos peritos:

a) R$ 28.648,98 da manta impermeável da lagoa de chorume (f. PRR/SP 296 do apenso volume 2);

b) R$ 118.059,00 da manta impermeável das células de lixo doméstico (f. PRR/SP 297 do apenso volume 2); e

c) R$ 7.560,74 da manta impermeável das células de lixo hospitalar (f. PRR/SP 298 do apenso volume 2).

É curioso que, embora tenham observado detritos das mantas (f. PRR/SP 288 do apenso volume 2), os peritos consideraram-nas de todo inexistentes para o fim de calcular o superfaturamento devido as quantidades.

Os denunciados demonstraram, com fotografias da época, que as mantas foram colocadas (f. 162-164 e 271-275 e 277); e esclareceram, com outras fotografias, tiradas já em 2003 (f. 168-172), que parte das mantas veio a ser subtraída do local.

Dita subtração consta, também, de boletim de ocorrência policial elaborado em 11 de maio de 2003, documento segundo o qual indivíduos foram ao aterro sanitário e, utilizando instrumento cortante, retiraram aproximadamente 50 m^2 da lona especial para depósito do lixo. No aludido boletim consigna-se, ainda, que o pedaço retirado foi visto cobrindo barracos nas proximidades do Posto Fortaleza, no bairro Nova Coxim (f. 71).

Pois bem. Se as mantas foram colocadas; se há evidências de subtração; e se os peritos, apesar de verificarem delas a existência de detritos, consideraram-nas inexistentes para o cálculo do suposto superfaturamento, a conclusão a que se chega é a de que o laudo pericial deve, mesmo, ser recebido com muita ressalva, como bem avaliou o e. relator em seu voto.

De fato, descontando-se o valor das mantas, o cogitado superfaturamento resta reduzido para pouco mais de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), valor referente à "execução de drenos internos e externos" das células de lixo doméstico e hospitalar, à colocação de drenos de gases e, mais, a trabalhos de escavação, regularização e compactação (f. PRR/SP 297-298 do apenso volume 2).

Os trabalhos de escavação, regularização e compactação dificilmente seriam verificados tanto tempo depois, sendo plausível que o desaparecimento de sinais deva-se à erosão.

Os drenos, por sua vez, aparecem nas fotografias de f. 34 (dreno interno na caixa de lixo hospitalar), 268 (dutos externos) e 271 (respiradouro para escape de gases).

Em síntese, se alguma coisa deixou de ser executada pela construtora, sua relevância econômica é tão diminuta que compromete, absolutamente, a afirmação do Ministério Público Federal, vazada no sentido de que os denunciados teriam se consorciado para apropriarem-se ou desviarem dinheiro público.

A credibilidade da tese ministerial sustentava-se, substancialmente, na premissa

de que mais de 50% dos serviços contratados e pagos não foram executados. A partir do instante em que se evidencia que, na pior das hipóteses, uma parcela ínfima deixou de ser executada, esboroa-se a conclusão de que possa ter havido apropriação ou desvio.

Do mesmo modo, quanto à afirmada falsidade ideológica, sucumbe a assertiva, constante da exordial acusatória, de que os três primeiros denunciados "pretenderam dar por cumprido o objeto acordado, sendo que muito pouco foi executado, visando, por certo, desviar o valor recebido, ou deles se apropriar indevidamente" (f. 7-verso). Não há, *data venia*, substrato mínimo a amparar a acusação de que "os acusados citados inseriram declaração falsa da que deveria ser escrita, a fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante" (f. 7-verso).

Por derradeiro, destaque-se que a denúncia não foi precedida de inquérito policial, tampouco se procedeu à oitiva dos investigados. Tivessem eles a oportunidade de prestar os esclarecimentos que vieram a trazer em juízo e a chance de acostar as fotografias acima mencionadas, possivelmente outra tivesse sido a *opinio delicti* do Ministério Público Federal.

Ante o exposto, rejeito a denúncia, fazendo-o com fundamento no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal (falta de justa causa para o exercício da ação penal) e, especificamente em relação à denunciada Lilian Rodrigues Silva Duarte, também com fulcro no inciso I do mesmo artigo de lei (inépcia da denúncia).

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Na sessão de julgamento do presente feito, aderi ao fundamento acrescido pelo Desembargador Federal Nelton dos Santos (fls. 465/469) para especificamente em relação à denunciada Lílian Rodrigues Silva Duarte, também, rejeitar a denúncia com fundamento na inépcia da denúncia.

Ante o exposto, rejeito a denúncia, com fundamento no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Civil e, especificamente em relação à denunciada Lílian Rodrigues Silva Duarte, também, rejeito a denúncia com fundamento no inciso I do artigo 395 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA
0014759-61.2011.4.03.0000
(2011.03.00.014759-6)

Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS
Interessado: PEDRO DAMIÃO ANTUNES DE JESUS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: MS 331092
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO RÉU. NÃO CONSTITUI ÔNUS DO ACUSADOR. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Embora o Ministério Público possa requisitar informações e documentos diretamente (art. 8º da LC nº 75/93), não é ônus do *parquet* federal providenciar as certidões de antecedentes criminais do réu, uma vez que não constituem elemento tipicamente acusatório.

2. As informações sobre a vida pregressa do acusado interessam não apenas à acusação, mas ao próprio julgador, já que imprescindíveis para a análise das inúmeras circunstâncias do caso concreto, como a dosimetria da pena; a possibilidade de concessão de benefícios processuais, como a suspensão condicional do processo e da pena; a análise de eventual pedido de liberdade provisória, etc.

3. A legislação prevê que o caráter sigiloso de informações constantes nas certidões de antecedentes criminais somente será afastado por determinação judicial (ex: artigos 709 e 748 do CPP).

4. As certidões, quando não solicitadas pela autoridade judicial, não podem conter informações protegidas por sigilo, o que significa que poderão ser apresentadas de forma incompleta, com restrições.

5. Questão já decidida pela Primeira Seção (2011.03.00.010148-1).

6. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conceder a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo *Ministério Público Federal* contra ato do MMº Juiz da 1ª Vara Federal de Corumbá/MS, que

indeferiu a requisição das certidões de antecedentes criminais de Pedro Damião Antunes de Jesus, nos autos nº 0000564-72.2009.403.6004, ao argumento de que se trata de encargo probatório imputável ao titular da ação penal.

O impetrante alega, em síntese, que a requisição das certidões não é propriamente ônus probatório da acusação, mas diligência necessária e de interesse também do magistrado para a análise de inúmeros benefícios processuais e até para a dosimetria da pena. Aduz, ainda, que a decisão do magistrado de primeiro grau viola os princípios da economia e da celeridade processual.

O pedido de liminar foi deferido para determinar que o Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá/MS promovesse a requisição das certidões de antecedentes criminais (fls. 39/40).

Às fls. 50/53 foram acostadas as informações da autoridade impetrada.

A Procuradoria Regional da República, por sua representante Dra. Rose Santa Rosa opinou pela concessão da segurança às fls. 81/82.

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Com efeito, embora o Ministério Público Federal possa requisitar informações e documentos diretamente, nos termos do que estabelece o artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93, ao contrário do que afirma o magistrado de primeiro grau, não é ônus do *parquet* federal providenciar as certidões de antecedentes criminais do réu, uma vez que não constituem elemento tipicamente acusatório.

As informações sobre a vida pregressa do acusado interessam não apenas à acusação, mas ao próprio julgador, já que imprescindíveis para a análise das inúmeras circunstâncias do caso concreto, como a dosimetria da pena, no caso de eventual condenação, ou ainda, a possibilidade de concessão de benefícios processuais, como a suspensão condicional do processo e da pena e, ainda, para a análise de eventual pedido de liberdade provisória.

Importante observar, ainda, que a legislação prevê que o caráter sigiloso de informações constantes nas certidões de antecedentes criminais somente será afastado por determinação judicial, como, por exemplo, os artigos 709 e 748 do Código de Processo Penal. Assim, é de se reconhecer que as certidões, quando não solicitadas pela autoridade judicial, não podem apresentar informações protegidas por sigilo, o que significa que poderão ser apresentadas de forma incompleta, com restrições.

Nesse sentido a jurisprudência:

> TRF5 - MS 200905001125454 - Relator(a) Desembargador Federal José Maria Lucena - Primeira Turma - Data: 24/03/2010 - UNÂNIME - Ementa: “PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CERTIDÃO NARRATIVA. NECESSIDADE DE INTERMEDIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Federal em contrariedade a decisão que indeferiu o requesto de emissão de certidão narrativa e colheita junto aos órgãos estaduais dos antecedentes criminais em nome dos acusados.
2. A teor do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09, admite-se o *mandamus* contra ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo.
3. O Poder de Requisição do Ministério Público tem assento constitucional, nos termos do art. 129 da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pelo art. 8º da LC nº 75/93, facultando-lhe requisitar documentos e informações a autoridades da Administração Pública Direta ou Indireta e a entidades privadas, independentemente de qualquer pronunciamento judicial.
4. Todavia, é cabível o requerimento de diligências junto ao Poder Judiciário sempre que demonstrada a incapacidade de sua realização por meios próprios. *In casu, é cediço que as certidões de antecedentes criminais, quando não solicitadas por autoridade judicial, não podem apresentar informações protegidas por sigilo.*
5. O direito das partes produzirem provas abrange a realização de diligências indispensáveis ao deslinde da causa. Precedente desta Corte Regional (MSTR 102368-RN, Quarta Turma, Fonte: DJ 17/04/2009).
6. Ordem concedida."

Ressalte-se que a questão suscitada nestes autos já foi objeto de análise por esta Primeira Seção que, no dia 04 de agosto de 2.011, nos autos nº 2011.03.00.010148-1, por maioria, concedeu a segurança e determinou que a autoridade impetrada requisitasse as certidões de antecedentes criminais dos denunciados.

Por esses fundamentos, confirmo a liminar e *concedo a segurança* para determinar que o Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá/MS promova a requisição das certidões de antecedentes criminais do acusado Pedro Damião Antunes de Jesus, nos autos nº 0000564-72.2009.4.03.6004.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

"HABEAS CORPUS"
0015152-83.2011.4.03.0000
(2011.03.00.015152-6)

Impetrante: ALBERTO ZACHARIAS TORON E FERNANDO DA NÓBREGA CUNHA
Paciente: CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA SANTIAGO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: HC 45778
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2011

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE FATO DELITUOSO. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM DENEGADA.
1. Denúncia anônima que descreve prática, em tese, de crimes contra a ordem tributária, ocorrência de fraude e corrupção, aparecendo, o delito contra a ordem tributária, como consequência.
2. É função da Polícia investigar os fatos e nesse processo de investigação é que obterá informações acerca da veracidade, ou não, da notícia veiculada através de carta anônima. A requisição de informações integra o processo investigatório.
3. Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, que se refere, especificamente, a crimes contra a ordem tributária, não se aplica ao caso, que trata, em primeiro lugar, da suposta ocorrência de fraude e do crime de corrupção.
4. A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da CF e art. 647 do CPP.
5. É indispensável que o manejo da ação de *habeas corpus* esteja subsidiado por um direito singular (a liberdade de locomoção), cuja ameaça ou efetiva afetação (pela violência) decorra de ato manifestamente ilegal ou perpetrado abusivamente, de modo a fazer surgir para o paciente o interesse e a utilidade de socorrer-se mediante a intervenção do judiciário e por via desta ação peculiar.
6. Há justa causa para a investigação: a narrativa enviada por meio eletrônico ao Ministério Público Federal dá conta de diversos ilícitos, com descrição de pessoas e circunstâncias envolvidas, ensejando a fundada suspeita de existência dos crimes de sonegação fiscal, fraude e corrupção.
7. Representação da autoridade policial faz expressa referência a envolvimento de servidores (fiscais de renda) que são encarregados de zelar pela regularidade no recolhimento de tributos.
8. Procedimento investigatório por meio do inquérito policial, desencadeado por denúncia anônima, é regular. Doutrina e precedentes do STJ.
9. A análise perfunctória da prova não exclui, de plano, a existência de crimes, de modo a justificar a suspensão do curso do inquérito policial instaurado.

10. Natureza célere da ação constitucional exige prova pré-constituída da irregularidade que cerceia o direito de liberdade. Precedentes do STF e STJ.
11. Necessidade de investigação dos fatos. Ausência de justa causa para a investigação não demonstrada.
12. Resta prejudicado o pedido de revogação da decisão que determinou a instauração de ação fiscal em caso de ainda não ter sido instaurada, considerando que a ação fiscal já havia sido deflagrada e ultimada, conforme consta dos autos.
13. Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de setembro de 2011.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada por Alberto Zacharias Toron e por Fernando da Nóbrega Cunha, advogados, em favor de CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA SANTIAGO, sob o argumento de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juíza Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP.

Narram os impetrantes que foi instaurado inquérito policial em 06.08.2007 para apurar suposto esquema de fraude e corrupção, envolvendo empresas distribuidoras de combustíveis e fiscais de rendas de Guarulhos, levando ao não recolhimento de ICMS, PIS e COFINS, que poderia configurar, em tese, conduta tipificada nos artigos 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.137/90, sendo que o tal "esquema" teria sido informado ao Ministério Público Federal em Bauru por meio de noticia apócrifa, encaminhada por *email*.

Ressaltam que, recebida a delação anônima, o Procurador da República, sem fazer qualquer diligência para verificar a sua veracidade, requisitou a instauração do inquérito e, logo em seguida, o Juízo Federal de Bauru declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Guarulhos.

Esclarecem que o paciente requereu ao Juízo de Guarulhos o arquivamento dos autos, sob o argumento de que a instauração de inquérito com base apenas em denúncia anônima, desacompanhada de qualquer elemento indiciário que lhe servisse de suporte, constitui constrangimento ilegal e, no entanto, o inquérito seguiu seu curso.

Aduzem que foi impetrada ordem de *habeas corpus* em favor de terceira pessoa, que não o paciente, perante este Tribunal com o fim de trancar o inquérito, também sob alegação de que o inquérito fora iniciado por denúncia anônima, mas restou denegada.

Informam que, antes da notícia acerca da denegação da ordem de *habeas corpus* ter chegado aos autos do inquérito, o Juízo de Guarulhos declinou da competência em favor da Subseção Judiciária da Capital, por ser domicílio fiscal da maior parte dos investigados no inquérito.

Assim, os autos foram distribuídos à 5ª Vara Federal Criminal da Capital, sendo que as diligências realizadas foram sempre e exclusivamente voltadas à obtenção de informações acerca da situação fiscal dos investigados.

Ressaltam que, ante a inexistência de dados a respeito da constituição de crédito tributário em face do ora paciente e da negativa da Receita Federal em informar sobre a existência de ação penal contra o mesmo (justificado pelo sigilo fiscal), a autoridade policial requereu a quebra do seu sigilo fiscal, que foi deferida pela autoridade coatora, resultando, daí, o constrangimento ilegal ao direito de liberdade do paciente, a ser obstado pela via do presente *habeas corpus*.

Afirmam não se tratar de mera reiteração, vez que este pedido de *habeas corpus* possui argumentos distintos ainda não analisados por este Tribunal Regional Federal: falta de justa causa para o inquérito em razão da inexistência de crédito tributário previamente constituído em face do paciente, afronta à Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, quebra de sigilo fiscal em inquérito carente de justa causa que, à míngua de qualquer outro dado, fundou-se exclusivamente na denúncia anônima.

Discorrem sobre as teses, citam precedentes que, segundo entendem, as favorecem, e pedem a concessão de liminar para suspender o curso do inquérito policial e o curso da ação fiscal até o julgamento de pedido de *habeas corpus*.

Requerem que, a final, seja concedida a ordem para o trancamento do inquérito, bem como a cassação da decisão que determinou a realização de ação fiscal contra o paciente.

Juntaram os documentos de fls. 24/215.

Pela decisão de fls. 217/218, o pedido de liminar foi indeferido.

A autoridade coatora prestou informações (fls. 222/224).

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 226/232).

Pleiteiam os impetrantes cientificação, em tempo hábil, da data do julgamento a fim de sustentar oralmente a impetração (fl. 235).

É o relatório.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): No presente *writ*, os impetrantes sustentam, em síntese, a ausência de justa causa para a investigação, baseada em denúncia anônima desacompanhada de qualquer comprovação dos fatos apontados como ilegais e buscam o trancamento do inquérito policial.

Inicialmente, conforme já ressaltado por ocasião da apreciação da liminar, a Portaria de instauração do inquérito policial, trasladada a fl. 30, não faz referência, apenas, à prática, em tese, de crime contra a ordem tributária, mas, também (e tudo em tese, é claro), à ocorrência de fraude e do crime de corrupção, aparecendo, o delito contra a ordem tributária, como consequência.

Analisando os autos, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal ao direito de liberdade do paciente.

Com efeito, é função da Polícia investigar os fatos e nesse processo de investigação é que obterá informações acerca da veracidade, ou não, da notícia veiculada através de informação anônima.

A requisição de informações integra o processo investigatório, não emergindo, daí, qualquer constrangimento ilegal ao direito de liberdade do paciente.

No que diz respeito aos termos da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, que se refere, especificamente, a crimes contra a ordem tributária, conforme já acima anotado, não se aplica ao caso, já que a hipótese trata, em primeiro lugar, da suposta ocorrência de fraude e do crime de corrupção.

Ademais, cabe ressaltar que a ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na prévia demonstração da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

Por outras palavras, é indispensável que o manejo da ação de *habeas corpus* esteja subsidiado por um direito singular (a liberdade de locomoção), cuja ameaça ou efetiva afetação (pela violência) decorra de ato manifestamente ilegal ou perpetrado abusivamente, de modo a fazer surgir para o paciente o interesse e a utilidade de socorrer-se mediante a intervenção do judiciário e por via desta ação peculiar.

No que tange ao caso em apreço, há justa causa para a investigação, uma vez que a narrativa enviada por meio eletrônico ao Ministério Público Federal dá conta de diversos ilícitos, com descrição de pessoas e circunstâncias envolvidas, ensejando a fundada suspeita de existência dos crimes mencionados.

De acordo com o documento de fl. 34/37, a denúncia anônima trouxe informação acerca da existência de crimes de sonegação fiscal, fraude e corrupção.

E a Representação da autoridade policial (fls. 48/49) faz expressa referência a envolvimento de servidores (fiscais de renda) que são encarregados de zelar pela regularidade no recolhimento de tributos.

O Procurador da República responsável, em 10.04.2007, determinou a autuação da mencionada denúncia como Peças Informativas - Criminal e que se procedesse "pesquisa no ARP, CAETÉS e SINCA, em nome dos requeridos, certificando-se o resultado" (fl. 33), determinação que foi cumprida conforme certificado a fl. 38, em 17.04.2007, resultando nos documentos de fls. 39/45, mesma data em que foram autuadas as peças informativas, conforme se verifica de fl. 32.

Na sequência, em 07.05.2007, é que o Procurador da República requisitou a instauração de inquérito policial para apuração dos delitos (fl. 47), oficiando ao Delegado da Polícia Federal em Bauru (fl. 31).

O inquérito foi, então, instaurado, em 06.08.2007, conforme Portaria de fl. 30, para apuração dos fatos.

E, a partir de então, verificou-se a sequência de alterações de competência narrada pelos impetrantes, sendo o inquérito encaminhado, inicialmente a Guarulhos (conforme decisão de fl. 56) e, posteriormente, para São Paulo (conforme decisão a fl. 158).

Deste último juízo (5ª Vara Criminal de São Paulo) emanou a decisão (fls. 209/211), apontada como ato coator pelos impetrantes, ao acolher manifestação do Ministério Público Federal, em que apresentados fundamentos concordando com a quebra de sigilo requisitada pela autoridade policial, como meio indispensável para se constatar e identificar a materialidade e autoria dos delitos (fl. 208).

Como bem apontado pela i. Procuradora Regional da República, em seu parecer:

"(...) verifica-se que a investigação realizada no bojo do inquérito policial nº 0007572-50.20074.03.6108 não objetiva apenas apurar suposto crime tributário, posto que também visa elucidar, conforme consta da Portaria de sua instauração, 'suposto esquema de fraude e corrupção envolvendo empresas distribuidoras de combustíveis e de fiscais de rendas de Guarulhos, levando ao não recolhimento de ICMS, PIS e COFINS' (fl. 30).

Assim, as condutas investigadas não estão adstritas apenas à prática do delito descrito no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, em relação ao qual se refere à Súmula Vinculante nº 24. No caso concreto, é evidente que o inquérito envolve o também esclarecimento de outros crimes, dentre os quais o crime tipificado no artigo 2º do mesmo diploma legal, e ainda, possíveis delitos de fraude e de corrupção.

(...)

Por outro lado, também não tem fundamentos o argumento de que haveria constrangimento ilegal ao ora paciente por ter tido o seu sigilo fiscal afastado exclusivamente com base na denúncia anônima.

Isto porque, segundo entende a doutrina e a jurisprudência majoritárias, o sigilo fiscal não tem valor absoluto, de modo que a sua quebra, determinada por decisão de autoridade competente, não viola a garantia prevista no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, quando houver interesse jurídico do Estado, como ocorre no presente caso.

De igual modo, não existe qualquer óbice legal à aceitação da *notitia criminis* anônima como uma das formas pelas quais a autoridade pode tomar conhecimento acerca de uma possível infração criminal, e, a partir daí, no exercício de sua função, tomar as medidas cabíveis com vistas a atingir os fins do procedimento investigatório, o que inclui, indubitavelmente, a adoção de medidas cautelares, como a quebra do sigilo fiscal.

Desse modo, estando a 'denúncia anônima', baseada em uma descrição minuciosa dos fatos e de suas circunstâncias, não pode a autoridade policial, no exercício de sua atividade funcional, desprezá-la, e, assim, desrespeitar um interesse maior do Estado." (fls. 229/230)

No mesmo sentido, isto é, da regularidade do procedimento investigatório por meio do inquérito policial a partir de denúncia anônima, anoto precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO SOBRE SUA VERACIDADE. POSSIBILIDADE.

1. No que tange à apontada negativa de vigência aos arts. arts. 5º, X e XII, e 93, IX, da Constituição da República, bem como ao art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil, nota-se o ato impugnado trouxe as razões de sua conclusão sobre a possibilidade do quebra de sigilo bancário do recorrente.

2. O art. 1º, § 3º, inc. IV, da Lei Complementar nº 105/01 descaracteriza a violação ao dever de sigilo 'a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre

operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa'.
3. A seu turno, o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93, em leitura conjugada com o art. 80 da Lei nº 8.625/93, é claro ao dispor que 'nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido'.
4. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo permite a quebra de sigilo quando necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito, especialmente nos crimes contra a Administração Pública, como é o caso dos autos, em que há suspeita de prática de corrupção. De fato, não poderia a privacidade constituir direito absoluto a ponto de sobrepor-se à moralidade pública.
5. Nesse sentido, a proporcionalidade da medida excepcional justifica-se sobretudo diante (i) da evolução patrimonial do recorrente, incompatível com sua renda como agente fiscal da Receita Estadual, (ii) da necessidade de examinar se efetivamente houve enriquecimento ilícito (elemento da improbidade administrativa do art. 9º da Lei nº 8.429/1992) e se existem outros agentes envolvidos, e (iii) da impossibilidade de se comprovar essa evolução senão por meio das declarações de patrimônio e renda prestadas à Receita Federal para fins de fiscalização do Imposto de Renda e da movimentação da CPMF que indicará a consistência ou a inconsistência das informações prestadas ao Fisco.
6. E mais: o objeto encontra-se devidamente especificado, consoante se observa do trecho da petição em que se complementou o pedido de quebra.
7. *Impõe-se destacar também que a 'denúncia' anônima, quando fundada - vale dispor, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas e ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal.*
8. Aliás, o art. 2º, § 3º, da Resolução nº 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público, é expresso ao prever a necessidade de tomada de providências, ainda que o conhecimento pelo Parquet de fatos constituidores, em tese, de lesão aos interesses e direitos cuja proteção está a seu cargo se dê por manifestação anônima. Precedentes.
9. Recurso ordinário não provido." - Grifei.
(RMS 32065/PR - 2ª turma - rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 17/02/2011, v. u., DJe 10/03/2011)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE USURA E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.
1. '*Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz*

respeito à identidade do investigado' (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07). Precedente do STF (AgRg na MC em MS 24.369-4/DF).
2. A proteção aos sigilos de dados não é direito absoluto, podendo ser quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes do STJ.
3. Na hipótese em exame, deve subsistir a decisão judicial que, motivadamente, determinou a quebra do sigilo bancário do paciente, uma vez que demonstrados os indícios de prática delituosa, os motivos pelos quais a medida se faz necessária, bem como o objeto da investigação e a pessoa do investigado.
4. Ordem denegada." - Grifei.
(HC 114846/MG - 5ª Turma - rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 15/06/2010, v. u., DJe 02/08/2010)

Ainda, é de se ressaltar que a análise perfunctória da prova não exclui, de plano, a existência de crimes, de modo a justificar o trancamento do inquérito policial instaurado.

Com efeito, a embasar o quanto já exposto, anoto a doutrina de Guilherme de Souza Nucci a respeito da possibilidade de denúncia anônima desencadear a investigação:

"Entretanto, somos levados a acreditar que as denúncias anônimas podem e devem produzir efeito. Não nos esqueçamos que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não idetificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com mínimos elementos em mãos, instaura o inquérito. Embora não se tenha configurado uma autêntica *delatio criminis*, do mesmo modo o fato pode ser averiguado."
(*in* "Código de Processo Penal Comentado", 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 89)

Cabe apontar, por fim, que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido da excepcionalidade do trancamento do inquérito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PEDIDO NÃO PROVIDO.
Conforme sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *o trancamento de ação penal e, sobretudo, de inquérito policial, como no caso, é excepcional, só se justificando quando ausentes indícios mínimos de autoria e materialidade, ou quando extinta a punibilidade, o que não é o caso. Recomendável, portanto, a continuidade das investigações*.
Recurso ordinário não provido." - Grifei.
(STF - RHC 96093/PA - 2ª Turma - rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 20/10/2009, v. u., DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009)

"*HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL

PARA APURAÇÃO DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA TESE DE ABSORÇÃO PELO CRIME TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O *MANDAMUS*. INDICATIVOS DA EXISTÊNCIA DE OUTROS DELITOS AUTÔNOMOS. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, CASSANDO-SE A LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA.

1. *O trancamento de Inquérito Policial por falta de justa causa, por meio de HC, mais ainda do que da própria Ação Penal, é providência excepcionalíssima, exigindo que se constate, de plano, ser absurda a investigação policial em desenvolvimento, por total atipicidade da conduta ou falta de elementos indicativos mínimos de autoria*.

2. Na hipótese, o IPL foi instaurado a partir de Representação para fins penais da Receita Federal, tendo em vista uma série de irregularidades nas operações de importação da empresa administrada pelo paciente, consistentes não só em subfaturamento das mercadorias mas também em indicação de exportadores que não eram os que efetivamente realizavam a internação das mercadorias no território nacional.

3. Diante da magnitude das operações realizadas, que sugerem triangulação com empresa sediada no Uruguai, é grande a possibilidade de ocorrência de outros ilícitos diferentes do crime propriamente fiscal, cuja investigação é necessária, sob pena de incentivo à impunidade. Precedentes do STJ.

4. É relevante anotar que o IPL foi instaurado inicialmente apenas para verificar a ocorrência do delito de uso de documento falso, não estando claro, como tenta fazer crer a impetração, que este delito estaria absorvido pelo de sonegação.

5. A alegação de que o paciente já não mais integraria a sociedade é insuficiente para o trancamento do inquérito ou mesmo para sua exclusão do pólo passivo, vez que não encontra respaldo nos documentos acostados, que informam que durante parte do período investigado ele ainda fazia parte do quadro societário.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial, cassando-se a liminar anteriormente concedida." - Grifei.

(STJ - HC 152858/SP - 5ª Turma - rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 22/06/2010, v. u., DJe 09/08/2010)

Desse modo, e por se tratar o *habeas corpus* de via estreita, inadequada ao fim almejado, já que não se verifica ausência de justa causa para a investigação, o que demonstraria o alegado constrangimento ilegal, não é caso de trancamento do inquérito policial.

No que diz respeito ao outro pedido deduzido no "writ", no sentido de se revogar a ordem judicial de realização de ação fiscal em face do paciente, em caso de ainda não ter sido instaurada, verifico que restou prejudicado, tendo em vista que a ação fiscal já havia sido instaurada e ultimada, encontrando-se o procedimento na Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo "encaminhado para fins de inscrição em dívida ativa" (fl. 224), como bem lembrou a Ilustre Procuradora Regional da República, a fl. 231/verso).

Ante o exposto, voto por denegar a ordem de *habeas corpus*.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
0015210-86.2011.4.03.0000
(2011.03.00.015210-5)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE FRANCA - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Parte Ré: LUIZ CARLOS RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: CJ 12993
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2011

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DO APENADO. ARTS. 65 E 66 DA LEP - COMPETÊNCIA DO JUÍZO PROLATOR DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - CONFLITO PROCEDENTE.
1. A competência para a execução das penas restritivas de direitos é do juízo responsável pela condenação, o qual poderá deprecar ao juízo do domicílio do sentenciado os atos fiscalizatórios do cumprimento da reprimenda, remanescendo ao juízo deprecante, porém, a competência para a prática de todos os atos decisórios relativos à execução das reprimendas impostas.
2. Inteligência dos arts. 65 e 66 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).
3. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto/SP, o Suscitado, nos termos do voto do Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). Votaram os Desembargadores Federais COTRIM GUIMARÃES, CECILIA MELLO, VESNA KOLMAR, JOSÉ LUNARDELLI, a Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA, e os Desembargadores Federais PEIXOTO JUNIOR, JOHONSOM DI SALVO, NELTON DOS SANTOS e ANDRÉ NEKATSCHALOW. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais RAMZA TARTUCE e ANTONIO CEDENHO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de setembro de 2011.
Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MMº Juízo Federal da 1ª Vara de Franca/SP, contra ato do MMº Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto/SP, que, por decisão de

fls. 52/53, declinou de sua competência para a execução da r. sentença condenatória, sob o argumento de o condenado possuir domicílio atual na cidade de Franca/SP.

O suscitante argumenta, em síntese, que a execução da pena aplicada ao condenado Luiz Carlos Rodrigues é de competência do MMº Juízo suscitado (1ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP), já que prolator da r. sentença condenatória, nos termos do disposto no artigo 65 da LEP, não havendo falar-se em alteração da competência a mudança de domicílio do sentenciado para Franca/SP, podendo os atos necessários à execução ser deprecados pelo Juízo competente, nos termos do artigo 66, inciso V, alínea "g", da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Por decisão de fls. 65/66 indiquei o MMº Juízo suscitado - 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP -, para a prática dos atos de urgência.

Em parecer de fls. 72/73, a Procuradoria Regional da República opinou pela procedência do conflito, fixando-se a competência do juízo suscitado para processamento da execução da pena em comento.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): O conflito há de ser julgado procedente.

No caso em análise, o MMº Juízo Federal de Ribeirão Preto/SP encaminhou os autos de execução da pena à Subseção Judiciária de Franca/SP, sob o argumento da dificuldade de o sentenciado locomover-se da sua atual residência, em Franca, para submeter-se a fiscalização do cumprimento da pena perante o juízo da condenação, em Ribeirão Preto/SP.

Não obstante, tenho que razão assiste ao MMº Juízo Federal de Franca/SP (suscitante), tendo em vista que, à míngua de norma expressa acerca da competência para a execução da pena, esta competirá, à luz dos artigos 65 e 66 da LEP, ao juízo da condenação, o qual poderá, em caso de alteração de domicílio do sentenciado, deprecar a fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direitos ao juízo do domicílio ou residência daquele, remanescendo ao juízo deprecante, porém, a competência para a prática de todos os atos decisórios relativos à execução das reprimendas impostas.

Nesse sentido, dispõem os artigos 65 e 66 da Lei de Execução Penal, *verbis*:

> "Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.
> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
> [...]
> V - determinar:
> [...]
> g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca".

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DO APENADO.

EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA NÃO ALTERADA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA CUMPRIMENTO DA PENA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÃO CRIMINAL E CORREGEDORIA DE PRESÍDIOS DE SÃO VICENTE/SP. *1. Aplicadas as penas restritivas de direitos, na hipótese do apenado mudar o seu domicílio, cabe ao Juízo da Execução Penal expedir carta precatória para a nova localidade, deprecando-se, no caso, a realização da audiência admonitória e a fiscalização do cumprimento das condições fixadas. 2. Não há a transferência da competência, apenas de alguns atos, sendo que os decisórios permanecem atribuídos ao juízo responsável pela execução no local da condenação. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal e Corregedoria de Presídios de São Vicente/SP, ora suscitado*." (CC 200901160833 CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 106036 Relator(a) MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Sigla do órgão STJ Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO Fonte DJE DATA: 21/08/2009) - grifo nosso.

"PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DO APENADO. ARTS. 65 E 66 DA LEP E ARTS. 306, 307 E 317 DO PROVIMENTO Nº 05/2003 DA CORREGEDORIA DO TRF 4ª REGIÃO. *A competência para a execução das penas restritivas de direitos é do juízo responsável pela condenação, o qual poderá deprecar ao juízo do domicílio do sentenciado os atos fiscalizatórios do cumprimento da reprimenda. Inteligência dos arts. 65 e 66 da Lei de Execução Penal* (Lei nº 7.210/84) e dos arts. 306, 307 e 317 do Provimento nº 05/2003 da Corregedoria deste Tribunal." (AGEPN 200471000405812 AGEPN - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Relator(a) LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador OITAVA TURMA Fonte DJ 23/02/2005) - grifo nosso.

Ante o exposto, *julgo procedente* o presente conflito de competência, a fim de declarar a competência do Juízo suscitado - MMº Juízo da 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

- Sobre a competência para processamento da execução penal, veja também o seguinte julgado: CJ 2008.03.00.043395-8, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicado na RTRF3R 98/434.

"HABEAS CORPUS"
0019320-31.2011.4.03.0000
(2011.03.00.019320-0)

Impetrantes: ATON FON FILHO E OUTROS
Pacientes: JOSÉ RAINHA JUNIUR E OUTROS (réus presos)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Corréus: GLEUBER SIDNEI CASTELAO E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: HC 46327
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO A ALGUNS PACIENTES POR CARÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS. EM RELAÇÃO AO OUTRO PACIENTE, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. *WRIT* PREJUDICADO EM RELAÇÃO A UMA PACIENTE, ORDEM CONCEDIDA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PACIENTES.

1. Noticiada a revogação da prisão preventiva em relação a uma das pacientes, em relação a ela o presente *writ* perdeu o objeto.

2. O decreto preventivo carece de fundamentação quanto à conduta de alguns réus pois, não houve a necessária individualização, em relação a cada um deles, dos motivos pelos quais fora decretada a medida extrema, o que afronta o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

3. No tocante ao outro paciente, verificou-se a ausência de fundamentação a justificar a adoção da medida extrema pois, ainda que a busca de testemunhas de defesa tenha sido calcada em artimanhas, como na escolha das que residem em locais distantes, objetivando futura prescrição, isso por si só não se enquadra nas condições expostas do art. 312 do CPP, ou seja, não é razão particular e suficiente para a medida extrema da prisão cautelar. Da mesma forma, a gravidade, ou não, do delito, em si, não pode ser razão para a prisão preventiva.

4. *Writ* prejudicado em relação a uma das pacientes. Ordem concedida para os demais pacientes.

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, *julgar prejudicada* a impetração em relação à paciente *Kely Crisley Gazola* e, por maioria, *conceder a ordem* para revogar a prisão preventiva e deferir a liberdade provisória aos pacientes *José Rainha Junior, Cássia Maria Alves dos Santos, Cristina da Silva* e *Vaguimar Nunes da Silva*, sem prejuízo de eventual decretação de nova prisão devidamente fundamentada, determinando ao juízo impetrado que, oportunamente, expeça os respectivos alvarás de soltura clausulados, nos termos do voto do Senhor Desembargador

Federal Relator, acompanhado pelo voto do Senhor Desembargador Federal Peixoto Junior, vencida, em parte, a Senhora Desembargadora Federal Cecilia Mello que concedia parcialmente a ordem apenas para conceder a liberdade provisória às pacientes Cássia Maria Alves dos Santos, Cristina da Silva e Vaguimar Nunes da Silva, denegando-a em relação ao paciente José Rainha Júnior, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2011.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): *Descrição Fática*: Consta da presente impetração que os pacientes, conjuntamente com outros corréus, foram denunciados pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 171, *caput* e parágrafo 3º, c/c artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal, pois, segundo o apurado em procedimento administrativo investigatório, no período de 31 de dezembro de 2008 a 31 de dezembro de 2009, na Associação Amigos de Teodoro Sampaio e na Cooperativa de Produção de Biodiesel do Oeste Paulista - COOPERBIOESTE, agindo em concurso, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, teriam obtido, para eles, vantagem ilícita, consistente em R$ 212.000,00 (duzentos e doze mil reais), em prejuízo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, induzindo em erro os responsáveis pela liberação do dinheiro e análise da prestação de contas do convênio SIAFI 594391, especificamente com relação à parte do numerário transferido por meio do sétimo Termo Aditivo ao Convênio INCRA/CRT/SP/nº 22000/2007, mediante meio fraudulento.

Segundo a peça acusatória, o acusado José Rainha Juniur seria o articulador da criação de Associações e Cooperativas, com finalidade ilícita, objetivando o desvio de dinheiro do INCRA. Com esse fim, ele se manteria oculto, não figurando formalmente nos estatutos das associações, entretanto, deteria sobre elas poder de decisão e influência, participando diretamente dos desvios. José Rainha, ainda, atuaria perante o INCRA, a fim de assegurar que os repasses fossem feitos às associações a ele vinculadas (fls. 433/448).

Recebida a denúncia, em 01 de abril de 2011, foi determinada a citação dos réus para o oferecimento de resposta à acusação, nos termos do artigo 396 do CPP (fls. 360/360vº).

Posteriormente, o Ministério Público Federal requereu a decretação da prisão preventiva em relação a cinco acusados (fls. 683/712), pedido este que foi acolhido pela autoridade coatora, tendo sido decretada a prisão preventiva destes em 23 de junho de 2011 (fls. 718/719vº).

Impetrantes: Alegam que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, em suma, pelos seguintes motivos:

a) a ausência de individualização e de fundamentação acerca dos motivos para a prisão cautelar dos pacientes Vaguimar Nunes da Silva, Kely Crisley Gazola, Cristina da Silva e Cássia Maria Alves dos Santos;

b) em relação a todos os pacientes, a ausência dos requisitos da prisão preventiva e de fundamentação idônea do decreto cautelar. Aduzem que a prisão preventiva teve como um de seus fundamentos a necessidade de se desarticular quadrilha, contudo, tal imputação inexiste na denúncia;

c) violação ao princípio da proporcionalidade entre a medida cautelar extrema e a quantidade de pena prevista no art. 171, *caput*, § 3º, do CP, pois, se condenados, o regime inicial será o semiaberto;

d) violação ao princípio da inocência;

e) subsidiariamente, substituição da prisão preventiva por medida cautelar prevista no artigo 319, do CPP, com a redação da Lei nº 12.403/2011;

f) subsidiariamente, em relação à paciente Cássia Maria Alves dos Santos, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos dos artigos 317 e 318, III, do CPP, em sua redação atual, porque ela é mãe de uma criança de 01 (um) ano de idade, que prescinde dos cuidados da mãe;

g) todos apresentam as condições pessoais favoráveis, pois possuem residência fixa e ocupação lícita e não ostentam sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Afirmam, ainda, que as pacientes Kely, Cristina e Cássia são primárias e que José Rainha e Vaguimar são tecnicamente primários;

h) as condições pessoais favoráveis, embora não impeçam a prisão cautelar, devem ser valoradas, caso a necessidade da prisão não seja suficientemente demonstrada.

Pedem a concessão liminar da ordem a fim de que seja revogada a prisão preventiva dos pacientes, com a competente expedição de alvará de soltura em favor de José Rainha Junior, Kely Crisley Gazola, Cássia Maria Alves dos Santos e Cristina da Silva e a expedição de contramandado de prisão em relação ao paciente Vaguimar Nunes da Silva ou, alternativamente, que seja substituída a prisão preventiva por medida cautelar (artigo 319, CPP), mediante fiança ou, ainda, alternativamente, que seja substituída a prisão preventiva da paciente Cássia Maria Alves dos Santos por prisão domiciliar (artigos 317 e 318, III, CPP). No mérito, pugnam pela concessão da ordem, com a confirmação da liminar.

Liminar: Apreciada pela Desembargadora Federal Cecilia Mello, em substituição regimental e deferida parcialmente para conceder a liberdade provisória aos pacientes Cássia, Cristina, Vaguimar e Kely (fls. 740/747).

Informações da autoridade impetrada: Prestadas (fls. 761/763vº).

Parecer do MPF (Drª Rosane Cima Campiotto - Fls. 765/771vº): opina pela extinção do feito em relação à paciente Kely, em razão da perda de objeto; pela concessão da ordem para os pacientes Cássia, Cristina e Vaguimar e pela denegação da ordem quanto ao paciente José Rainha.

Petição dos impetrantes (fls. 772/790): aditamento à inicial para requerer: *a)* o recebimento desta como aditamento à petição de *habeas corpus* nº 0019320-31.2011.4.03.0000; *b)* a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de liminar, com a consequente expedição de alvará de soltura em nome do paciente José Rainha; *c)* alternativamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, contida no artigo 319 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011, salientando que o pedido já fora apreciado pelo juízo de primeira instância e indeferido.

Manifestação do MPF (fls. 793/793vº): reiteração do parecer de fls. 765/771vº, opinando pela denegação da ordem quanto ao paciente José Rainha Junior.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Anote-se,

a princípio que, tendo em vista o julgamento deste *mandamus*, o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar tem seu objeto exaurido, motivo pelo qual sua apreciação resta prejudicada.

No tocante à paciente *Kely Crisley Gazola*, observo que a própria impetrante noticiou que o juiz de primeira instância, ora autoridade coatora, revogou a prisão preventiva, concedendo a liberdade provisória em favor da mesma, independentemente do pagamento de fiança, mediante a imposição de determinadas medidas cautelares (fls. 749/758). Assim sendo, o pedido de revogação da prisão preventiva em relação a esta paciente perdeu o objeto, motivo pelo qual, nesse ponto, julgo *prejudicada* a presente impetração.

Presentes indícios de autoria e materialidade delitiva, passemos à análise da fundamentação do decreto cautelar. Para tal, transcrevo trecho da mencionada decisão (fls. 718/719vº - grifo nosso):

> "Os requisitos da prisão preventiva se fazem presentes.
> Trata-se de organização criminosa, destinada à apropriação de recursos públicos para o financiamento de projetos relacionados à reforma agrária, liderada por *José Rainha Juniur*, indivíduo que exerce forte liderança sobre os assentados ligados ao Movimento dos Sem Terra da região do Pontal do Paranapanema.
> *Conforme se extrai das conversações telefônicas interceptadas mediante autorização judicial, Rainha Juniur vem coordenando e orientando as ações de seu grupo, traçando estratégias, combinando falsas versões, selecionando pessoas de fora da comarca para serem arroladas como testemunhas de defesa, tudo visando dificultar a ação da Justiça e obter a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.*
> *Chama atenção o modo como afirma sua capacidade de reunir grande número de pessoas ligadas ao movimento dos Sem-Terra, para pressionar e ameaçar autoridades pertencentes a instituições legitimamente constituídas, fato que, se concretizado, representaria perigoso precedente, além de real e concreta tentativa de desestabilização do Estado Democrático de Direito.*
> *Há, portanto, a necessidade da segregação de José Rainha Juniur e seu grupo, para que não continuem em liberdade, tramando e conspirando contra as investigações criminais e a instrução processual.*
> *Ressalta dos autos a comprovação de indícios substanciais de autoria e materialidade do delito, a justificarem a segregação preventiva como medida hábil à necessidade de garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e a assegurar a aplicação da lei penal.*
> No caso concreto, a necessidade de garantia da ordem pública se encontra configurada pela habitualidade das condutas criminosas de apropriação de recursos públicos por grupo de pessoas com grande poder de estruturação, articulação e mobilidade, com intenso patrocínio de interesses privados em detrimento dos interesses públicos, inclusive profundamente arraigados em órgãos públicos, com reflexos danosos ao projeto de reforma agrária e à Administração, impondo-se reconhecer a adequação e oportunidade da prisão preventiva como medida assecuratória a desarticular todo o aparato material e humano formado para a prática dos delitos.

A conveniência da instrução criminal decorre da complexidade das condutas ilícitas praticadas, e que se encontra vinculada à estrutura criminosa articulada por muitos agentes, e com diversidade do modo de operação da prática delitiva.
Condições pessoais favoráveis como primariedade, atividade lícita, e residência fixa, não são razões suficientes para o afastamento da prisão preventiva, conquanto esteja a medida constritiva de liberdade fundamentada nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
Tal como descrito no Código de Processo Penal, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, desde que tenha um dos quatro requisitos: 1) garantia da ordem pública; 2) garantia da ordem econômica; 3) por conveniência da instrução criminal; 4) para assegurar a aplicação da lei penal.
Ante o exposto, acolho a representação do Ministério Público Federal e decreto a prisão preventiva, de JOSÉ RAINHA JÚNIUR, VAGUlMAR NUNES DA SILVA, KELY CRISLEY GAZOLA, CRISTINA DA SILVA e CÁSSIA MARIA ALVES DOS SANTOS, todos qualificados nos autos (fls. 342/345)".

No tocante aos pacientes *Kely Crisley Gazola*, *Cássia Maria Alves dos Santos*, *Cristina da Silva* e *Vaguimar Nunes da Silva*, assiste razão aos impetrantes pois, de fato, a decisão ora impugnada carece de fundamentação quanto à conduta dos mesmos, pois, como se observa da simples leitura do *decisum*, não há a necessária individualização, em relação a cada um deles, dos motivos pelos quais fora decretada a medida extrema, o que afronta o artigo 93, IX, da Constituição Federal e retira a validade desta decisão no que tange aos pacientes citados.

Nesse sentido, já decidiu esta c. Turma:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL: PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ARTIGO 93 IX DA CF. MESMA FUNDAMENTAÇÃO PARA TODOS SEM A NECESSÁRIA INDIVIDUALIZAÇÃO. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS. MEDIDA DE EXCEÇÃO. ALICIAMENTO DE PESSOAS NÃO IMPUTADO AO PACIENTE. *MODUS OPERANDI* DO GRUPO. PACIENTE NÃO ERA DETENTOR DE ACESSO AO SISTEMA INFORMATIZADO DA PREVIDÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DEVE FUNDAR-SE EM FATOS CONCRETOS QUE DEMONSTREM QUE A LIBERDADE DO ACUSADO REPRESENTA PERIGO REAL E CONCRETO PARA O DESENROLAR DA PERSECUÇÃO PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL OU DA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MAGNITUDE DA LESÃO. ELEMENTO QUE POR SI SÓ NÃO AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CPP.
I - É imprescindível que a prisão provisória seja decretada ou mantida com motivação válida e aliada a pelo menos um dos requisitos legalmente previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.
II - A prisão cautelar, tal qual a denúncia, exige a individualização dos seus fundamentos aos acusados, sob pena de não ser validamente ordenada.
III - A fundamentação expendida pela magistrada 'a quo' não pode subsistir, pois,

não há no decreto cautelar elementos que justifiquem, em relação ao paciente, a sua necessidade, tendo sido utilizada a mesma fundamentação para todos, sem a necessária individualização, em relação a cada um deles, dos fundamentos que ensejariam a custódia cautelar.

IV - A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos investigados em observância do disposto no artigo 93, IX da CF.

(...)

VII - A decisão acoimada de ilegalidade carece de motivação idônea pois não fundamenta de forma individualizada a necessidade da prisão em relação ao paciente, em desrespeito ao preceituado no artigo 93, IX, da CF, sendo manifesto o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente.

VIII - Conforme orientação pretoriana, em se tratando de imputação por crime de quadrilha, muitas vezes não é possível individualizar a função desempenhada em relação a cada um, bastando a descrição do fato em todas as suas circunstâncias. Todavia, no caso presente não se está a rejeitar a motivação feita de forma coletiva. O que se exige é que a motivação seja compatível com as condutas imputadas a cada um dos agentes, quando verificadas a periculosidade do agente, a gravidade do delito e sua repercussão no meio social, a forma de atuação com permanência e estabilidade e as condições pessoais em relação a cada um, o que não ocorreu.

IX - A Segunda Turma deste Egrégio Tribunal tem entendido que nos casos em que a prisão decorre de flagrante formalmente em ordem, efetuado de forma legítima, a ausência de fundamentação da decisão que mantém a segregação não conduz à soltura do preso por ser vício formal que pode ser sanado, dando-se prazo à autoridade impetrada para proferir nova decisão fundamentada.

X - Carecendo o decreto de prisão dos pacientes de suficiente motivação, falta-lhe validade, a evidenciar o constrangimento ilegal a que estão sendo submetidos.

XI - Ordem concedida para revogar a prisão cautelar do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de nova prisão devidamente fundamentada."

(HC nº 37671, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, DJF3: 12/11/09, p. 135 - grifo nosso).

Outrossim, no que tange ao Paciente *José Rainha Junior*, teço as seguintes ponderações:

Pela decisão acima, o Magistrado, em síntese, *apontou dois principais elementos* para decretar a prisão preventiva do paciente *José Rainha Junior*, quais sejam:

- o fato de o mesmo convidar testemunhas de defesa em seu favor, pessoalmente - sendo que algumas com domicílio em local distante dos fatos (Presidente Prudente - SP) - buscando, com isso a possibilidade de prescrição do processo penal;

- a comprovação de indícios substanciais de autoria e materialidade do delito de estelionato, objeto do processo penal em curso.

No que tange à *primeira fundamentação*, vejo que não há precedentes jurisprudenciais ou doutrinários que embasem tal entendimento, uma vez que a busca de testemunhas, pelo réu, ou por seu Advogado, integra-se na estrutura e perspectiva do Estado Democrático de Direito, particularmente quanto ao lídimo direito judicial de defesa.

Observo que a decisão não relatou ameaças à testemunhas, embaraços à instrução criminal, como ameaças de fuga, destruição de provas, fuga deliberada do local do crime, mudança voluntária de endereço a fim de não ser localizado, desaparecimento de evidências, ameaças ao órgão acusatório ou ao juiz do feito.

Nada disso constou da decisão invectivada. Isso sim, é matéria afeita à conveniência da instrução criminal.

A possibilidade de o acusado ir atrás de suas testemunhas, por modo próprio, não é algo vedado em nosso procedimento penal, ainda que tenha como objetivo a prescrição penal. Aliás, a prescrição penal é um instituto legítimo, não sendo considerado um outro delito.

O estranho seria o acusado ir atrás de provas contra si. Portanto, ainda que a busca de testemunhas de defesa tenha sido calcada em artimanhas, como na escolha das que residem em locais distantes, objetivando futura prescrição, isso por si só não se enquadra nas condições expostas do art. 312 do CPP, ou seja, não é razão particular e suficiente para a medida extrema da prisão cautelar.

Quanto à *segunda fundamentação* para o decreto prisional, ou seja, a comprovação de indícios substanciais de *autoria* e *materialidade* do delito de estelionato, já ocorre o contrário. A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores é farta no sentido contrário à decisão. A gravidade, ou não, do delito, em si, não pode ser razão para a prisão preventiva. Os pressupostos da medida extrema de privação preventiva da liberdade estão elencados no art. 312 do CPP, sendo apenas aqueles. Neste sentido:

> "CRIMINAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. CIRCUNSTÂNCIA SUBSUMIDA NO TIPO. MERAS CONJECTURAS E PROBABILIDADES DE REITERAÇÃO DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO.
> I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.
> II. Aspectos citados pelo decreto prisional e confirmados pelo acórdão recorrido que não se prestam para embasar a custódia cautelar do paciente para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, pois dissociados de situação concreta.
> III. *A comprovação da autoria da suposta prática delitiva e o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime atribuído ao paciente não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto*.
> IV. O fato de o paciente não ter sido encontrado para o cumprimento do mandado de prisão, o decreto prisional, carente de adequada e legal fundamentação, não pode legitimar-se com a posterior condição do réu de foragido da justiça, o qual não deve suportar, por esse motivo, o ônus de se recolher à prisão para impugnar a medida constritiva.
> V. Deve ser cassado o acórdão, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão

preventiva do paciente, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação, e sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. Expeça-se imediato contramandado de prisão em seu favor, ou alvará de soltura, se for o caso.
VI. Recurso provido, nos termos da fundamentação acima."
(STJ, Quinta Turma, RHC 29885 (2011/0057785-5), Relator Min. Gilson Dipp, DJe: 01/08/2011 - grifo nosso)

Nessa esteira, colho dos autos que o Paciente é tecnicamente primário (fls. 288/297), com domicílio certo (fl. 50), e que o delito em apreciação não possui natureza violenta, nada obstando que possa responder ao feito em liberdade.

É dedutível que o contato com testemunhas de defesa que o Paciente fez, seja com artimanhas ou não, só foi verificável por conta de escutas telefônicas oriundas de outro Processo a que responde. *Entretanto, ainda que preso*, nada impediria que seu Advogado assim o fizesse por ele, ou que terceiros assim agissem.

Em conclusão, hei por bem estender ao Paciente *José Rainha Juniur* o mesmo benefício outrora concedido, em sede de decisão liminar, aos corréus supracitados, pois que, se de um lado a conduta não foi individualizada para aqueles, para o ora paciente entendo não ter havido fundamentação a justificar a medida extrema, como acima explicitado.

Por fim, anoto que tal concessão não resultará na soltura de José Rainha, visto que o mesmo encontra-se preso por outro processo, sendo de meu conhecimento o processo de nº 0003316-13.2011.4.03.6112, em trâmite perante a 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP, no qual este responde pela suposta prática dos seguintes crimes: quadrilha, peculato, extorsão, apropriação e crime contra o meio ambiente.

Diante do exposto, *julgo prejudicada* a impetração em relação à paciente *Kely Crisley Gazola* e *concedo a ordem* para revogar a prisão preventiva e deferir a liberdade provisória aos pacientes *José Rainha Junior, Cássia Maria Alves dos Santos, Cristina da Silva e Vaguimar Nunes da Silva*, sem prejuízo de eventual decretação de nova prisão devidamente fundamentada. Comunique-se esta decisão ao juízo impetrado para que, oportunamente, expeça os respectivos alvarás de soltura clausulados.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

- Sobre revogação da prisão preventiva, por ausência dos pressupostos legais, veja também os seguintes julgados: HC 91.03.013280-3/SP, Relator Juiz Aricê Amaral, publicado na RTRF3R 7/265; HC 91.03.025834-3/SP, Relator Juiz Silveira Bueno, publicado na RTRF3R 8/198; HC 93.03.045845-1/SP, Relator Juiz Célio Benevides, publicado na RTRF 16/172; HC 94.03.049949-4/SP, Relator Juiz Sinval Antunes, publicado na RTRF3R 21/225; HC 95.03.104772-2/SP, Relatora Juíza Sylvia Steiner, publicado na RTRF3R 26/278; HC 95.03.027924-0/SP, Relator Juiz Sinval Antunes, publicado na RTRF3R 28/193; HC 96.03.030133-7/SP, Relatora Juíza Sylvia Steiner, publicado na RTRF3R 28/213; HC 96.03.033444-8/SP, Relator Juiz Aricê Amaral, publicado na RTRF3R 28/227; HC 96.03.052296-1/SP, Relator Juiz Célio Benevides, publicado na RTRF3R 29/219; HC 96.03.056376-5/MS, Relator Juiz Sinval Antunes, publicado na RTRF3R 30/295; HC 2000.03.00.014354-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicado na RTRF3R 69/311; HC 2002.03.00.032606-4/SP, Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 69/320; HC 2004.03.00.028235-5/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicado na RTRF3R 77/353; HC 2009.03.00.024456-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar, publicado na RTRF3R 97/365 e HC 2009.03.00.003607-0, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 99/376.

PETIÇÃO CRIMINAL
0020441-94.2011.4.03.0000
(2011.03.00.020441-5)

Requerente: POLÍCIA FEDERAL
Representante: GILBERTO JOSÉ PINHEIRO JUNIOR
Requerido: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Interessado: JORGE ABISSAMRA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: Pet 757
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/08/2011

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. REQUISIÇÃO, PELA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAÇÃO DE FATOS EM QUE SUPOSTAMENTE ENVOLVIDO PREFEITO MUNICIPAL, DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DESTE TRIBUNAL PARA A POLÍCIA FEDERAL DAR INÍCIO ÀS INVESTIGAÇÕES. RETORNO DOS AUTOS, CONFORME REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- O comando previsto no artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, oportunizando ao representante do Ministério Público requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito, encontra-se alinhado com as funções institucionais descritas no artigo 129 Constituição Federal, entre elas a de "*requisitar* diligências investigatórias e a *instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inciso VIII), ausente, em ambos os dispositivos, qualquer ressalva à apuração de delito atribuído a autoridade com prerrogativa de foro em razão do exercício de determinada função pública.

- Especialmente em se tratando de apuratório preliminar contra prefeito municipal - em que, diferentemente das hipóteses nas quais envolvidos membros da Magistratura e do Ministério Público, que só podem ser investigados criminalmente pela respectiva instituição (LOMAN, artigo 33, parágrafo único; Lei Complementar 75/93, artigo 18, parágrafo único), inexiste disposição expressa em igual sentido, restando, unicamente, os ditames da Lei 8.038/90, que não trata da fase pré-processual -, o controle judicial desenvolvido em seu bojo é circunstancial, exigindo-se atividade do Relator somente quando inevitável deliberar sobre atos que imponham maior gravame ao investigado (medidas de natureza cautelar, em regra), jamais, contudo, dando ensejo à imprescindibilidade de pronunciamento unilateral, ou mesmo do órgão colegiado a que compete originariamente o processamento do feito, acerca da requisição ministerial de instauração do inquérito policial.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de há muito se orienta no sentido de que a prerrogativa de função ostentada "não obsta a prática de atos de investigação a serem promovidos pela autoridade policial, quando requisitados por membro do Ministério Público com atuação perante o Tribunal competente para processar e julgar eventual ação penal originária, sob pena de inviabilizar a adoção das medidas pré-processuais de persecução penal, no âmbito do procedimento

investigatório em curso perante o órgão judiciário competente" (HC 35.996/RJ, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 6.12.2004).
- Os precedentes tirados das decisões plenárias tomadas em 10 de outubro de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal não têm a extensão sugerida na manifestação do Departamento de Polícia Federal, a ponto de impor que a instauração de inquérito pela polícia judiciária, em atendimento a requisição de membro do Ministério Público atuante perante o Tribunal originariamente competente para o julgamento da ação penal, passe pelo juízo prévio da Corte, sempre que se estiver diante de investigação conduzida para apuração de fatos em que demonstrado o envolvimento de agente detentor de prerrogativa de foro.
- O tema objeto de discussão, tanto na conclusão do julgamento da Questão de Ordem na Petição 3.825-8/MT ("Escândalo do Dossiê", rel. Ministro Sepúlveda Pertence, maioria de votos, red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, divulgação no DJe de 3.4.2008) quanto na apreciação da Questão de Ordem no Inquérito 2.411-2/MT ("Operação Sanguessuga", rel. Ministro Gilmar Mendes, maioria de votos, divulgação no DJe de 25.4.2008), originou-se do indiciamento, levado a efeito diretamente pela autoridade policial, de congressistas detentores de prerrogativa de foro (CF, artigo 102, I, *b*), alcançando, por conseguinte, a própria iniciativa do procedimento investigatório pela polícia em desfavor de autoridades submetidas à competência do STF, sem infirmar, porém, o poder conferido irrestritamente ao órgão ministerial de requisitar diretamente à polícia a abertura de inquérito.
- A alusão à imprescindibilidade de supervisão pelo Relator, quando tomada a iniciativa do procedimento investigatório pelo Ministério Público, volta-se ao obrigatório controle jurisdicional que, no mais das vezes, difere-se para o momento do eventual oferecimento da denúncia ou promoção de arquivamento, principalmente na vigência da Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Federal.
- Tratando-se de prerrogativa de foro *ratione personae*, atuando, o Relator do inquérito, com os mesmos poderes atribuídos ao juiz singular de primeira instância, cumpre-lhe, salvo caso de deliberar sobre medidas que dependam de autorização judicial, supervisar a observância das regras procedimentais estabelecidas para o momento, com a perspectiva de encaminhar a formalização da relação processual sem que reste qualquer pendência, bem como embargar abusos eventualmente cometidos no curso da investigação, inclusive para fins de responsabilização dos agentes que porventura tenham ultrapassado a barreira da legalidade, atribuições que em nada se misturam com a pretendida permissão de licença para encetar-se investigação preliminar à persecução penal em juízo.
- Questão de ordem acolhida para determinar a devolução dos autos à autoridade policial representante, a fim de que seja instaurado inquérito, em atendimento ao requerido pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região.

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, determinar a devolução dos autos à autoridade policial representante, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Mairan Maia, Alda Basto, Carlos Muta, Consuelo Yoshida

(convocada para compor quórum), Johonsom di Salvo (convocado para compor quórum, por fundamentação diversa), Nelton dos Santos (convocado para compor quórum, por fundamentação diversa), Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Márcio Moraes (por fundamentação diversa), Diva Malerbi, Baptista Pereira (por fundamentação diversa), Suzana Camargo, Newton De Lucca, Fábio Prieto (pela conclusão), Cecília Marcondes e André Nabarrete (Presidente em exercício).

São Paulo, 10 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Ofício encaminhado pela Corregedoria Regional da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo à E. Presidência desta Corte, a mim distribuído no âmbito deste Órgão Especial, dá conta do seguinte (fl. 02):

> "Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Presidente,
> Através do presente, de ordem do Ilmo. Sr. Superintendente Regional da Polícia Federal em São Paulo, encaminho a V. Exa. o Ofício PRR-3ª Região nº 1992/2011, subscrito pela Exma. Sra. Procuradora Regional da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, e expediente a ele anexado, o qual versa sobre requisição de instauração de inquérito policial para investigar, em tese, 'irregularidades consistentes na ausência de prestação de contas em convênio de verba federal realizado com o Município de FERRAZ DE VASCONCELOS/SP', envolvendo, em princípio, o atual Prefeito da Cidade, JORGE ABISSAMRA.
> Por se tratar de suposto delito praticado em detrimento de interesse da União Federal, a Autoridade mencionada tem foro por prerrogativa de função perante essa Egrégia Corte.
> Ocorre que, no que tange à abertura de inquéritos policiais para a investigação de atos de detentores de foro privilegiado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu a necessidade de que haja autorização, no que tange às autoridades com foro naquela Corte, já para a abertura do procedimento (Petição na Questão de Ordem nº 3.825/MT; Questão de Ordem no Inquérito nº 2411).
> Conforme restou disposto na Ementa da Questão de Ordem nº 3.825/MT:
> 'No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/90, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*.'
> Por simetria, a exigência de prévia autorização para investigar se estenderia para toda a investigação contra agentes públicos que detêm foro por prerrogativa de função em Tribunais a cuja jurisdição tais autoridades se achem sujeitas.
> Assim sendo, e a fim de evitar eventual questionamento de vício de origem nas investigações, não obstante tratar-se de requisição de órgão do Ministério Público que atua perante esse Tribunal, é o caso de se obter a prévia autorização dessa Corte para a abertura de inquérito policial requisitada, objeto do ofício que ora se encaminha.

Solicita-se, assim, manifestação dessa Egrégia Corte a respeito do tema suscitado, ficando esta Superintendência Regional no aguardo de autorização para dar início às investigações.
Atenciosamente,
GILBERTO JOSÉ PINHEIRO JUNIOR
Delegado de Polícia Federal
Corregedor Regional em Exercício"

Aberta vista ao Ministério Público Federal, sobreveio manifestação (fls. 111/120) no sentido de que "as razões apresentadas pelo Delegado Corregedor Regional em Exercício da Polícia Federal não se coadunam com as disposições constitucionais e muito menos com a jurisprudência da Suprema Corte".

Alega-se que "tendo esta Procuradora Regional da República signatária verificado a presença de indícios de ilicitudes por parte do Prefeito Municipal de Ferraz de Vasconcelos, vindo a requisitar a instauração de INQUÉRITO POLICIAL à Superintendência da Polícia Federal, *não há razões que justifiquem que o Órgão Judicial seja instado a se manifestar deferindo, ou não, a AUTORIZAÇÃO requerida*", ou seja, "a REQUISIÇÃO feita por essa signatária à Autoridade policial não está atrelada à autorização desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para que seja INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL, e para que se possa dar início às investigações de atos eventualmente ilícitos, praticados, em tese, por JORGE ABISSAMRA, detentor de foro privilegiado perante esse Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região", pois, afinal, "o Ministério Público é o destinatário precípuo dos elementos colhidos em sede de inquérito policial, não cabendo ao Judiciário intervir nessa fase pré-processual, que envolve caso de competência originária de Tribunal, salvo nas hipóteses em que venha a ocorrer prisão cautelar, medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais, etc., ou quando a lei federal especial estabelecer o contrário, como é o caso da Lei Orgânica da Magistratura".

Que a nova sistemática da tramitação direta dos inquéritos, na forma regulada pela Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Federal, "veio ao encontro dos anseios da sociedade, que há tempos espera por uma Justiça mais célere e eficaz"; "adotada inclusive nos casos em que o suposto acusado detém foro com prerrogativa de função, *vem a demonstrar a impropriedade da solicitação feita*".

Que, "diferentemente do destacado pela Corregedoria, na Questão de Ordem nº 3825/MT não restou sedimentado que a instauração de inquérito, em que se vislumbre o envolvimento de titular de prerrogativa de foro no DTF, depende de autorização do Juízo competente. Na verdade, restou certo que a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, 'nos inquéritos policiais federais em geral, não cabe ao juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro' - 'A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF, contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF'".

Conclusão: "Diante do exposto, a fim de se evitar qualquer mácula de origem na deflagração do procedimento investigatório, o Ministério Público Federal requer *a devolução dos autos à D. Autoridade Policial representante*, para que seja instaurado INQUÉRITO POLICIAL, dando início às apurações pela suposta prática de delitos pelo Prefeito Municipal JORGE ABISSAMRA, nos termos em que requereu este membro Ministerial no Ofício nº 1992/2011".

Porque compete ao Relator "submeter ao Plenário, à Seção, à Turma ou aos respectivos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos feitos", trago o processo em mesa para julgamento, a teor do disposto no artigo 33, inciso III, do Regimento Interno desta Casa.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Com razão, a Procuradoria Regional da República, ao sustentar a desnecessidade de autorização prévia desta Corte para abertura de inquérito policial com o fim de investigar eventuais irregularidades em convênio firmado com o Fundo Nacional de Saúde, supostamente cometidas no âmbito da Prefeitura de Ferraz de Vasconcelos.

O comando previsto no artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, oportunizando ao representante do Ministério Público requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito, encontra-se alinhado com o texto da Constituição Federal, que explicita, entre as funções institucionais descritas no rol do artigo 129, "requisitar diligências investigatórias e a *instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inciso VIII), ausente, em ambos os dispositivos, qualquer ressalva à apuração de delito atribuído a autoridade com prerrogativa de foro em razão do exercício de determinada função pública.

Especialmente em se tratando de apuratório preliminar contra prefeito municipal - em que, diferentemente das hipóteses nas quais envolvidos membros da Magistratura e do Ministério Público, que só podem ser investigados criminalmente pela respectiva instituição (LOMAN, artigo 33, parágrafo único; Lei Complementar 75/93, artigo 18, parágrafo único), inexiste disposição expressa em igual sentido, restando, unicamente, os ditames da Lei 8.038/90, que, a seu turno, como apontado na própria manifestação ministerial, "não trata da fase pré-processual, ou seja, não trata da investigação que se realiza antes da apresentação da denúncia ou promoção de arquivamento" (fl. 113) -, o controle judicial desenvolvido em seu bojo, conforme a Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Federal veio apenas chancelar, é mesmo circunstancial.

Com efeito, exige-se, nesse ínterim, atividade do Relator somente quando inevitável deliberar sobre atos próprios a essa fase que imponham maior gravame ao investigado, sujeitos à reserva jurisdicional, como quebra de sigilo, busca e apreensão, decretação de prisão e outras medidas de natureza cautelar, jamais, contudo, dando ensejo à imprescindibilidade de pronunciamento unilateral, ou mesmo do órgão colegiado a que compete originariamente processar e julgar a ação penal, acerca da requisição ministerial de instauração do inquérito policial.

De há muito o Superior Tribunal de Justiça tem proferido decisões sobre o assunto, consoante se observa das ementas abaixo transcritas, sempre pela dispensa de autorização do Tribunal em casos tais, valendo os destaques:

> "*HABEAS CORPUS*. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL. DL 201/67. ALEGADA DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO

PÚBLICO. MATÉRIA QUE AINDA SE ACHA SUBMETIDA AO CRIVO DO PLENO DO COLENDO STF. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE QUE ADMITE A POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO INSTAURAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATIVO OU CONDUZIR DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS, VEDADA A PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL PROPRIAMENTE DITO. SÚMULA 234/STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. O poder de o Ministério Público realizar Inquérito Civil Público (ICP) visando à colheita de elementos indiciários para instruir a ulterior promoção de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa é espécie jurídica sobre a qual não pendem dúvidas, mas esses mesmos elementos não são diretamente prestantes para o oferecimento de denúncia criminal, porque importaria na admissão do amplo poder investigatório penal do MP, matéria da maior relevância jurídica que ainda se acha sob o crivo do colendo STF, a cujo Pleno está afeta a sua pacificação, tendo em vista dissídio pretoriano instaurado entre as suas doutas Turmas.

2. Esta Corte, todavia, tem adotado o entendimento de que é possível ao Ministério Público, como titular da Ação Penal, instaurar procedimento administrativo para colher informações e indícios da prática de crimes, objetivando o oferecimento de posterior denúncia, sendo-lhe defeso, porém inaugurar e presidir o Inquérito Policial; a participação de membro do MP na fase investigatória criminal não acarreta impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia (Súmula 234/STJ).

3. No caso dos autos, o MP instaurou Procedimento Administrativo Preliminar com base em representação de Vereadores do Município de Porto Walter/AC, a fim de propor ulterior Ação Civil Pública contra o Prefeito Municipal; ao depois, o representante do *Parquet* Federal requisitou diretamente à Delegacia de Polícia Federal em Cruzeiro do Sul/AC a abertura de IPL para apurar indícios de outros ilícitos eventualmente cometidos na administração municipal de Porto Walter/AC, quando é certo que o Prefeito Municipal detém a prerrogativa de foro em razão da função pública, ao meu ver, inclusive na fase pré-processual ou de investigação.

4. Entretanto, *esta Corte, em mais de uma oportunidade, entendeu ser desnecessária a prévia autorização do Tribunal competente para se requisitar a instauração de Inquérito Policial contra autoridade pública detentora de foro privilegiado, por inexistir diploma legal a exigir tal medida; razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, a fim de declarar a validade do procedimento investigatório iniciado sem autorização do Tribunal a quo*.

5. *Habeas Corpus* denegado, em conformidade com o parecer ministerial, com a ressalva do ponto de vista do Relator, forte em que as atividades de investigação de ilícitos não cabem nas atribuições do MP."

(HC 171.116/AC, 5ª Turma, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 16.11.2010)

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. *PREFEITO. CRIME PREVISTO NO DECRETO-LEI Nº 201/67. INSTAURAÇÃO E PROCESSAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA.* INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PELA AUTORIDADE POLICIAL LOCAL E DEVIDAMENTE

REMETIDO AO TRIBUNAL ESTADUAL, EM VIRTUDE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO INVESTIGADO. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO DE PREFEITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.
1. O inquérito policial instaurado pela Autoridade Policial contra o ora Paciente, Prefeito do Município de Barra de São Miguel/PB, para a apuração da suposta prática do delito tipificado no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, restou devidamente encaminhado para o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em razão da prerrogativa de função do investigado, inexistindo, pois, qualquer usurpação de sua competência.
2. A decisão que determina o afastamento do Prefeito de seu cargo deve ser concretamente fundamentada, a teor do art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, já que não é conseqüência obrigatória do recebimento da denúncia. Precedentes desta Corte.
3. No caso, não restou justificado, com dados válidos e concretos do processo, a necessidade do afastamento do Paciente, vislumbrando, dessa forma, a ilegalidade na imposição da medida.
4. Tendo sido devidamente intimado para a sessão de julgamento, a ausência do Defensor constituído não acarreta qualquer nulidade processual, ainda mais porque, conforme o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.038/90, na sessão que delibera sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa ou a improcedência da acusação, a sustentação oral das partes é mera faculdade. Tanto que não se faz obrigatória a nomeação de defensor *ad hoc*. Precedente do STF.
5. Ordem concedida parcialmente tão-somente para determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos da notícia crime nº 999.2005.000623-1/001, relativamente ao afastamento do Paciente do cargo de Prefeito do Município de Barra de São Miguel/PB, até o trânsito em julgado da referida ação."
(HC 87.342/PB, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 25.2.2008)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO POR REQUISIÇÃO DA CHEFIA DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA.* PECULATO. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). *PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.* ORDEM DENEGADA.
1. Em sede de *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, quando desponta induvidosamente a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame.
2. Ademais, não caracteriza constrangimento ilegal a simples instauração de inquérito policial destinado a apurar fatos em tese delituosos.
3. Por outro lado, *a prerrogativa de função ostentada pelo paciente não obsta a prática de atos de investigação a serem promovidos pela autoridade policial, quando requisitados por membro do Ministério Público com atuação perante o Tribunal competente para processar e julgar eventual ação penal originária, sob*

pena de inviabilizar a adoção das medidas pré-processuais de persecução penal, no âmbito do procedimento investigatório em curso perante o órgão judiciário competente.
4. Por fim, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, '(...) A competência originária para o processo e julgamento de crime resultante de desvio, em repartição estadual, de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde - SUS, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal' (RE 196.982/PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 27/6/1997, p. 30.247), pois, '(...) Além do interesse inequívoco da União, na espécie, em se cogitando de recursos repassados ao Estado, os crimes, no caso, são também em detrimento de serviços federais, pois a estes incumbe não só a distribuição dos recursos, mas ainda a supervisão de sua regular aplicação, inclusive com auditorias no plano dos Estados' (RE 196.982/PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 27/6/1997, p. 30.247).
5. Ordem denegada."
(HC 35.996/RJ, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 6.12.2004)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. *COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO. REQUISIÇÃO DE INQUÉRITO PELO MP.*
Como não se trata, aqui, de magistrados e nem de membros do Ministério Público, o relator, in casu, atua como o juiz em relação a inquérito policial em casos em que a competência não é originária. Recurso provido."
(REsp 236.724/CE, 5ª Turma, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 4.6.2001)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS. PREFEITO. PRERROGATIVA DE FORO. REQUISIÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. VIABILIDADE*.
- A requisição de inquérito policial, por promotor de justiça, para apurar infração penal irrogada a Prefeito Municipal, não interfere com a prerrogativa de foro de que ele goza por preceptivo constitucional. A instauração da ação penal é que somente deverá ser formulada por órgão ministerial com atribuição junto ao Tribunal de Justiça Estadual ou ao Tribunal Regional Federal, conforme o caso, que o julgará (CF art. 29, inc. X).
- De outra parte, não deve ele submeter-se à inquirição por autoridade policial.
- Recurso conhecido e desprovido."
(RHC 8.038/MT, 5ª Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 18.12.1998)

Nesse sentido, outrossim, a orientação doutrinária, consubstanciada na anotação de Damásio de Jesus: "*Crime de Prefeito - O inquérito policial pode ser requisitado pelo Ministério Público* (JTJ 221/335)" (*Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo, Saraiva, 2010, 24ª edição, p. 34).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as conclusões tiradas dos precedentes indicados na manifestação apresentada pelo Departamento de Polícia Federal, com a devida *venia*, não têm a extensão sugerida, não, a ponto de impor que a instauração de inquérito pela polícia judiciária, em atendimento a requisição de membro do *Parquet* atuante perante o Tribunal originariamente competente para o processo-crime propriamente dito,

passe pelo juízo prévio da Corte, sempre que se estiver diante de investigação conduzida para apuração de fatos em que demonstrado o envolvimento de agente sob jurisdição específica.

Primeiro, porque impossível ignorar, como reafirmado em pronunciamentos externados no próprio Pretório Excelso, que a irretocável atribuição do Ministério Público de requisitar a instauração de inquéritos policiais deve ser exercida livremente de qualquer sujeição, ou, melhor dizendo, "(...) Entre as funções institucionais que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público, está a de requisitar a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). *Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, diretamente, aos órgãos policiais competentes*. Mas não a esta Corte Suprema. Por ela podem tramitar, entre outras demandas, ação penal contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. Mas não inquéritos policiais. Esses tramitam perante os órgãos da Polícia Federal. *Eventuais diligências, requeridas no contexto de uma investigação contra membros do Congresso Nacional, podem e devem, sim, ser requeridas perante esta Corte, que é o juiz natural dos parlamentares federais, como é o caso da quebra do sigilo fiscal*. Mas o inquérito tramita perante aqueles órgãos policiais e não perante o Supremo Tribunal Federal. Não parece razoável admitir que um ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. Não há confundir investigação, de natureza penal, quando envolvido um parlamentar, com aquela que envolve um membro do Poder Judiciário. No caso deste último, havendo indícios da prática de crime, os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga a investigação. É o que determina o art. 33, § único da LOMAN. Mas quando se trata de parlamentar federal, a investigação prossegue perante a autoridade policial federal. Apenas a ação penal é que tramita no Supremo Tribunal Federal. Disso resulta que não pode ser atendido o pedido de instauração de inquérito policial originário perante esta Corte. (...)" (Petição 3.248, rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 23.11.2004).

A esse respeito, de igual modo, "*Não cabe a esta Corte 'determinar' a instauração de inquérito policial para apuração de crime de ação pública incondicionada*, ressalvados aqueles praticados no âmbito da própria Corte e que possam dizer respeito ao exercício de sua própria competência, constitucional ou legal (RISTF, art. 8º, inciso IV). Aliás, o próprio § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal, invocado pelo autor deste procedimento como fundamento jurídico de sua pretensão, diz expressamente que a comunicação de crime de ação pública far-se-á à 'autoridade policial'. Anote-se, outrossim, que conforme assentado pelo Pleno da Corte na PET nº 2805 - AgR (Rel. Min. Nelson Jobim), a intervenção desta Corte é especialmente descabida quando a mesma notícia crime foi (ou pode ser) diretamente encaminhada ao Ministério Público, tendo 'a apresentação da mesma neste Tribunal a finalidade de causar repercussão (...) eleitoral" (Inquérito 2.285, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ de 13.3.2006).

No mais, exame das referidas decisões plenárias tomadas em 10 de outubro de 2007 revela, de fato, que o tema objeto de discussão, tanto na conclusão do julgamento da Questão de Ordem na Petição 3.825-8/MT ("Escândalo do Dossiê", rel. Ministro Sepúlveda Pertence, maioria de votos, red. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, divulgação no DJe de 3.4.2008) quanto na apreciação da Questão de Ordem no Inquérito 2.411-2/MT ("Operação Sanguessuga", rel. Ministro Gilmar Mendes, maioria de votos, divulgação no

DJe de 25.4.2008), originou-se do indiciamento, levado a efeito diretamente pela autoridade policial, de congressistas detentores de prerrogativa de foro, a teor do disposto no artigo 102, I, *b*, da Constituição da República, alcançando, por conseguinte, a própria iniciativa do procedimento investigatório pela polícia em desfavor de autoridades submetidas à competência do STF, jamais, contudo, infirmando-se a abertura de inquérito a pedido do Ministério Público.

À guisa de ilustração, no primeiro caso, como consta do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, "houve indiciamento de Senador da República por ato de Delegado da Polícia Federal. *Em síntese, discute-se, nestes autos, se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o STF*"; "Em outras palavras, *questiona-se se, nessa hipótese excepcional de feitos persecutórios instaurados perante este Tribunal Constitucional, o procedimento de investigação pode ser aberto e conduzido por autoridade policial"*.

No segundo julgado, igualmente parafraseando o pronunciamento de Sua Excelência, agora na condição de Relator, conquanto o inquérito tenha sido "aberto de forma regular", daí que "a questão de ordem diz respeito ao próprio indiciamento, que foi objeto também de outra discussão no caso da PET nº 3.825, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence", "como esta questão está associada a outras práticas aqui referidas, *especialmente a da abertura de investigação pela própria autoridade policial*", repetiram-se os pontos sob análise: "A questão de ordem colocada aqui foi o indiciamento feito pela própria autoridade policial a partir de uma investigação solicitada pelo Ministério Público. Essa foi a questão colocada e, obviamente, eu a estou resolvendo no sentido da anulação da decisão quanto ao indiciamento"; "A outra questão, que inclusive tem argumentos aqui nesse sentido, é da *própria Polícia Federal abrir inquérito quanto a detentores de prerrogativa de foro. Essa seria a alternativa que vem sendo advogada inclusive pela própria polícia. Se nós deferirmos isso, estaremos criando um procedimento paralelo àquele da Lei nº 8.038*".

A corroborar que em momento algum, ao menos segundo o juízo que faço, esteve-se a questionar o poder conferido irrestritamente ao Ministério Público nos moldes do disposto nos artigos 129, inciso VIII, da Constituição Federal, e 5º, inciso II, do Código de Processo Penal - perfilhou-se, até mesmo, conforme intervenção do Ministro Cezar Peluso nos debates lá travados por ocasião da segunda questão de ordem, que *"O Ministério Público, por conseqüência, pode pedir diretamente à autoridade policial a abertura de inquérito, sem passar pelo Supremo"* -, trago à colação os fundamentos majoritariamente encampados (acompanharam o Senhor Relator os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello):

> "Para o caso específico da apreciação das questões incidentes nos *inquéritos originários*, invoco o precedente firmado no julgamento da RCL nº 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cézar Peluso, Rel. Originário Min. Carlos Velloso (DJ de 05.08.2005). Nesse julgado, o Plenário, por maioria, assegurou a necessidade de garantia da competência do STF para, nos termos do art. 102, I, 'b', fazer incidir o foro por prerrogativa de função com relação a parlamentares sempre que intimados com o objetivo de esclarecerem imputação, ao menos em tese, criminosa, na condição de investigado e/ou testemunha. Eis o teor da Emenda desse julgado:

'EMENTA: COMPETÊNCIA. Parlamentar. Senador. Inquérito policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha. Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo. Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado' (RCL nº 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Plenário, por maioria, DJ de 05.08.2005).

Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à 'supervisão judicial' (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo) sejam retiradas do controle judicial do STF.

Fixadas essas premissas, observa-se que é justamente por isso que está consagrada, em nosso sistema constitucional, a instituição da prerrogativa de foro. Além de estar destinada a evitar o que poderia ser definido como uma tática de guerrilha - nada republicana, diga-se - perante os vários juízos de primeiro grau, tal prerrogativa funcional serve para que os dirigentes das principais instituições públicas sejam julgados perante órgão colegiado - dotado de maior independência, pluralidade de visões e de inequívoca seriedade.

Trata-se de uma questão intimamente impregnada por elementos constitucionais que devem nortear políticas públicas criminais destinadas a esses agentes.

Daí o porquê da urgência da discussão das atribuições e competências no caso de investigação de supostos crimes cometidos por pessoas detentoras de prerrogativa de foro em sede de inquérito originário perante este STF.

Portanto, há de se fazer a devida distinção entre os inquéritos originários, a cargo e competência desta Corte (CF, art. 102), e aqueloutros de natureza tipicamente policial, os quais se regulam inteiramente pela legislação processual penal brasileira.

Sobre esse aspecto, assim manifestou-se o Procurador-Geral em seu parecer:

'6. O foro por prerrogativa de função tem justificativa na necessidade de assegurar garantias aos titulares de certos e determinados cargos, cuja importância é definida na Constituição, para que possam exercer em plenitude as atribuições que lhe são cometidas. O elementos de referência para o estabelecimento da garantia não é a pessoa que o titulariza em determinado momento, mas sim o plexo de atribuições do cargo.

7. *Permitir que o procedimento de investigação predisposto à colheita de elementos probatórios, que suportarão eventual imputação penal contra titular de cargo a que se assegura foro especial, possa ser aberto por autoridade policial que integra o Departamento de Polícia Federal, e é órgão integrante da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, certamente enfraquece a garantia que a Constituição consagra*' - (fl. 128).

O despacho que admite o pedido diretamente apresentado pelo Procurador-Geral da República corresponde a ato judicial de natureza administrativa que imputa determinação procedimental de abertura de inquérito no âmbito desta Corte, o qual deve ser aqui autuado e numerado nos termos dos arts. 55, XIV; 56, V; e 231 do RI/STF.

A urgência dessa definição deve-se à exigência constitucional de evitar eventuais excessos por parte da Polícia Judiciária no sentido de se vislumbrar - conforme

> no excerto do ofício acima transcrito -, inclusive, e *independentemente do controle jurisdicional deste Tribunal, a pretensão jurídica de instauração, 'ex officio', dos referidos inquéritos originários.*
> Assim, a discussão acerca dessa possibilidade não é uma mera formulação hipotética. Daí a necessidade de definição das competências constitucionais dos relatores desta Suprema Corte nos inquéritos originários.
> Segundo a manifestação do Procurador-Geral da República, *a iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator desta Corte.*
> *Nesse contexto, a Polícia Federal não estaria autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF).*
> Diante do exposto e na linha dos precedentes arrolados, voto no sentido de que a questão de ordem ora apreciada seja resolvida nos seguintes termos: no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, 'b' c/c Lei nº 8.038/90, art. 2º), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*).
> Nestes termos, na linha do parecer da PGR voto no sentido de que a questão de ordem seja resolvida para anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado."

Daí que, conforme deduzido na alentada manifestação ministerial, "se paralelismo há, é no sentido de que não pode a Autoridade Policial, de ofício, instaurar Inquérito Policial para apurar conduta praticada por Prefeito Municipal eis que tal ato depende de *requisição* de membro do Ministério Público Federal, competente para tanto" (fl. 120).

De resto, longe de representar novidade no sistema, nem ao menos se confundindo com autorização prévia para instauração de inquérito, a alusão à imprescindibilidade de supervisão pelo Relator, quando tomada a iniciativa do procedimento investigatório pelo Ministério Público - na Suprema Corte, atribuída ao Procurador-Geral da República; neste Regional, decorrente da atuação dos Procuradores Regionais da República integrantes do Núcleo do Órgão Especial -, volta-se ao obrigatório controle jurisdicional que, no mais das vezes, difere-se para o momento do eventual oferecimento da denúncia ou promoção de arquivamento, mormente agora no *regime da tramitação direta*, cuja meta "é a agilização dos trabalhos, uma vez que a participação do juiz, na maioria das vezes, é pró-forma, sem qualquer relevo prático" (Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2009, 9ª edição, p. 105).

A esse propósito, bem assim, "não há dúvidas de que toda a investigação policial deve ser fiscalizada pelo Ministério Público e supervisionada pela Corte Superior de Justiça ou Tribunal competente. Contudo, 'autorizar' cada ato da autoridade policial é exigência incompatível com a independência dos poderes, pois não há vinculação hierárquica do Poder Executivo, por seus órgãos de polícia judiciária, ao Poder Judiciário. *O ato de 'supervisionar', por óbvio, pressupõe a prática de um ato que é posteriormente, e no prazo legal, submetido a quem de direito, no caso, à apreciação judicial, e corresponde ao melhor direito. (...) O ato de 'supervisionar' pressupõe um ato que foi praticado (noção*

de posterioridade do controle), enquanto que o ato de 'autorizar' pressupõe a sua não-prática, ou impedimento para um ato comissivo, enquanto não for chancelado o pedido pelo órgão competente legalmente: é anterior ao ato que se busca concretizar (noção de controle prévio, anterioridade), inaplicável ao contexto de uma polícia com atribuição constitucional investigativa e não condicionada" (Rodrigo Carneiro Gomes, "As prerrogativas processuais na investigação policial: detentores de prerrogativa de função, competência originária dos Tribunais e garantias", *Revista dos Tribunais*, vol. 883, maio/2009, pp. 405-435).

De regra, mesmo nos inquéritos comuns, que não se processam sob foro especial, a participação do juiz na fase pré-processual é limitada. Do magistrado, remarque-se, são exigidas decisões sobre medidas que dependam essencialmente de autorização judicial, as quais não se confundem com atividades propriamente investigativas reservadas à autoridade policial com o acompanhamento direto do Ministério Público. Mais do que tudo, a atuação jurisdicional nessa fase é medida de proteção do investigado, para que sejam respeitados seus direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro juiz *garante* ou *de garantias*, órgão suprapartes.

Tratando-se de prerrogativa de foro *ratione personae*, atuando, o Relator designado, na apuração conduzida pela polícia judiciária e fiscalizada pelo órgão destinatário dos elementos produzidos, com os mesmos poderes atribuídos ao juiz singular de primeira instância, cumpre-lhe, semelhantemente, salvo se necessário deliberar sobre medidas que dependam de autorização judicial, supervisar a observância das regras procedimentais estabelecidas para o momento, com a perspectiva de encaminhar a formalização da relação processual sem que reste qualquer pendência, bem como embargar abusos eventualmente cometidos no curso da investigação, inclusive para fins de responsabilização dos agentes que porventura tenham ultrapassado a barreira da legalidade.

A valer, esse leque todo de atribuições em nada se mistura com a pretendida permissão de licença para encetar-se investigação preliminar à persecução penal em juízo, mesmo porque "não cabe, em regra, ao Poder Judiciário, substituindo-se, indevidamente, ao membro do Ministério Público, formular juízo em torno da necessidade, ou não, da adoção de medidas preparatórias repudiadas indispensáveis, pelo 'dominus litis', à formação de sua convicção a propósito da ocorrência de determinada infração penal" (STF, Inquérito 2.041/MG, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 6.10.2003).

Dito isso tudo, proponho a este Órgão Especial, na forma da fundamentação *supra*, e nos exatos termos da manifestação de fls. 111/120, a devolução dos presentes autos à autoridade policial representante, "para que seja instaurado INQUÉRITO POLICIAL, dando início às apurações pela suposta prática de delitos pelo Prefeito Municipal JORGE ABISSAMRA, nos termos em que requereu este membro Ministerial no Ofício nº 1992/2011".

Dê-se ciência à Procuradoria Regional da República da 3ª Região.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

- Sobre a prerrogativa de função não obstar a prática de atos de investigação a serem promovidos pela autoridade policial, quando requisitados por membro do Ministério Público, veja também o artigo doutrinário "Ação Penal Originária. Apontamentos. Reflexões", de autoria da Desembargadora Federal Therezinha Astolphi Cazerta, publicado na RTRF3R 80/9.

DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000458-29.1999.4.03.6112
(1999.61.12.000458-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: LAURINDO DE LIMA E CIA. LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO
Classe do Processo: AMS 194303
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO PIS. FINSOCIAL. SIMPLES (LEI Nº 9.317/96). POSSIBILIDADE. CND. ART. 206, CTN.
I - Superada a questão da inconstitucionalidade do PIS e do FINSOCIAL à vista do assentado pelo Colendo STF.
II - Plenamente possível a compensação do PIS e FINSOCIAL com parcelas do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), vez que tais exações fazem parte do recolhimento mensal em regime tributário especial, "ex vi" dos arts. 3º e 23 da Lei nº 9.317/96.
III - Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de novembro de 2008.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora): Trata-se de *apelação* em *Mandado de Segurança* impetrado por *LAURINDO DE LIMA E CIA. LTDA.* em face da *UNIÃO FEDERAL* (Delegado da Receita Federal em Adamantina - SP), objetivando a expedição de Certidão Negativa de Débito sem qualquer restrição. Alega que com o julgamento de inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL e do PIS RECEITA OPERACIONAL BRUTA, a empresa intentou duas ações judiciais, obtendo o direito à compensação, procedendo-a. Com o advento da Lei nº 9.317/96 (lei do SIMPLES), procedeu à compensação através de Guia de arrecadação do SIMPLES, observando as alíquotas do PIS e da COFINS. Contudo, foi-lhe denegada a expedição de CND, ao fundamento de que mesmo ao amparo de decisão judicial, esta não alcançaria o SIMPLES, devendo-se restringir ao PIS e COFINS.

Deferida a medida *initio litis*, sobreveio sentença concessiva da segurança para a expedição da CND, nos termos do art. 205 do CTN, relativamente à noticiada compensação. Submetido o *decisum* ao necessário reexame.

Apela a União Federal sustentando que as decisões judiciais somente autorizaram

a compensação com débitos do próprio PIS e COFINS, pugnando, a final, pela reforma do r. *decisum*.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do apelo e da remessa oficial.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora): Trata-se de apelação em sede de mandado de segurança objetivando a expedição de CND nos termos do art. 205 do CTN, ao fundamento de que há autorização judicial para a compensação do PIS e da COFINS com valores devidos ao SIMPLES, óbice apontado pela autoridade impetrada.

A contribuição para o FINSOCIAL - Fundo de Investimento Social, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 combinado com o contido no art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87, foi recepcionada pela nova ordem constitucional inaugurada com a Carta Política de 88 (art. 56 do Ato das Disposições Transitórias), com natureza jurídica de contribuição social, até o advento da LC Nº 70/91, e, mais, declarada constitucional pela Suprema Corte (Recurso Extraordinário nº 150.764-1-PE), exceção feita às majorações de alíquota no que excederem a 0,5%, "in verbis":

> "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-lei nº 1.940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do artigo 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional".
>
> (Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJU de 2/4/1993, maioria).

Relativamente à contribuição ao PIS, a matéria já não comporta disceptação, declarada a inconstitucionalidade dos Decretos nºs 2.445/88 e 2.449/88 pelo Excelso Pretório (RE 148754/RJ, Pleno, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJ 04-03-1994 PP-03290, EMENT VOL-01735-02 PP-00175, RTJ VOL-00150-03 PP-00888) e, mais, expurgada a normação do Ordenamento Jurídico por força da Resolução nº 49 do Senado Federal (DOU 10/10/1995).

Logo, consolidado o entendimento na Suprema Corte, impõe-se sua observância no âmbito deste Tribunal, consoante previsão regimental expressa (art. 176, parágrafo único), reconhecendo-se o direito dos contribuintes ao recolhimento da referida contribuição na sistemática prevista na Lei Complementar nº 07/70.

Reconhecido o indébito, possível a compensação:

> "TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449/88. RESOLUÇÃO Nº 49/95. COFINS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.383/91, ART. 66. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1009 E 1017. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTS. 170 E 156, II. PRECEDENTES.
> 1. O Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/88 (Recurso Extraordinário nº 148.724-2/RJ).
> 2. A compensação é instituto colhido da Lei Civil (artigos 1009 e 1017) e previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional.
> 3. Admissibilidade da compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS com parcelas vincendas do próprio PIS, excluídas as parcelas relativas à COFINS e à Contribuição Social Sobre o Lucro, por ostentarem características e destinação diversa, nos termos do art. 66, da Lei nº 8.383/91, afastadas as restrições impostas pela IN nº 67/92, e sempre sujeita à inarredável verificação pela autoridade administrativa (art. 195 do CTN). (...)".
> (AMS 1999.61.00.019821-0 - 6ª Turma - j. 21/11/2001 - DJU 10/04/2002 - p. 368).

Ademais, possível a compensação do PIS, recolhido nos moldes dos Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, com parcelas do SIMPLES (Lei nº 9.317/96).

Assim entendo porque, *ex-vi* da Lei nº 9.317/96, as contribuições ao PIS e COFINS compreendem parcelas devidas pelas empresas optantes pelo Sistema do SIMPLES. Diz a Lei:

> "Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.
> § 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (...)
> b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP; (...)
> d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;".

Prevendo a lei do SIMPLES a exigência das citadas contribuições, nada obsta à respectiva compensação. Esse é o entendimento jurisprudencial:

> "RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRETENSA VIOLAÇÃO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE COMPENSAÇÃO. PIS COM PIS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE ENQUADRADA NO SIMPLES. POSSIBILIDADE.
> Inadmissível a análise de violação de instrução normativa, pois este egrégio

Superior Tribunal de Justiça manifestou o entendimento de que 'o conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especial, não abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas' (REsp 196.766/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 17/5/1999).
Os tributos sujeitos a arrecadação por via do SIMPLES estão sob a administração da Secretaria da Receita Federal e podem ser objeto de compensação, porquanto o recolhimento está sujeito ao referido sistema e não há qualquer óbice legal à pretendida compensação.
O art. 23 da Lei nº 9.317/96 permite a visualização do percentual referente a cada um dos tributos consolidados no regime do SIMPLES, o que torna possível a compensação pretendida. Precedente.
Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido".
(STJ, REsp 500.258/PR, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, julgado em 15.03.2005, DJ 06.06.2005, p. 258)

"RECURSO ADESIVO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIDO. TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. PIS COM PIS. SIMPLES. POSSIBILIDADE. (...)
7. Tratando-se de compensação do PIS, ela deverá se dar exclusivamente com parcela vincenda do SIMPLES que é paga ao PIS, exigido da impetrante de acordo com seu enquadramento e respectivo percentual prescrito pelo artigo 23 da Lei nº 9.317/96. (...)".
(TRF-3, AMS 1999.61.00.059931-9, 3ª Turma, Rel. Des. MÁRCIO MORAES - j. 09/05/2007 - DJU 06/06/2007 - p. 298).

"(...) A opção do contribuinte pelo recolhimento unificado de tributos de acordo com a sistemática do SIMPLES não obsta a compensação pleiteada, ressalvando-se que o encontro de contas dar-se-á exclusivamente entre os créditos reconhecidos nesta decisão e a parcela destinada ao PIS, mês a mês, observado o enquadramento da autora conforme estabelecido nas alíneas 'a' a 'i' do inciso II do artigo 23 da Lei nº 9.317/96. (...)".
(TRF-3, AC 2002.61.02.006613-0, 6ª Turma, Rel. Des. MAIRAN MAIA - j. 07/03/2007 - DJU 20/04/2007 - p. 991).

Quanto à pretendida CND, dispõem os artigos 205 e 206 do CTN:

"Art. 205. A lei poderá exigir a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.
Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição".

"Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa".

Como se vê, a obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa está prevista no art. 206 do CTN, e tem como pressuposto a suspensão da exigibilidade do crédito, pela penhora nos autos da própria execução, pela presença de qualquer uma das causas previstas pelo art. 151 do mesmo texto legal - a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos no processo tributário administrativo, a concessão de medida liminar em mandado de segurança; e, a inclusão, agora, com o advento da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, de outras hipóteses, a saber, a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e o parcelamento.

Entendo que nos casos reportados acima, tem o mesmo valor de certidão negativa de débitos a certidão positiva de que conste a existência de créditos ainda não vencidos, ou de créditos em curso de ação executiva, em que tenha sido efetivada a penhora, ou créditos cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos do art. 206 do CTN.

Têm assentado os Tribunais:

"TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. PASEP.
1. a) O fato de o débito encontrar-se inscrito na Dívida Ativa da União, em decorrência de procedimento administrativo regular, não impede a concessão do seu parcelamento, haja vista não constar tal restrição no art. 7º da MP nº 38, de 2002: 'O regime especial do parcelamento referido no art. 1º implica a consolidação dos débitos na data referida no *caput* e abrangerá a totalidade dos débitos existentes em nome do optante, constituídos ou não, inclusive os juros de mora incidentes até a data da opção';
b) Os débitos de contribuição ao PASEP, desde que estejam constituídos, porém, com a exigibilidade suspensa, nos termos da MP nº 38, de 2002, ou mesmo sem essa suspensão, conforme permite a MP 66, de 2002, podem ser parcelados.
c) Inexiste determinação legal impedindo parcelamento de débito inscrito em dívida ativa;
d) impõe-se a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa, art. 206 da CTN, quando os débitos tributários estão regularmente parcelados e com prestações regularmente pagas.
2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não-provido". (STJ, REsp 976.792/RS, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, julgado em 04.03.2008, DJ 17.03.2008, p. 1).

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. CRÉDITO SUSPENSO. PARCELAMENTO REGULAR. DIREITO DO CONTRIBUINTE À CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA.
1. 'O parcelamento, que é espécie de moratória, suspende a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, I e VI). Tendo ele sido deferido independentemente de outorga de garantia, e estando o devedor cumprindo regularmente as prestações

assumidas, não pode o Fisco negar o fornecimento da certidão positiva com efeitos de negativa' (Precedente: Resp nº 833.350/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.08.2006).
2. A existência de débito tributário, ainda que objeto de regular parcelamento, não dá ao contribuinte o direito de obtenção de Certidão Negativa de Débito (CTN, art. 205). Nessa situação, a certidão a ser expedida é a prevista no art. 206 do CTN - positiva com efeitos de negativa (REsp 716785/CE, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 07.11.2005).
3. Recurso especial a que se dá parcial provimento".
(STJ, REsp 703.245/CE, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 12.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1).

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.
É COMO VOTO.
Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0020686-56.2002.4.03.6100
2002.61.00.020686-4

Apelante: SAP BRASIL LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AMS 285228
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA O APOIO À INOVAÇÃO. CIDE-TECNOLOGIA. LEI Nº 10.168/2000. ALTERAÇÕES. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. LEI Nº 11.452/2007. VALORES DEPOSITADOS NO PERÍODO DE JANEIRO/2006 a FEVEREIRO/2007. LEVANTAMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.

1. Agravo retido não conhecido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do CPC.

2. A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico prescinde da edição de lei complementar, qualificando-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas pela sua exigibilidade.

3. A contribuição interventiva criada pela Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, encontra-se em consonância com os ditames da Carta Constitucional.

4. As contribuições de intervenção no domínio econômico não exigem vinculação direta entre o contribuinte e a aplicação dos recursos arrecadados. (STF, Segunda Turma, RE 451915 AgR/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/10/2006, DJ 01/12/2006, p. 93).

5. Não se nega que a referida contribuição visa corrigir imperfeições e desequilíbrios existentes em determinado setor econômico, no caso, promover o desenvolvimento tecnológico nacional e incentivo à pesquisa nessa área. Todavia, não há obrigatoriedade de que conste da lei instituidora da contribuição o prazo de sua exigência, sendo que tal ausência não imprime caráter perpétuo à exação, mesmo porque, de antemão, não pode o legislador prever o tempo necessário à intervenção pretendida. Outrossim, não mais subsistindo a situação que lhe deu ensejo, a norma pode ser revogada com efeitos imediatos.

6. A referida contribuição é destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, a teor do que dispõe o art. 4º da Lei nº 10.168/2000. O FNDCT, criado pelo Decreto-lei nº 719/69, muito embora não tenha sido ratificado pelo Congresso Nacional, conforme art. 36 do ADCT, foi restabelecido

pela Lei nº 8.172/91. Tal fato não implica violação ao preceito que consta do art. 165, § 9º, II, da CF, o qual exige a edição de lei complementar para estabelecer as *condições para a instituição e funcionamento de fundos*, e não especificamente para a criação de fundos.

7. A concessão de licença de uso de *software* obtida por pessoa jurídica através de contrato celebrado com empresa estrangeira, com a consequente remessa de valores ao exterior, configura hipótese de incidência da citada contribuição.

8. No caso, consta que a impetrante celebrou contrato de distribuição de *software* com empresa alemã, cujo objeto se refere à concessão de ... *uma licença não exclusiva para usar, comercializar e sublicenciar o Software, a Documentação, os Bancos de Dados de Terceiros e os Software de Terceiros para Usuários Finais do Território*. Tal hipótese se amolda à situação descrita na citada lei, quando se refere à *pessoa jurídica detentora de licença de uso*, para fins de incidência da contribuição interventiva em questão. A aquisição de programas de computador de fornecedores estrangeiros para serem instalados em equipamentos de informática se perfaz pela licença de uso de tecnologia.

9. É certo que o programa de computador (*software*), na medida em que foi equiparado à obra intelectual, encontra-se tutelado pela legislação do direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII). Contudo, referida proteção em nada prejudica a incidência da CIDE. As remessas de valores ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso de *software*, ensejam a cobrança/exigência de referida contribuição.

10. É irrelevante, pois, para a incidência da referida contribuição, que os contratos que tenham por objeto licença de uso e comercialização dos programas de *softwares* provenientes do exterior, estejam atrelados à transferência do conhecimento tecnológico. Tal conclusão advém da interpretação da norma legal que expressamente prevê as hipóteses de incidência da contribuição, assim como da própria finalidade perseguida com a instituição da contribuição em tela, qual seja, o apoio ao desenvolvimento tecnológico nacional, constituindo-se, de um lado, através de fonte de incentivo e, de outro, como desestímulo à aquisição da tecnologia estrangeira, seja na forma de conhecimento, seja na forma de produto final e acabado, no caso, o programa de computador.

11. A Lei nº 11.452, de 27/02/2007, alterou o art. 2º, da Lei nº 10.168/2000, de forma que lhe acrescentou o § 1º-A. A norma em questão não tratou de elucidar o conteúdo e sentido do dispositivo a que se refere (art. 2º, *caput*, da Lei nº 10.168/2000), houve evidente modificação com a previsão da não incidência da CIDE sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, a partir de janeiro/2006, quando não envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Não se trata, pois, de norma de caráter interpretativo, a teor do que prevê o art. 106, I, do CTN.

12. Na presente hipótese, com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, do CTN, o contribuinte deu continuidade aos depósitos da exação até fevereiro/2007, ou seja, até o advento da Lei nº 11.452/2007. Nesse ponto, não se mostra razoável privar a impetrante da disponibilidade dos valores depositados relativamente ao período de janeiro/2006 a fevereiro/2007, em razão de já existir lei expressamente prevendo a não incidência da CIDE sobre a remuneração

pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, a partir de janeiro/2006, quando não envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Assim, considerando as particularidades que cercam a hipótese vertente, excepcionalmente, deve ser autorizado o levantamento do depósito efetuado no período indicado, independentemente do trânsito em julgado da sentença.

13. Agravo retido não conhecido e apelação improvida. Agravo regimental provido.

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, por maioria, negar provimento à apelação e dar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de que seja reconhecida a inexigibilidade da CIDE, de que trata a Lei nº 10.168/2000, com as alterações da Lei nº 10.332/2001, nas hipóteses de remessas de valores ao exterior já efetuadas e a serem efetuadas pelo pagamento de licença de uso de *software*, albergadas nos contratos de distribuição de *software* anexados aos autos e futuros contratos celebrados com o mesmo objeto.

A liminar foi deferida.

Foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento, conforme julgado proferido pela E. Sexta Turma desta Corte.

O r. juízo *a quo* autorizou o depósito dos valores controvertidos.

Pleiteou ainda a impetrante que fosse acolhida a garantia oferecida, na modalidade de seguro judicial, para suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O pedido restou indeferido, ensejando a interposição de agravo de instrumento, o qual, após o indeferimento da liminar pleiteada em antecipação de tutela recursal, ou seja, em 10/03/2006, restou convertido em retido, com fulcro no art. 527, II do CPC.

Posteriormente, o r. Juízo de origem denegou a segurança, extinguindo o feito com resolução do mérito.

Apelou a impetrante, alegando, em síntese, que celebrou contratos de distribuição de *software* com a empresa alemã SAP AG, que lhe confere poderes para sublicenciar os programas de computador a usuários finais no Brasil; que inaplicável a Lei nº 10.168/2000, que instituiu a CIDE, ao caso concreto, haja vista que os contratos celebrados não prevêem qualquer tipo de transferência da tecnologia do *software* licenciado, encontrando-se a remuneração devida a título de direitos autorais fora do alcance da referida contribuição; que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI reconheceu expressamente que nos contratos de licença de uso de *software* celebrados pela apelante e objeto do presente

recurso não há transferência de tecnologia; que a própria Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia já se posicionou acerca da inexigibilidade da CIDE nas remessas ao exterior pelo licenciamento de *software*; que os pagamentos decorrentes de concessão de licença de uso de *software* são pagamentos de direitos autorais, não se confundindo com pagamentos decorrentes de *royalties*; que a referida exação, se considerada CIDE, deveria ter sido instituída por lei complementar, o que não ocorreu na hipótese vertente; que a exação tem natureza de imposto, sendo evidente sua inexigibilidade, haja vista a ausência de referibilidade e utilização de base de cálculo distinta daquela prevista pela CF/88.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opina pelo prosseguimento do feito, consignando, outrossim, que nos autos há interesse individual disponível, de natureza eminentemente patrimonial, encontrando-se as partes devidamente representadas.

A apelante, através de petição protocolada em março/2007, informou que suspenderia imediatamente os depósitos judiciais vincendos relativos à CIDE, e requereu, outrossim, o levantamento dos valores relativos aos fatos gerados ocorridos a partir de 01/01/2006, em face do disposto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 11.452/2007.

Tal pleito restou indeferido, sendo a respectiva decisão objeto de agravo regimental.

Memoriais apresentados pela apelante, em cujo teor reitera os termos constantes da apelação e da petição protocolada em março/2007.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Primeiramente, não conheço do agravo retido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Passo à análise do mérito.

As contribuições de intervenção no domínio econômico encontram previsão no art. 149 e §§ da Carta Constitucional, cabendo exclusivamente à União instituí-las, como forma de sua atuação na área econômica.

Tal espécie tributária dispensa lei complementar para sua instituição.

Essa questão é bem delineada por Marco Aurélio Greco, que assim escreve:

> "Não vejo na Constituição Federal exigência de as contribuições de intervenção no domínio econômico serem criadas por lei complementar. A remissão que o artigo 149 faz ao artigo 146, III refere-se à disciplina prevista no CTN, mas não à indispensabilidade de prévia lei complementar para instituí-la." (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 28).

No mesmo sentido também já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990,

art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C. F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C. F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C. F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C. F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C. F., art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C. F., art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D. L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C. F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R. E. conhecido, mas improvido."
(Pleno, RE nº 396266/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/11/2003, DJ 27/02/2004, p. 22)

No mais, as contribuições interventivas qualificam-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas em face de sua exigibilidade.

E a intervenção no domínio econômico poderá revestir-se sob a forma de fiscalização, incentivo ou planejamento da economia, nos termos do art. 174 da Lei Maior.

De outra parte, é imprescindível a vinculação do produto arrecadado à finalidade que ensejou a criação da contribuição em tela.

Tais requisitos norteiam e se agregam à natureza tributária da contribuição interventiva e se traduzem como fundamentos de validade da própria exação.

Partindo-se dessas premissas, a Lei nº 10.168, de 29/12/2000, instituiu contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnólogico brasileiro.

Esse objetivo se coaduna com as políticas da ordem econômica e financeira e os objetivos fundamentais da República, consagrados na Magna Carta, de sorte que o apoio ao desenvolvimento tecnológico, através de programas de fomento à capacitação tecnológica e à pesquisa científica, se traduz em medida tendente a minimizar as desigualdades sociais e regionais existentes, incrementar a cadeia produtiva e garantir melhores condições de trabalho.

Entretanto, as contribuições de intervenção no domínio econômico não exigem vinculação direta entre o contribuinte e a aplicação dos recursos arrecadados.

O E. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou especificamente acerca do tema, conforme o seguinte precedente:

> "Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Lei nº 10.168, de 2000. Contribuição social de intervenção no domínio econômico. Inexigência de lei complementar e de vinculação direta entre o contribuinte e o benefício. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (Segunda Turma, RE 451915 AgR/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/10/2006, DJ 01/12/2006, p. 93)

Sob outro prisma, não se nega que a referida contribuição visa corrigir imperfeições e desequilíbrios existentes em determinado setor econômico, no caso, promover o desenvolvimento tecnológico nacional e incentivo à pesquisa nessa área.

Todavia, não há obrigatoriedade de que conste da lei instituidora da contribuição o prazo de sua exigência, sendo que tal ausência não imprime caráter perpétuo à exação, mesmo porque, de antemão, não pode o legislador prever o tempo necessário à intervenção pretendida. Outrossim, não mais subsistindo a situação que lhe deu ensejo, a norma pode ser revogada com efeitos imediatos.

No caso, a referida contribuição é destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, a teor do que dispõe o art. 4º da Lei nº 10.168/2000:

> "Art. 4º A contribuição de que trata o art. 2º será recolhida ao Tesouro Nacional e destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991."

O Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, criado pelo Decreto-lei nº 719/69, muito embora não tenha sido ratificado pelo Congresso Nacional, conforme art. 36 do ADCT, foi restabelecido pela Lei nº 8.172/91.

Tal fato não implica violação ao preceito que consta do art. 165, § 9º, II, da CF, o qual exige a edição de lei complementar para estabelecer as *condições para a instituição e funcionamento de fundos*, e não especificamente para a criação de fundos.

Nesse sentido já decidiu a E. Sexta Turma desta Corte, conforme excerto do r. voto proferido pelo E. Des. Fed. Lazarano Neto, nos autos do AG 2004.03.00.022486-0:

> "Relativamente à alegação da agravante quanto a inexistência em nosso ordenamento jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico (FNDCT), haja vista que, inobstante ter sido o mesmo criado pelo Decreto-lei nº 719/69, não foi citado fundo ratificado pelo Congresso Nacional no prazo de 2 (dois) anos, conforme disposto no artigo 36 do ADCT; esclareça-se que a Lei nº 8.172/91 restabeleceu mencionado fundo, sendo certo que em seu artigo 2º encerrou comando determinando a produção de seus efeitos a partir da data de 05 de outubro de 1990, não sendo aplicável, assim, o disposto no artigo 36 da ADCT.
> A título de argumentação, partindo da premissa da aplicação do artigo 36 do ADCT ao caso versado neste agravo temos que 'a ratificação do FNDCT deu-se através do artigo 2º, da Lei nº 8.172/91, que começou a produzir efeitos 02 (dois) anos após a promulgação da CF de 1988'.
> Por outro lado, não se há cogitar na aplicação do artigo 165, § 9º, da Constituição

> Federal a hipótese dos autos no sentido da exigência de lei complementar criando o FNDCT, pois citado dispositivo constitucional não reserva à lei complementar a criação de fundos, mas apenas a fixação das condições para a sua instituição e funcionamento." (Precedentes deste Tribunal, Agravo de Instrumento nº 215639, processo nº 2004.03.00.048195-9/S, Terceira Turma, por v. u.; data da decisão: 02/02/2005; DJU: 23/02/2005, Relator Desembargador Federal Carlos Muta).

As hipóteses de incidência da referida contribuição encontram previsão na Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, conforme disposto em seu art. 2º e §§ 1º e 2º, nesses termos:

> "Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
> § 2º A partir de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior."

No caso, a impetrante visa o reconhecimento da inexigibilidade da CIDE, de que trata a Lei nº 10.168/2000, com as alterações da Lei nº 10.332/2001, nas hipóteses de remessas de valores ao exterior já efetuadas e a serem efetuadas pelo pagamento de licença de uso de *software*, albergadas nos contratos de distribuição de *software* anexados aos autos e futuros contratos celebrados com o mesmo objeto.

Consta que a impetrante e empresa alemã SAP AG celebraram contrato de distribuição de *software*, cujo objeto se refere à concessão de ... *uma licença não exclusiva para usar, comercializar e sublicenciar o Software, a Documentação, os Bancos de Dados de Terceiros e os Software de Terceiros para Usuários Finais do Território* ... (Cláusula 2.1 Concessão de Licença).

Tal hipótese se amolda à situação descrita na citada lei, quando se refere à *pessoa jurídica detentora de licença de uso*, para fins de incidência da contribuição interventiva em questão. A aquisição de programas de computador de fornecedores estrangeiros para serem instalados em equipamentos de informática se perfaz pela licença de uso de tecnologia.

É certo que o programa de computador (*software*), na medida em que foi equiparado à obra intelectual, encontra-se tutelado pela legislação do direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII).

Contudo, referida proteção em nada prejudica a incidência da CIDE. As remessas de valores ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso de *software*,

ensejam a cobrança/exigência de referida contribuição.

De outra parte, é irrelevante, pois, para a incidência da referida contribuição, que os contratos que tenham por objeto licença de uso e comercialização dos programas de *softwares* provenientes do exterior, estejam atrelados à transferência do conhecimento tecnológico.

Tal conclusão advém da interpretação da norma legal que expressamente prevê as hipóteses de incidência da contribuição, a qual é devida pela pessoa jurídica detentora de mera licença de uso do recurso tecnológico; pessoa jurídica adquirente de conhecimentos tecnológicos; pessoa jurídica signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia; pessoas jurídicas signatárias de contrato que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa.

Além disso, é de se lembrar a própria finalidade perseguida com a instituição da contribuição em tela, qual seja, o apoio ao desenvolvimento tecnológico nacional, constituindo-se, de um lado, através de fonte de incentivo e, de outro, como desestímulo à aquisição da tecnologia estrangeira, seja na forma de conhecimento, seja na forma de produto final e acabado, no caso, o programa de computador.

A propósito das disposições legais transcritas, comenta Hugo de Brito Machado Segundo:

> "A finalidade interventiva, com todo respeito às opiniões em contrário, no caso nos parece válida e adequada ao disposto no art. 170 da Constituição Federal. Como preconizamos no item 2.2 deste estudo, tanto a contribuição deve intervir diretamente, na condição de um tributo extrafiscal, como também o produto de sua arrecadação deve ser aplicado na consecução da finalidade que a caracteriza. É o que ocorre no caso. Há a incidência do tributo sobre 'importações' de tecnologia (*royalties*), de forma nitidamente extrafiscal, como forma de proteger o mercado interno, a balança comercial e inclusive eventuais burlas às leis que regulam a remessa de lucros ao exterior. E, para completar a finalidade interventiva, o produto de sua arrecadação é utilizado para incentivar a tecnologia nacional, e assim desestimular a ocorrência do fato que ensejou a intervenção." (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco, São Paulo: Dialética, 2001, p. 127/128).

Outrora, a E. Sexta Turma desta Corte já se pronunciou acerca da matéria, conforme o seguinte julgado em que fui Relatora:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PRELIMINAR NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO JUÍZO DE ORIGEM. INADMISSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTA ESFERA RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA O APOIO À INOVAÇÃO. LEI Nº 10.168/2000. ALTERAÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO. FINALIDADE E VINCULAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO. VALIDADE. LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*. REMESSA DE *ROYALTIES* AO EXTERIOR. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA.

COMPROVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM SENTIDO ESTRITO. DESNECESSIDADE.
1. Não é admissível o exame pelo Tribunal de matéria preliminar não analisada pelo r. Juízo *a quo*, por implicar em supressão de instância.
2. A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico prescinde da edição de lei complementar, qualificando-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas pela sua exigibilidade.
3. A contribuição interventiva criada pela Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, encontra-se em consonância com os ditames da Carta Constitucional.
4. A concessão de licença de uso de *software* obtida por pessoa jurídica através de contrato celebrado com empresa estrangeira, com a conseqüente remessa de valores ao exterior, a título de *royalties*, configura hipótese de incidência da citada contribuição (Lei nº 10.168/2000, art. 2º, *caput* e § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.332/2001).
5. O programa de computador (*software*), na medida em que foi equiparado à obra intelectual, é tutelado pela legislação de direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII), sem prejuízo da incidência da CIDE, quando da remessa dos *royalties* ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso do *software*.
6. Legitimidade da incidência da contribuição, independentemente de estar comprovada a existência ou não de transferência de tecnologia, em sentido estrito, mesmo porque as hipóteses descritas na lei abarcam situações em que ela é presumida.
7. Agravo de instrumento provido."
(TRF3, Sexta Turma, AG 2002.03.00.043054-2, j. 04/02/2004, DJ 06/05/2005, p. 366)

Por fim, é de se observar que a Lei nº 11.452, de 27/02/2007, alterou o art. 2º, da Lei nº 10.168/2000, de forma que lhe acrescentou o § 1º-A, dispondo que, a partir de janeiro/2006, a referida contribuição não incidiria sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, exceto quando envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Eis o teor:

"Art. 20. O art. 2º da Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, alterado pela Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:
'Art. 2º .....
§ 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.
.....' (NR)
Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação ao disposto no art. 20 a partir de 1º de janeiro de 2006."

Vê-se que a norma em questão não tratou de elucidar o conteúdo e sentido do dispositivo a que se refere (art. 2º, *caput*, da Lei nº 10.168/2000), houve evidente modificação

com a previsão da não incidência da CIDE sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, a partir de janeiro/2006, quando não envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Não se trata, pois, de norma de caráter interpretativo, a teor do que prevê o art. 106, I, do CTN.

A propósito, vale citar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CIDE. LEIS 10.168/00, 10.332/01 E 11.452/07. ART. 149, CF. INEXIGIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR E DE REFERIBILIDADE ENTRE O CONTRIBUINTE DA EXAÇÃO E O BENEFÍCIO. LICENÇA DE USO OU DE DIREITOS DE COMERCIALIZAÇÃO OU DISTRIBUIÇÃO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR (ART. 2º, § 1º - A, Lei 10.168/00). DIREITO À COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
I - A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/00 e alterada pela Lei nº 10.332/01, volta-se a estimular o desenvolvimento científico e tecnológico nacional, incidindo sobre os recursos de 'royalties' ao exterior decorrentes de uso, fruição ou exploração de direitos relativos à transferência de tecnologia.
II - Contribuição interventiva instituída em observância ao disposto no art. 149 da Constituição Federal, inexigível lei complementar na espécie.
III - Assentou, mais, o Excelso Pretório prescindível a referibilidade entre o contribuinte da exação e o benefício (STF, RE - AgR nº 451915/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/10/06, p. DJ 01/12/06)
IV - Hipótese prevista no § 1º - A, art. 2º da Lei 10.168/00, acrescentado pelo art. 20 da Lei nº 11.452/07. Direito à compensação do indébito. Precedentes (TRF - 3ª Região, AC nº 2003.61.00.018357-1, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 24/05/06, p. DJU 07/06/06; TRF - 3ª Região, AMS nº 2004.03.00.064425-3, Rel. Juíza Federal Convocada Mônica Nobre, j. 13/03/08, p. DJF3 24/06/08; TRF - 4ª Região, AC nº 2005.71.00.032129-3, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, j. 19/08/08, p. D. E. 10/09/08)
V - Apelo a que se dá parcial provimento."
(TRF3, Quarta Turma, AMS 2003.61.00.030475-1, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, j. 10/03/2011, DJF3 CJ1 31/03/2011, p. 971)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO AO DOMÍNIO ECONÔMICO CIDE - *ROYALTIES* - LEI FEDERAL Nº 10.168/00 - EXPLORAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - CONSTITUCIONALIDADE.
1. A contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) incidente sobre 'royalties' pagos ao exterior é constitucional (STF, 2ª Turma, RE-AgR 451915/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/12/2006).
2. Por definição legal, a exploração de direitos autorais é equiparada a 'royalties' (artigo 22, *d*, da Lei Federal nº 4506/64).
3. Antes da modificação da Lei 11452/2007, o *software* era equiparado à obra intelectual, sob a égide, pois, da lei de proteção aos direitos autorais (Lei 9610/98, artigo 7º, XII), que presumia, pois, a transferência de tecnologia no caso de

concessão de licença de uso de *software* através de contrato celebrado com empresa estrangeira.
4. Apelações e remessa oficial parcialmente providas."
(TRF3, Judiciário em Dia - Turma D, AMS 2002.61.00.026993-0, Rel. Juiz Fed. Convocado Leonel Ferreira, j. 10/12/2010, DJF3 CJ1 17/01/2011, p. 1007)

Por fim, a impetrante requereu o levantamento dos depósitos efetuados a partir de 01/01/2006, relativamente à CIDE incidente sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de distribuição/comercialização de programa de computador, sem a transferência da correspondente tecnologia, conforme consta da Lei nº 11.452, de 27/02/2007.

Consta dos autos informação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial que o contrato de distribuição de *software* celebrado entre a impetrante e a SAP AG *não é passível de averbação por este Instituto, por não caracterizar transferência de tecnologia, tal como preconiza a legislação em vigor (Artigo 11 da Lei nº 9.609/98 e Artigo 211 da Lei nº 9.279/96), ou seja, a não existência no que se refere ao software, de qualquer menção ao fornecimento do código-fonte, memoriais descritivos, fluxogramas e outros dados essenciais* ... (fl. 131).

Vê-se que, no caso, com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, do CTN, o contribuinte deu continuidade aos depósitos da exação até fevereiro/2007, ou seja, até o advento da Lei nº 11.452/2007.

Ora, não se mostra razoável privar a impetrante da disponibilidade dos valores depositados relativamente ao período de janeiro/2006 a fevereiro/2007, em razão de já existir lei expressamente prevendo a não incidência da CIDE sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, a partir de janeiro/2006, quando não envolverem a transferência da respectiva tecnologia.

Assim, considerando as particularidades que cercam a hipótese vertente, tenho que, excepcionalmente, deve ser autorizado o levantamento do depósito efetuado no período indicado, independentemente do trânsito em julgado da sentença.

Em análise à situação semelhante, vale citar o seguinte precedente jurisprudencial:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS INATIVOS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. SUM-18 DESTE TRIBUNAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI-9630/98. 1. Conquanto o levantamento de depósitos judiciais destinados a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente se viabilize após o trânsito em julgado da sentença, consoante dispõe a SUM-18 deste Tribunal, é de se ver que a LEI-9630/98, no PAR-ÚNICO do seu ART-1, isentou os servidores públicos inativos de contribuírem para o Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos Federais a partir de 31 de março de 1998, estendendo, outrossim, esta isenção às contribuições não descontadas na época própria. 2. Se a contribuição em referência encontra-se, no caso, depositada, é porque ainda não reverteu em favor da União. Logo, está abrangida na expressão contida na lei 'não descontadas na época própria', podendo, em conseqüência, haver o seu levantamento sem ofensa às disposições da referida súmula. 3. Agravo de Instrumento a que se nega provimento, nos termos da liminar, prejudicado o regimental."

(TRF4, Segunda Turma, AG 199804010604148, Rel. Des. Fed. Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ 19/05/1999, p. 580)

Em face de todo o exposto, *não conheço do agravo retido, nego provimento à apelação e dou provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA:

Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

Cuida-se de mandado de segurança objetivando o reconhecimento da inexigibilidade da contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/2000, com as alterações dadas pela Lei nº 10.332/2001, "nas hipóteses de remessas de valores ao exterior já efetuadas e a serem efetuadas pelo pagamento de licença de uso de *software*, albergadas nos contratos de distribuição de *software* anexados aos autos" e futuros contratos celebrados com o mesmo objeto (fl. 23).

Fundamenta a Impetrante sua pretensão alegando, em síntese: (*i*) inconstitucionalidade da contribuição em razão de sua instituição mediante lei ordinária; (*ii*) inconstitucionalidade dado o seu caráter de imposto; (*iii*) ausência de referibilidade e temporariedade da exação; (*iv*) identidade de fato gerador e base de cálculo com o Imposto de Renda na Fonte, o que afronta a vedação à tributação *bis in idem*; e (*v*) ausência de previsão legal para a incidência do tributo nos contratos de cessão de licença de uso de *software* (direito autoral) e de transferência de tecnologia na execução de tais contratos.

Julgado improcedente o pedido, a Impetrante interpôs apelação, reiterando os fundamentos expostos e requerendo a reforma da sentença (fls. 498/527).

A Sra. Desembargadora Federal Relatora, em seu voto, não conheceu do agravo retido, negou provimento à apelação e deu provimento ao agravo regimental (fls. 661/666).

Feito breve relato, passo a proferir o voto.

A apreciação da pretensão deduzida impõe análise ainda que breve da disciplina pertinente às contribuições de intervenção no domínio econômico.

O fundamento constitucional das contribuições repousa no art. 149, *caput*, *in verbis*:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

Nos parágrafos 2º a 4º desse artigo, na redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 33, de 2001 e 42, de 2003, cuida a Lei Maior especialmente das contribuições sociais e interventivas, como segue:

"§ 2º As *contribuições* sociais e *de intervenção no domínio econômico* de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;
II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;
III - poderão ter alíquotas:
a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o *valor da operação* e, no caso de importação, o valor aduaneiro;
b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.
§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.
§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez" (destaquei).

Conforme manifestei-me em obra doutrinária, "da análise contida no *caput* desse artigo emerge, claramente, a nota peculiar dessa espécie tributária: sua instituição está autorizada para que funcione como instrumento de atuação da União, estando atrelada ao atendimento de uma das finalidades constitucionalmente apontadas" - social, de intervenção no domínio econômico ou de interesse de categorias profissionais ou econômicas (*Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 129).

Tais contribuições, na sempre lembrada lição de Roque Carrazza, são tributos qualificados constitucionalmente por suas finalidades (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 20ª ed. rev., atual. e ampl. até a EC 44/2004, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 535).

Desse modo, está a União autorizada a instituir contribuições destinadas ao custeio de sua atividade interventiva no domínio econômico, regido pelos arts. 170 a 181, da Constituição da República. Caracterizam-se por serem *tributos setoriais*, restando evidente sua natureza *extrafiscal*, porquanto constituem instrumentos autorizados à União voltados ao direcionamento do comportamento dos particulares, nos diversos segmentos do domínio econômico (Cf. meu *Curso* ..., cit., p. 133).

Releva destacar, ainda, que a autorização constitucional para a instituição de contribuições interventivas somente se aplica na hipótese de atuação da União na qualidade de *agente normativo e regulador da economia*, nos termos do art. 174, da Constituição da República.

Isso porque, quando a União explora diretamente atividade econômica, em regra em caráter subsidiário à iniciativa privada (art. 173, da Constituição da República), não terá necessidade de instituir tributo para custear tal atuação, uma vez que os recursos provenientes dessa exploração remunerarão as despesas decorrentes de seu desempenho.

Em outras palavras, a contribuição interventiva somente poderá ser exigida daqueles que explorarem, sob regime de direito privado, a atividade econômica objeto da regulação estatal.

Sendo assim, exige-se, para legitimar a instituição de contribuição interventiva, o atendimento dos seguintes requisitos: *i*) que a intervenção seja feita com apoio em lei; *ii*) que o setor da economia esteja sendo desenvolvido pela iniciativa privada para que se possa configurar um ato de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição; e *iii*) que as finalidades sejam aquelas a que se referem os princípios mencionados no art. 170 do Texto Fundamental (cf. meu *Curso* ..., cit., p. 134).

Nesse cenário, a União instituiu a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, mediante a Lei nº 10.168, de 2000, assim expressa:

> "Art. 1º Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, *cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo*.
> Art. 2º *Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior*.
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, *contratos de transferência de tecnologia* os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
> 'omissis'" (destaques meus).

A Lei nº 10.332, de 2001, veio a dar nova redação aos parágrafos do art. 2º desse texto normativo, nos seguintes termos:

> "§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, *a contribuição de que trata o caput deste artigo* passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.
> § 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo" (destaquei).

Em 2007, nova alteração na Lei nº 10.168, de 2000 foi promovida pela Lei nº 11.452, de 2007, inserindo-lhe o § 1º-A ao art. 2º:

> "§ 1º-A. *A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia*" (destaques meus).

Posto isto, cumpre verificar se a lei instituidora da CIDE em tela atende aos mencionados requisitos, necessários a legitimar sua instituição.

Em primeiro lugar, a intervenção a ser custeada foi feita mediante lei, instituidora do *Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação*, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo (cf. art. 1º, da Lei nº 10.168, de 2000).

Em segundo lugar, trata-se de segmento que vem sendo desenvolvido pela iniciativa privada, qual seja, o de desenvolvimento tecnológico, ensejando a possibilidade de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição.

Cabe registrar que a finalidade que qualifica a CIDE-*Royalties* afina-se aos ditames constitucionais, como facilmente extrai-se da Lei Maior, a teor de seus art. 218 e 219:

> "*Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas*.
> § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.
> § 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.
> § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.
> *§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos* e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.
> § 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.
> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal" (destaques meus).

Finalmente, vale remarcar que tal finalidade coaduna-se com um dos princípios gerais da atividade econômica, qual seja, o da *função social da propriedade* (art. 170, III, CR), habilitando a União, portanto, a instituir a contribuição interventiva em foco, destinada a financiar programa de estímulo ao desenvolvimento tecnológico brasileiro.

A respeito da conexão existente entre a tributação e a função social da propriedade, já expressei-me em obra doutrinária:

> "Assim é que o dever de contribuir para a sustentação do Estado consubstancia um elemento constitutivo da função social da propriedade, revelando-se esta o fundamento mesmo da imposição tributária.
> Com efeito, na medida em que a titularidade do direito de propriedade pressupõe manifestação de riqueza, revela-se inegável que a tributação sobre ela incidente insere-se nos contornos da função social a ser por ela cumprida, especialmente à vista da ideia de justiça distributiva" (Cf. meu *Curso* ..., cit., p. 60).

Vista a moldura constitucional e legal da CIDE em análise, passo a apreciar a pretensão deduzida pela Impetrante, ora Apelante, começando pelos fundamentos de natureza constitucional: (*i*) a necessidade de lei complementar para sua instituição; (*ii*) sua natureza de imposto; e (*iii*) identidade de fato gerador e base de cálculo com o Imposto de Renda na fonte, em afronta à vedação de bitributação *bis in idem*.

A instituição de contribuições com fundamento no art. 149 da Constituição da República não exige lei complementar. Tal conclusão exsurge do fato de que a Constituição, quando quis determinar a instituição de tributo por meio de lei complementar, dispôs expressamente nesse sentido, como o fez em relação aos empréstimos compulsórios (art. 148); aos impostos de competência residual da União (art. 154, I) e às contribuições para o financiamento da seguridade social cujas bases de cálculo não são por ela apontadas expressamente (art. 195, 4º).

Por outro lado, o art. 146, III, *a*, do texto constitucional, ao prescrever caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, não infirma a assertiva, pois não impõe a instituição das contribuições a que se refere o art. 149 por meio de lei complementar. O Código Tributário Nacional, secundando a Constituição, abriga as normas gerais em matéria de legislação tributária, às quais o regime das contribuições, como os das demais espécies tributárias, devem observar.

Essa a orientação fixada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (RE 396.266, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26.11.2003), que, em julgamento recente, reafirmou-a no que tange à CIDE em análise:

> "*DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR E VINCULAÇÃO À ATIVIDADE ECONÔMICA: DESNECESSIDADE. ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, DA CF/88: OFENSA INDIRETA*.
> *1. O Supremo Tribunal Federal entende que é constitucional a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico instituída pela Lei 10.168/2000 em razão de ser dispensável a edição de lei complementar para a instituição dessa espécie tributária*, e desnecessária a vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. *Precedentes*. 2. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal - legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa - podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. 3. O fato de a decisão ter sido contrária aos interesses da parte não configura ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 492353 AgR/RS, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.02.2011, destaque meu).

Em sequência, também não vislumbro que a CIDE instituída pela Lei nº 10.168/2000 revista a natureza de imposto. Ensina Geraldo Ataliba que as contribuições são tributos vinculados "cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado" (*Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 134).

Tais espécies tributárias, portanto, podem revestir materialidade de imposto ou taxa, mas com eles não se confundem.

No caso, clara nas hipóteses de incidência da CIDE-*Royalties* sua vinculabilidade com atuação estatal indireta e mediatamente referida ao contribuinte - o que a diferencia

das demais espécies tributárias - qual seja, o estímulo ao desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Ademais, nítidos os aspectos fiscal e extrafiscal da contribuição em exame: a par de constituir instrumento de arrecadação de recursos para o financiamento da atuação da União no âmbito mencionado, produz os efeitos de desestimular a aquisição de tecnologia estrangeira, incentivando, por outro lado, o desenvolvimento e a utilização do conhecimento tecnológico brasileiro.

Outrossim, não assiste razão à Apelante no que diz respeito à alegação de *bis in idem* entre a CIDE em questão e o Imposto sobre a Renda. O fato de tratar-se de contribuição interventiva, cuja materialidade tem a natureza de imposto, não conduz à conclusão simplista de que o fato gerador de ambos seja o mesmo. Aliás, a indicação da base de cálculo da contribuição, no § 3º do art. 2º da Lei nº 10.168/2000, bem o demonstra, porquanto consiste no *valor da operação*, base de cálculo expressamente prevista no art. 149, § 2º, III, *a*, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

Superadas as alegações de inconstitucionalidade, examino os demais argumentos apresentados pela Apelante, que impugnam a própria Lei nº 10.168/2000.

Principio com a apreciação das alegações de *ausência de referibilidade* e *temporariedade* da exação.

Consoante leciona Estevão Horvath, em obra monográfica sobre as contribuições de intervenção no domínio econômico, "a intervenção do Estado na atividade econômica é *pressuposto* para que a lei da União crie a exação, mas não é (ao menos não o é *necessariamente*) o seu critério material". E prossegue, afirmando que, "no entanto, se não se exige que o critério material consista numa atuação estatal, ele pode ser um ato do particular, *desde que tenha algum tipo de conexão com a atuação escolhida*".

Em consequência, conclui o autor que "*não se exige* que as pessoas atingidas pela atuação se beneficiem com a atuação. Elas (os sujeitos passivos) devem estar relacionadas com a finalidade (e, portanto, também ao fato escolhido como objeto de tributação - o critério material da hipótese de incidência), *porém* não precisam, necessariamente, experimentar nenhum benefício com a respectiva atuação estatal. Basta que o *setor* objeto de intervenção seja beneficiado" (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, São Paulo, Dialética, 2009, pp. 122-123, destaques do original).

Assim, quanto à referibilidade da CIDE em tela em relação aos seus contribuintes, é suficiente que o segmento da ciência e tecnologia extraia benefícios com a atuação da União, o que se confirma uma vez que os recursos arrecadados com tal contribuição serão vertidos a investimentos nesse setor. Essa a orientação que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar ser desnecessária a vinculação direta entre os benefícios decorrentes da exigência dessa CIDE e o contribuinte (cf. RE 492.353 AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.02.2011, ementa transcrita acima).

Já a alegação de que a CIDE em questão deve ser exigida temporariamente, tão somente enquanto a União atuar no setor econômico apontado e que tal não se faz mais necessário, igualmente não procede, porquanto não se demonstra tal assertiva. Ademais, nem seria possível ao legislador prever até quando a situação ensejadora de tal intervenção persistiria, assinalando prazo certo para a exigência da contribuição.

A Apelante sustenta, também, a inexistência de previsão legal para a incidência do tributo nos contratos de cessão de licença de uso de *software* (direito autoral), bem

como a ausência de transferência de tecnologia na execução de tais contratos.

Para a análise dessas alegações, mister reproduzir, uma vez mais, o art. 2º da Lei nº 10.168/2000, em sua redação atual:

> "Art. 2º *Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior*.
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, *contratos de transferência de tecnologia* os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
> '§ 1º-A. *A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia*'.
> § 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, *a contribuição de que trata o caput deste artigo* passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior" (destaques meus).

Da análise da lei instituidora do tributo em tela, emoldurada pela disciplina constitucional apontada, exsurge que somente pode ser exigida a CIDE-*Royalties* no universo *da ciência e da tecnologia*, não podendo alcançar relações jurídicas que a elas não digam respeito, sob pena de desvirtuamento da finalidade legitimadora de sua exigência.

Com efeito, se o que se pretende é o desenvolvimento tecnológico, mediante o incentivo à pesquisa científica nesse domínio, contribuição interventiva instituída para financiar a atuação da União com esse objetivo não pode alcançar situação a ele alheio.

Posto isso, cabe ressaltar que tal conclusão já se impunha antes mesmo da introdução do § 1º-A pela Lei nº 11.452, de 2007, que proclama, expressamente, que a "contribuição não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, *salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia*" (destaquei). Resulta, em verdade, da adequada interpretação de todo o teor do art. 2º da Lei nº 10.168/2000.

Trata-se, à evidência, de norma que veio apenas esclarecer o verdadeiro alcance da materialidade da CIDE - *Royalties*, revestida, portanto de caráter meramente interpretativo, consoante o regime do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Isso porque, por um imperativo lógico, não se pode interpretar o disposto no § 2º do art. 2º da Lei nº 10.168/2000, desvinculadamente do que se contém no *caput* do mesmo artigo. Ora, se se trata, *in verbis*, de "contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior" (art. 2º, *caput*), as

hipóteses de incidência previstas no § 2º desse artigo, como expressamente diz a lei, *referem-se à contribuição de que trata o caput* e, assim, não podem ser alheias à exigência de que os contratos envolvam obtenção de tecnologia.

Tanto assim é que, a corroborar o entendimento ora exposto, a dicção de ato normativo da própria Administração Pública Federal, qual seja, o Decreto nº 4.195, de 2002, regulamentador da Lei nº 10.168, de 2000, que institui contribuição de intervenção no domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para Apoio à Inovação, bem como da Lei nº 10.332, de 2001, que institui mecanismos de financiamento para programas de ciência e tecnologia, que, em seu art. 10, preceitua:

> "Art. 10. A contribuição de que trata o art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de *royalties* ou remuneração, *previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto*:
> I - fornecimento de tecnologia;
> II - prestação de assistência técnica:
> a) serviços de assistência técnica;
> b) serviços técnicos especializados;
> III - serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;
> IV - cessão e licença de uso de marcas; e
> V - cessão e licença de exploração de patentes" (destaque meu).

Note-se que, ao arrolar, taxativamente, os objetos contratuais que poderão ensejar a incidência da CIDE em questão, tal ato normativo não aponta a *licença de uso de software*, não deixando margem de dúvida quanto ao acerto da conclusão no sentido de que a remuneração relativa a licença de uso de *software*, quando não há transferência da respectiva tecnologia, não se sujeita à contribuição instituída pela Lei nº 10.168/2000.

Diante de todo o exposto, não se conforma com os ditames constitucionais e legais o entendimento segundo o qual é suficiente a existência de um contrato de licença de uso ou uma remessa ou pagamento de *royalty* para o exterior para que incida a contribuição em tela.

Marco Aurélio Greco, ao comentar a CIDE em análise, ensina a respeito desse aspecto:

> "Assim, diante de um contrato, é preciso identificar se o seu objeto é a obra ou a tecnologia nele incorporada. Se o contrato tem por objeto em si (obra material ou intelectual) estará fora da área circunscrita pelo artigo 218 da CF/88 e, portanto, não pode ser alcançado pela contribuição que é instrumento de atuação da União. Se o objeto não for a obra em si, mas os conhecimentos que levaram à sua produção, então estaremos perante negócio jurídico que tem por objeto a tecnologia.
> É o que ocorre em se tratando de *software*. Em si, ele é um conjunto de instruções a serem seguidas pela máquina. Criar um *software* é dispor de uma determinada maneira este conjunto de instruções para que a máquina funcione de certa maneira desejada. Como tal é uma obra intelectual, protegida pela Lei nº 9.609/98 pelo regime de proteção dos direitos autorais. O *software* em si é uma obra, mas

a sua concepção e criação envolve conhecimentos especiais, vale dizer, uma tecnologia. Assim, à luz da distinção feita, adquirir o direito de usar o *software* é apenas adquirir o direito de vê-lo funcionar tal como foi concebido. É adquirir um direito que tem por objeto o produto (="" obra). Muito diferente é adquirir o direito à respectiva tecnologia, pois isto implicaria ter acesso aos conhecimentos técnicos (fluxogramas, código-fonte, fórmulas matemáticas etc.) que fazem com que o *software* seja o que é.

Contrato que tenha por objeto o direito de uso do *software* em si ou mesmo autorização para sua exploração comercial, se desacompanhado do acesso aos conhecimentos científicos quanto à estruturação das instruções, fluxogramas etc., não é contrato que tem por objeto a tecnologia. O adquirente ou licenciado neste caso irá se beneficiar apenas das utilidades que o objeto pronto (*software*) lhe traz, mas não agregará ao seu acervo intelectual nenhum conhecimento tecnológico novo.

Só haverá negócio jurídico alcançado pelo preceito do artigo 218 da CF/88 se ele tiver por objeto a tecnologia (="" conhecimento técnico) que faz com que o *software* seja o que ele é" ("Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre *Royalties*", *in Revista Dialética de Direito Tributário* nº 99, dezembro de 2003, p. 139, artigo extraído do parecer juntado aos autos às fls. 249/292).

E com a habitual lucidez, arremata:

"Conhecer tecnologia é permitir que outros produzam a mesma obra e o País alavanque seu desenvolvimento; por isso, é tão importante que desenvolvamos nossa própria tecnologia e não a adquiramos de terceiros.

Daí o perfil da Lei nº 10.168/2000 pois, de um lado, estimula a criação de tecnologia brasileira e, de outro lado, tributa os negócios jurídicos que *envolvam tecnologia estrangeira*.

Sublinhe-se que *envolvam tecnologia estrangeira* e não que envolvam *produtos* ou obras intelectuais estrangeiras" (Ob. cit., pp. 139-140, destaques do original).

Diante de tal quadro, extrai-se que a transferência de conhecimento tecnológico é condição indispensável para a incidência da CIDE-*Royalties*, sob pena de alargar-se a materialidade de suas hipóteses de incidência, em evidente ofensa à finalidade para a qual foi instituída.

E por assim entender, peço vênia para divergir, uma vez que, analisando o objeto dos contratos encartados aos autos, não vislumbro a possibilidade da incidência da CIDE-*Royalities*, porquanto sua execução não envolve transferência de tecnologia.

Ante o exposto, com a devida licença da Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Relatora, *NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO E DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, BEM COMO AO AGRAVO REGIMENTAL*.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA

- Versando sobre contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE e Lei nº 10.168/2000, veja também o artigo doutrinário "Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - uma Visão Genérica e Preliminar", de autoria do Juiz Federal Marcelo Guerra Martins, publicado na RTRF3R 72/13, e o seguinte julgado: AMS 0028513-50.2004.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicado na RTRF3R 108/390.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0006125-90.2003.4.03.6100
(2003.61.00.006125-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: JANSSEN CILAG FARMACÊUTICA LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AMS 275301
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/09/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO - TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PESSOAS VINCULADAS - MÉTODO DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL-60 - APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL - EXERCÍCIO DE 2002 - LEIS NºS 9.430/96 E 9.959/00 E INSTRUÇÕES NORMATIVAS/SRF NºS 32/2001 E 243/2002 - PREÇO PARÂMETRO - MARGEM DE LUCRO - VALOR AGREGADO - LEGALIDADE - INOCORRÊNCIA DE OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - DEPÓSITOS JUDICIAIS.

1. Constitui o *preço de transferência* o controle, pela autoridade fiscal, do preço praticado nas operações comerciais ou financeiras realizadas entre pessoas jurídicas vinculadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, com vista a afastar a indevida manipulação dos preços praticados pelas empresas com o objetivo de diminuir sua carga tributária.

2. A apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, e da base de cálculo da CSLL, segundo o Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL, era disciplinada pelo art. 18, II e suas alíneas, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/00 e regulamentada pela IN/SRF nº 32/2001, sistemática pretendida pela contribuinte para o ajuste de suas contas, no exercício de 2002, afastando-se os critérios previstos pela IN/SRF nº 243/2002.

3. Contudo, ante à imprecisão metodológica de que padecia a IN/SRF nº 32/2001, ao dispor sobre o art. 18, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.959/00, a qual não espelhava com fidelidade a exegese do preceito legal por ela regulamentado, baixou a Secretaria da Receita Federal a IN/SRF nº 243/2002, com a finalidade de refletir a *mens legis* da regra-matriz, voltada para coibir a evasão fiscal nas transações comerciais com empresas vinculadas sediadas no exterior, envolvendo a aquisição de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.

4. Destarte, a IN/SRF nº 243/2002, sem romper os contornos da regra-matriz, estabeleceu critérios e mecanismos que mais fielmente vieram traduzir o dizer da lei regulamentada. Deixou de referir-se ao preço líquido de venda, optando por utilizar o preço parâmetro daqueles bens, serviços ou direitos importados da coligada sediada no exterior, na composição do preço do bem aqui produzido. Tal sistemática passou a considerar a participação percentual do bem importado na composição inicial do custo do produto acabado. Quanto à margem de lucro, estabeleceu dever ser apurada com a aplicação do percentual de 60% sobre a participação dos bens importados no preço de venda do bem produzido, a ser utilizada

na apuração do preço parâmetro. Assim, enquanto a IN/SRF nº 32/2001 considerava o preço líquido de venda do bem produzido, a IN/SRF nº 243/2002, considera o preço parâmetro, apurado segundo a metodologia prevista no seu art. 12, §§ 10, e 11 e seus incisos, consubstanciado na diferença entre o valor da participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido, e a margem de lucro de sessenta por cento.

5. O aperfeiçoamento fez-se necessário porque o preço final do produto aqui industrializado não se compõe somente da soma do preço individuado de cada bem, serviço ou direito importado. À parcela atinente ao lucro empresarial, são acrescidos, entre outros, os custos de produção, da mão de obra empregada no processo produtivo, os tributos, tudo passando a compor o valor agregado, o qual, juntamente com a margem de lucro de sessenta por cento, mandou a lei expungir. Daí, a necessidade da efetiva apuração do custo desses bens, serviços ou direitos importados da empresa vinculada, pena de a distorção, consubstanciada no aumento abusivo dos custos de produção, com a consequente redução artificial do lucro real, base de cálculo do IRPJ e da base de cálculo da CSLL a patamares inferiores aos que efetivamente seriam apurados, redundar em evasão fiscal.

6. Assim, contrariamente ao defendido pela contribuinte, a IN/SRF nº 243/2002, cuidou de aperfeiçoar os procedimentos para dar operacionalidade aos comandos emergentes da regra-matriz, com o fito de determinar-se, com maior exatidão, o preço parâmetro, pelo método PRL-60, na hipótese da importação de bens, serviços ou direitos de coligada sediada no exterior, destinados à produção e, a partir daí, comparando-se-o com preços de produtos idênticos ou similares praticados no mercado por empresas independentes (princípio *arm's lenght*), apurar-se o lucro real e as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

7. Em que pese a incipiente jurisprudência nos Tribunais pátrios sobre a matéria, ainda relativamente recente em nosso meio, tem-na decidido o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, do Ministério da Fazenda, não avistando o Colegiado em seus julgados administrativos qualquer eiva na IN/SRF nº 243/2002. Confira-se a respeito o Recurso Voluntário nº 153.600 - processo nº 16327.000590/2004-60, julgado na sessão de 17/10/2007, pela 5ª Turma/DRJ em São Paulo, relator o conselheiro José Clovis Alves. No mesmo sentido, decidiu a r. Terceira Turma desta Corte Regional, no julgamento da apelação cível nº 0017381-30.2003.4.03.6100/SP, Relator o e. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO.

8. Outrossim, impõe-se destacar não ter a IN/SRF nº 243/2002, criado, instituído ou aumentado os tributos, apenas aperfeiçoou a sistemática de apuração do lucro real e das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, pelo Método PRL-60, nas transações comerciais efetuadas entre a contribuinte e sua coligada sediada no exterior, reproduzindo com maior exatidão, o alcance previsto pelo legislador, ao editar a Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/2000, visando coibir a elisão fiscal. Referida Instrução Normativa encontra-se em perfeita consonância com os comandos emanados da regra-matriz, os quais já se prenunciavam na Medida Provisória nº 2158-35, de 24/08/2001, editada originalmente sob o nº 1.807, em 28/01/99, ao reportar-se ao método da equivalência patrimonial, e mesmo, anteriormente, na Lei nº 6.404/76, quando alude às demonstrações financeiras da

sociedade, motivo pelo qual também não se há falar ter a mencionada IN/SRF nº 243/2002 ofendido a princípios constitucionais, entre eles, os da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade.

9. As questões relativas a eventuais depósitos efetuados nestes autos deverão ser apreciadas pelo juízo de origem ao qual se encontram vinculados, após o trânsito em julgado da decisão definitiva.

10. Sentença recorrida reformada. Apelação e remessa oficial providas.

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 e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de agosto de 2011.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de assegurar à contribuinte o direito de calcular e recolher o IRPJ e a CSLL com fundamento no art. 18, II, da Lei nº 9.430/96 e bem assim na IN/SRF nº 32/2001, afastando-se a sistemática imposta pela IN/SRF nº 243/2002. "Subsidiariamente, requer a Impetrante seja a aplicação da IN SRF nº 243/02 afastada para o cálculo de IRPJ durante o exercício de 2002, bem como pelo período de 90 dias para cálculo da CSL". (fl. 21)

Aduz que "adquire insumos de pessoas vinculadas situadas no exterior [e] para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL, os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes de documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoas vinculadas, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não seja inferior ao preço determinado de acordo com os métodos previstos no artigo 18 da Lei nº 9.430/96" (fl. 03). Ainda, à fl. 03, prossegue esclarecendo que "esse preço de bens, serviços ou direitos adquiridos de pessoas vinculadas chama-se preço de transferência, legalmente regulamentado com o objetivo de evitar com que a empresa situada no Brasil pague um preço superior àquele corrente no mercado nas suas compras ou receba um valor inferior ao de mercado nas suas vendas ao exterior", sendo o Preço de Revenda menos Lucro - PRL um dos métodos previstos no art. 18, acima mencionado, para a apuração do preço de transferência.

Assevera que o critério de cálculo previsto pela IN/SRF nº 32/2001 coadunava-se com o disposto no art. 18, da Lei nº 9.430/96, mas que o art. 12, da IN/SRF nº 243/2002, que a revogou, alterou tal sistemática, resultando na diminuição do preço de transferência limite e, em conseqüência, na redução da despesa dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

O cerne da questão, segundo a contribuinte, consiste no fato de que a sistemática prevista na IN/SRF nº 32/2001 previa fossem "considerados 60% do valor do preço de venda menos o valor agregado", enquanto, por sua vez, o critério imposto pela IN/SRF nº

243/2002 exigiria fossem considerados "somente 60% do preço do produto referente à participação dos bens importados". (fl. 10)

Liminar parcialmente deferida, mediante o depósito judicial das importâncias controvertidas, autorizando-se a apuração das bases de cálculo dos tributos segundo os critérios estabelecidos pela Lei nº 9.430/96 e IN/SRF nº 32/2001. Pretendendo desobrigar-se do depósito judicial, interpôs a contribuinte o Agravo de Instrumento sob nº 2003.03.00.031490-0, cujo pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 188/189). Posteriormente, por não ter comprovado haver comunicado ao juízo da causa a sua interposição, foi-lhe negado seguimento, dando-se também por prejudicado agravo regimental manejado (fl. 266). Agravo de instrumento sob nº 2003.03.00.079475-1, interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) do despacho que deferiu a substituição do depósito judicial por carta de fiança bancária (fl. 202), foi julgado prejudicado, ante a reconsideração da decisão agravada (fl. 268).

A sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo à impetrante o direito de efetuar os cálculos para a apuração do IRPJ e da CSLL, segundo a sistemática prevista no art. 18, II, da Lei nº 9.430/96 e na IN/SRF nº 32/2001, afastando-se a aplicação do art. 12, § 11, da IN/SRF nº 243/2002. Reexame necessário na forma da lei.

Em apelação, a União Federal (Fazenda Nacional) defende a constitucionalidade da sistemática imposta, alegando referir-se a demanda a fatos ocorridos no exercício de 2002 e, portanto, posteriores à edição da Lei nº 9.959/00, a qual veio modificar os critérios impostos pela Lei nº 9.430/96. Pugna, então, pela denegação da ordem.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do apelo.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Constitui o *preço de transferência* o controle, pela autoridade fiscal, do preço praticado nas operações comerciais ou financeiras realizadas entre pessoas jurídicas vinculadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, com vista a afastar a indevida manipulação dos preços praticados pelas empresas com o objetivo de diminuir sua carga tributária.

O controle do *preço de transferência* é obtido mediante a comparação com preços praticados no mercado, por partes individuadas, em negócios assemelhados juridicamente. Esse processo, ao qual o Brasil aderiu e que deriva das disposições da Convenção Modelo da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), encontra-se abrigado na Lei nº 9.430/66 e denomina-se Princípio *Arm's Lenght*, significando *Princípio da Neutralidade, Princípio do Preço Sem Interferência* ou, ainda, *Princípio dos Preços Independentes Comparados*. Visa, no caso de empresas vinculadas, como o dos autos, coibir a dupla tributação e a ocorrência de evasão fiscal, conforme já asseverado. Nas operações ocorridas entre empresas coligadas, caso dos autos, sujeitam-se elas à utilização dos critérios previstos nesse princípio, para determinar-se o *preço parâmetro*, apurando, a partir deste, com as deduções previstas, o lucro real e as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A sistemática imposta, prevista pela Lei nº 9.430/96, posteriormente modificada pela Lei nº 9.959/00, e as INs/SRF nºs 32/2001 e 243/2002, busca, em última análise, corrigir distorção em relação à margem de lucro, a qual, segundo o ordenamento jurídico modificado, resultaria da aplicação do percentual de 60% sobre os preços de venda do bem produzido. Com a modificação introduzida, passou-se a considerar, para a apuração do *preço parâmetro*, a participação dos bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção, tanto no preço de venda do produto, quanto no custo total do bem acabado e já com *valor agregado* no país, o qual, juntamente com a margem de lucro de 60% por cento, são expungidos na apuração do *preço parâmetro*, segundo a metodologia prevista no art. 12, §§ 10, e 11 e seus incisos, da supramencionada IN/SRF nº 243/2002, a qual regulamentou a Lei nº 9.430/96, com a redação veiculada pela Lei nº 9.959/00.

Eis o ordenamento jurídico acima mencionado, o qual disciplinava a matéria à época dos fatos considerados:

Dispunha o art. 18, da Lei nº 9.430/96:

> "Art. 18 - Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:
> I - Método dos Preços Independentes Comparados - PIC: definido como a média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes;
> II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:
> a) dos descontos incondicionais concedidos;
> b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
> c) das comissões e corretagens pagas;
> d) de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda".

Já a Lei nº 9.959/00, em seu art. 2º, trazia o seguinte teor:

> "Art. 2º - A alínea 'd' do inciso II, do art. 18, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:
> 'd) da margem de lucro de:
> 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;
> 2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses'."

A Instrução Normativa SRF nº 32/2001, assentava, em seu art. 12:

> "Art. 12 - A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

I - dos descontos incondicionais concedidos;
II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
III - das comissões e corretagens pagas;
IV - de margem de lucro de:
a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens;
b) sessenta por cento, na hipótese de bens importados aplicados na produção.
§ 1º Os preços de revenda, a serem considerados, serão os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados.
§ 2º Os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas.
§ 3º Na determinação da média ponderada dos preços, serão computados os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração.
§ 4º Para efeito desse método, a média aritmética ponderada do preço será determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração.
§ 5º Se as operações consideradas para determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo, os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros neles incluídos, calculados à taxa praticada pela própria empresa, quando comprovada a sua aplicação em todas as vendas a prazo, durante o prazo concedido para o pagamento.
§ 6º Na hipótese do parágrafo anterior, não sendo comprovada a aplicação consistente de uma taxa, o ajuste será efetuado com base na taxa:
I - referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, proporcionalizada para o intervalo, quando comprador e vendedor forem domiciliados no Brasil;
II - Libor, para depósitos em dólares americanos pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizada para o intervalo, quando uma das partes for domiciliada no exterior.
§ 7º Para efeito deste artigo, serão considerados como:
I - incondicionais, os descontos concedidos que não dependam de eventos futuros, ou seja, os que forem concedidos no ato de cada revenda e constar da respectiva nota fiscal;
II - impostos, contribuições e outros encargos cobrados pelo Poder Público, incidentes sobre vendas, aqueles integrantes do preço, tais como ICMS, ISS, Pis/Pasep e Cofins;
III - comissões e corretagens, os valores pagos e os que constituírem obrigação de pagar, a esse título, relativamente às vendas dos bens, serviços ou direitos objeto de análise.
§ 8º A margem de lucro a que se refere o inciso IV, alínea 'a' do *caput* será aplicada sobre o preço de revenda, constante da nota fiscal, excluídos, exclusivamente, os descontos incondicionais concedidos.
§ 9º O método do Preço de Revenda menos Lucro mediante a utilização da margem de lucro de vinte por cento somente será aplicado nas hipóteses em que não haja agregação de valor no País ao custo dos bens, serviços ou direitos importados,

configurando, assim, simples processo de revenda dos mesmos bens, serviços ou direitos importados.
§ 10. O método de que trata a alínea 'b' do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens aplicados à produção.
§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, considerando-se, para este fim:
I - preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;
II - margem de lucro, o resultado da aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País".

E, por seu turno, a Instrução Normativa SRF nº 243/2002, dispôs:

"Art. 12. A determinação do custo de bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, dedutível da determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, também, ser efetuada pelo método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), definido como a média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos, diminuídos:
I - dos descontos incondicionais concedidos;
II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
III - das comissões e corretagens pagas;
IV - de margem de lucro de:
a) vinte por cento, na hipótese de revenda de bens, serviços ou direitos;
b) sessenta por cento, na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.
§ 1º Os preços de revenda, a serem considerados, serão os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados.
§ 2º Os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas.
§ 3º Na determinação da média ponderada dos preços, serão computados os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração.
§ 4º Para efeito desse método, a média aritmética ponderada do preço será determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração.
§ 5º Se as operações consideradas para determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo, os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros neles incluídos, calculados à taxa praticada pela própria empresa, quando comprovada a sua aplicação em todas as vendas a prazo, durante o prazo concedido para o pagamento.

§ 6º Na hipótese do § 5º, não sendo comprovada a aplicação consistente de uma taxa, o ajuste será efetuado com base na taxa:
I - referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), para títulos federais, proporcionalizada para o intervalo, quando comprador e vendedor forem domiciliados no Brasil;
II - Libor, para depósitos em dólares americanos pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizada para o intervalo, quando uma das partes for domiciliada no exterior.
§ 7º Para efeito deste artigo, serão considerados como:
I - incondicionais, os descontos concedidos que não dependam de eventos futuros, ou seja, os que forem concedidos no ato de cada revenda e constar da respectiva nota fiscal;
II - impostos, contribuições e outros encargos cobrados pelo Poder Público, incidentes sobre vendas, aqueles integrantes do preço, tais como ICMS, ISS, PIS/Pasep e Cofins;
III - comissões e corretagens, os valores pagos e os que constituírem obrigação a pagar, a esse título, relativamente às vendas dos bens, serviços ou direitos objeto de análise.
§ 8º A margem de lucro a que se refere a alínea 'a' do inciso IV do *caput* será aplicada sobre o preço de revenda, constante da nota fiscal, excluídos, exclusivamente, os descontos incondicionais concedidos.
§ 9º O método do Preço de Revenda menos Lucro mediante a utilização da margem de lucro de vinte por cento somente será aplicado nas hipóteses em que, no País, não haja agregação de valor ao custo dos bens, serviços ou direitos importados, configurando, assim, simples processo de revenda dos mesmos bens, serviços ou direitos importados.
§ 10. O método de que trata a alínea 'b' do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados à produção.
§ 11. Na hipótese do § 10, o preço parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de sessenta por cento, conforme metodologia a seguir:
I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;
II - percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa;
III - participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme o inciso II, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com o inciso I;
IV - margem de lucro: a aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a 'participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido', calculado de acordo com o inciso III;
V - preço parâmetro: a diferença entre o valor da 'participação do bem, serviço

ou direito importado no preço de venda do bem produzido', calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV".

É, porém, sob a sistemática imposta pela IN/SRF nº 32/2001, aplicando o Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL-60, que pretende a contribuinte apurar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nas suas demonstrações financeiras do exercício de 2002, afastando-se, por conseguinte, os critérios previstos pelo art. 12, § 11, da IN/SRF nº 243/2002, os quais reputa ofensivos às disposições contidas no art. 18, da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.959/00.

A IN/SRF nº 32/2001, ao dispor sobre o art. 18, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.959/2000, não refletiu fielmente a exegese do preceito legal por ela regulamentado, ficando aquém do alcance que lhe emprestou o legislador.

Com efeito, a metodologia prevista no art. 12, da mencionada norma regulamentar, não contempla todos os fatores que devem ser considerados, de modo a refletir, com fidelidade, a plenitude do comando ali insculpido.

A referida IN/SRF nº 32/2001, ao estabelecer os critérios para a apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, e da CSLL, pelo método PRL, eleito pela impetrante para aplicar à sua demonstração financeira, aludia, no art. 12, §§ 10 e 11 que, na hipótese de bens aplicados à produção, caso dos autos, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação seria a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, considerando preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas. Por outro lado, como margem de lucro, definia como sendo o resultado da aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País.

A imprecisão e, por consequência, a inadequação da instrução normativa em comento reside, exatamente, no fato de que considera para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o preço líquido de venda do bem produzido e silencia sobre a participação dos bens, serviços ou direitos importados da coligada sediada no exterior, na composição do valor agregado ao bem produzido. Assim disciplinado, esse processo provocava distorção na apuração levada a efeito e distanciava-se do comando legal da regra-matriz, que buscou dotar de plena eficácia os critérios nela previstos, visando intensificar o combate à evasão fiscal nessas transações comerciais.

Fazia-se então necessário aperfeiçoar-se a sistemática então vigente, de modo que viesse a corporificar a *mens legis*.

Para atingir esse desiderato, editou o legislador a Lei nº 9.959/00, a qual introduziu modificações na Lei nº 9.430/96, tendo a Secretaria da Receita Federal, autorizada por lei, baixado a IN/SRF nº 243/2002, que visava corrigir a distorção de que padecia a sistemática então vigente.

Relembre-se que, para a apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, e da base de cálculo da CSLL, pelo método PRL, nos termos da IN/SRF nº 32/2001, considerava-se o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, com suas diminuições, entre elas, o valor agregado ao bem produzido no País, entretanto, sem

decompor, nesse valor agregado, a participação dos bens, serviços ou direitos importados da coligada sediada no exterior.

Foi o que fez a IN/SRF nº 243/2002, sem romper os contornos da regra-matriz, ao contrário, estabeleceu critérios e mecanismos que mais fielmente vieram traduzir o dizer da lei regulamentada. A IN/SRF nº 243/2002 deixou de referir-se ao preço líquido de venda, optando por utilizar o preço parâmetro daqueles bens, serviços ou direitos importados da coligada, na composição do preço do bem aqui produzido.

Destarte, segundo a sistemática imposta pela IN/SRF nº 243/2002, para apurar-se com maior rigor o resultado final do custo a ser abatido, eliminando a distorção então existente, mister considerar a participação percentual do bem importado na composição inicial do custo do produto acabado. Quanto à margem de lucro, é apurada através da aplicação do percentual de 60% sobre a participação dos bens importados no preço de venda do bem produzido, a ser utilizado na apuração do preço parâmetro dos bens. Assim, enquanto a IN/SRF nº 32/2001 considerava o preço líquido de venda do bem produzido, a IN/SRF nº 243/2002, considera o preço parâmetro, apurado segundo a metodologia prevista no seu art. 12, §§ 10, e 11 e seus incisos, consubstanciado na diferença entre o valor da participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido, e a margem de lucro de sessenta por cento.

O aperfeiçoamento fez-se necessário porque o preço final do produto aqui industrializado não se compõe somente da soma do preço individuado de cada bem, serviço ou direito importado. À parcela atinente ao lucro empresarial, são acrescidos, entre outros, os custos de produção, da mão de obra empregada no processo produtivo, os tributos, tudo passando a compor o valor agregado, o qual, juntamente com a margem de lucro de sessenta por cento, mandou a lei expungir. Daí, a necessidade da efetiva apuração do custo desses bens, direitos ou serviços importados da coligada sediada no exterior, pena de a distorção, consubstanciada no aumento abusivo dos custos de produção, com a consequente redução artificial do lucro real, base de cálculo do IRPJ e da base de cálculo da CSLL a patamares inferiores aos que efetivamente seriam apurados, redundar em evasão fiscal.

A lei fixa o método ou técnica de apuração do preço de referência, cabendo à Instrução Normativa sua especificação ou minudenciamento. Neste passo, ao fazê-lo, não pode fugir dos princípios e critérios econômicos e jurídicos que a lei fixou, no caso o método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), ao mesmo tempo em que não se pode exigir que a Instrução Normativa restrinja-se a repetir os termos da lei, pois deste modo não estaria atendendo à sua finalidade regulamentar, qual seja a de sistematizar o cálculo do preço de referência, sem que como isso possa ser considerada “norma interpretativa”.

Ademais, a sistemática de fixação do Preço de Referência previsto pela Lei nº 9.430/96, era de aplicação restrita aos revendedores de produtos importados, tendo sido, por força da Lei nº 9.959/00, estendido às empresas industriais, sendo, portanto, necessária a adequação do método de determinação do preço de transferência, por meio do Método legalmente previsto (PRL).

Orlando José Gonçalves Bueno, Relator do acórdão nº 108-09.551, lavrado no processo nº 16327.001727/2004-01, na decisão do recurso voluntário nº 156.399, interposto junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, do Ministério da Fazenda, na sessão de 05/03/2008, dizia, textualmente, ao referir-se ao método PRL-60:

> “Efetivamente, a Lei nº 9.959/2000, ao desdobrar as margens de lucro entre os casos de produção local e os demais casos, não criou um quarto método (o ‘método da não

revenda'), mas, apenas, desdobrou-se a margem. Deve-se alertar que a menção à Lei nº 9.959/2000 não tem a pretensão de dar a essa um efeito retroativo. Apenas serve de ilustração acerca da compatibilidade do método PRL com o caso de produção local.

A mera leitura do art. 18 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/2000, já permite ver que a fórmula básica do PRL continuou intocada [...]. A diferença é que, a partir de 2000, o legislador desdobrou a parcela M (margem de lucro), que passa a ser:

- 60% (PRL-VA), no caso de bens importados aplicados à produção (sendo VA o valor agregado no pais);
- 20% do preço de revenda, nas demais hipóteses.

Patenteia-se, agora, o que antes já se mostrava: a margem de lucro contemplada pelo legislador é - e sempre foi - bruta. Ela inclui todos os custos e despesas locais, além da remuneração do revendedor.

Não houve, insista-se, mudança substancial no método PRL. Continua ele a contemplar - desde sua instituição por lei - a mera dedução do preço de revenda liquido, de uma margem de lucro adequada. Antes, esta margem era predeterminada em 20% para todos os casos; agora, ela é desdobrada em duas hipóteses. A essência do método, entretanto, não se vê afetada.

O contribuinte, em relação a operações que procedeu nos exercícios de 2000, efetuou os lançamentos dos valores relativos à compra de bens com empresas vinculadas utilizando-se da técnica do PRL. E o fez, entendo, com base na liberdade de escolha atribuída pelo texto legal".

Assim, contrariamente ao defendido pela contribuinte, a IN/SRF nº 243/2002, ante à imprecisão de que padecia a IN/SRF nº 32/2001, cuidou de aperfeiçoar os procedimentos para dar operacionalidade aos comandos emergentes da regra-matriz, com o fito de determinar-se, com maior exatidão, o preço parâmetro, pelo método PRL-60, na hipótese da importação de bens, serviços ou direitos de coligada sediada no exterior, destinados à produção e, a partir daí, comparando-se-o com preços de produtos idênticos ou similares praticados no mercado por empresas independentes, apurar-se o lucro real e as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em que pese a incipiente jurisprudência nos Tribunais pátrios sobre a matéria, ainda relativamente recente em nosso meio, tem-na decidido o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, do Ministério da Fazenda, em seus julgados administrativos, conforme o anteriormente colacionado, trazendo respeitáveis subsídios, todos no sentido de não avistar-se qualquer eiva na IN/SRF nº 243/2002.

Confira-se, à propósito do tema, excerto recolhido da fundamentação do acórdão daquele Colegiado, proferido no julgamento do Recurso Voluntário nº 153.600, interposto no processo nº 16327.000590/2004-60, na sessão de 17/10/2007, pela 5ª Turma/DRJ em São Paulo, relator o conselheiro José Clovis Alves:

"Como (a nosso ver, acertadamente) ressaltou a autoridade fiscal, quando se trata de aplicação de métodos de preços de transferência, o cuidado que se deve ter (na consideração ou não do frete, seguros e tributos incidentes na importação na determinação do custo de importação) diz respeito a possibilidade de se distorcer os termos da comparação que se pretende empreender. Foi exatamente nesse sentido

que a Instrução Normativa nº 243, de 2002, tratando do que denominou de normas comuns aos custos na importação, esclareceu que, *verbis*:

Art. 4º Para efeito de apuração do preço a ser utilizado como parâmetro, nas importações de empresa vinculada, não residente, de bens, serviços ou direitos, a pessoa jurídica importadora poderá optar por qualquer dos métodos de que tratam os arts. 8º a 13, exceto na hipótese do § 1º, independentemente de prévia comunicação à Secretaria da Receita Federal.

[...]

§ 4º Para efeito de apuração do preço a ser utilizado como parâmetro, calculado com base no método de que trata o art. 12, serão integrados ao preço praticado na importação os valores de transporte e seguro, cujo ônus tenha sido da empresa importadora, e os de tributos não recuperáveis, devidos na importação.

§ 5º Nos preços apurados com base nos métodos dos arts. 8º e 13, os valores referidos no § 4º poderão ser adicionados ao custo dos bens adquiridos no exterior desde que sejam, da mesma forma, considerados o preço praticado, para efeito de comparação.

Os artigos 12, 8º e 13, acima referenciados, tratam do PRL, PIC e CPL, respectivamente.

Observe-se, assim, que a regra é a inclusão, na determinação do custo da importação, do frete, seguro e dos tributos devidos na importação. Tratando-se, entretanto, do método PIC e do CPL, para que não haja distorção na comparação, tais valores devem ser considerados tanto na determinação dos preços parâmetro, como nos preços praticados.

As alegações da recorrente de que a Instrução Normativa nº 243, de 2002, extrapolou os limites colocados pelo legislador, e de que não seria aplicável à época dos fatos, a nosso ver, não devem ser recepcionadas. Com efeito, não vislumbramos, nesta seara, qualquer violação à legalidade por parte do referido ato normativo. Na verdade, atuou a Administração Tributária, com propriedade, no campo que lhe é reservado, qual seja, o de, com amparo nas disposições do artigo 100 do Código Tributário Nacional, explicitar o preceito legal. Obviamente que, no caso, tratando-se de disposição de natureza meramente interpretativa, seus efeitos operam de forma retroativa, não havendo que se falar em sua inaplicabilidade à época da ocorrência dos fatos que ora se examina.

Releva esclarecer, neste ponto, que não são raras as ocasiões em que a Administração Tributária, impropriamente, edita Instruções Normativas que acabam por produzir inovações no ordenamento jurídico. Não obstante, não nos parece que, no caso sob exame, tenha havido tal extrapolação, eis que o que o ato proporcionou foi tão-somente a clarificação acerca da forma de determinação dos valores para fins de comparação (custo da importação e preço parâmetro), sob pena de, por omissão, ter que corroborar cálculos distorcidos".

No mesmo sentido, decidiu a r. Terceira Turma desta Corte Regional, no julgamento da apelação cível nº 0017381-30.2003.4.03.6100/SP, Relator o e. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO. Confira-se:

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MÉTODO DE PREÇO DE

REVENDA MENOS LUCRO - PRL. LEI Nº 9.430/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 243/02. APLICABILIDADE.

1. Caso em que a impetrante pretende apurar o Método de Preço de Revenda menos Lucro - PRL, estabelecido na Lei nº 9.430/96, sem se submeter às disposições da IN/SRF nº 243/02.

2. Em que pese sejam menos vantajosos para a impetrante, os critérios da Instrução Normativa nº 243/2002 para aplicação do método do Preço de Revenda Menos Lucro (PRL) não subvertem os paradigmas do art. 18 da Lei nº 9.430/1996.

3. Ao considerar o percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido, a IN 243/2002 nada mais está fazendo do que levar em conta o efetivo custo daqueles bens, serviços e direitos na produção do bem, que justificariam a dedução para fins de recolhimento do IRPJ e da CSLL.

4. Apelação improvida". (Processo: AMS 200361000173814 - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 277138 - Relator: JUIZ RUBENS CALIXTO - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - Fonte: DJF3 CJ1 - DATA: 18/02/2011 - p. 596).

Outrossim, impõe-se frisar não ter a Instrução Normativa nº 243/2002, expedida pela então Secretaria da Receita Federal, criado, instituído ou aumentado os tributos, apenas aperfeiçoou a sistemática de apuração do lucro real e das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, pelo Método PRL-60, nas transações comerciais efetuadas entre a contribuinte e sua coligada sediada no exterior, reproduzindo com maior fidelidade, o alcance previsto pelo legislador, ao editar a Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.959/00, de molde a coibir a elisão fiscal.

Por derradeiro, cumpre enfatizar que a IN/SRF nº 243/2002 encontra-se em consonância com os comandos emanados da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.959/00, os quais, refletindo com maior fidelidade o alcance que o legislador atribuiu à regra-matriz, visam dar cumprimento ao Modelo de Convenção da OCDE, adotado pelo País, no que se refere aos preços de transferência, conforme já referido. Tais comandos, direcionados para o que viria ser o método Preço de Revenda menos Lucro (PRL), já se prenunciavam na Medida Provisória nº 2158-35, datada de 24/08/2001, editada originalmente sob o nº 1.807, em 28/01/99, ao referir-se, nos seus arts. 21 e 74, ao método da equivalência patrimonial, e mesmo, anteriormente, na Lei nº 6.404/76, nos arts. 197 e 248, quando se reporta às demonstrações financeiras da sociedade, motivo pelo qual também não se há falar ter a mencionada IN/SRF nº 243/2002 ofendido a princípios constitucionais, entre eles, os da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade.

Destarte, de rigor a reforma da sentença recorrida.

As questões relativas a eventuais depósitos efetuados nestes autos deverão ser apreciadas pelo juízo de origem ao qual se encontram vinculados, após o trânsito em julgado da decisão definitiva.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação e à remessa oficial.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

- Sobre atividades de tributação e fiscalização concernentes às operações de preços de transferência entre pessoas vinculadas, veja também o seguinte julgado: AMS 0001909-57.2001.4.3.6100/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 103/314.

APELAÇÃO CÍVEL
0007016-15.2007.4.03.9999
(2007.03.99.007016-9)

Apelante: FEBINIL INDÚSTRIAS REUNIDAS DE ROUPAS LTDA. (massa falida)
Síndico: MARINHO MENDES
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE POÁ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AC 1188975
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - ASSISTÊNCIA DA FALIDA - REGULARIDADE - MULTA FISCAL - ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NATUREZA TRIBUTÁRIA - INEXIGIBILIDADE.

1. Regularidade do processamento dos presentes embargos, porquanto admissível a assistência da falida em embargos à execução fiscal, nos moldes do art. 50 do CPC, consoante entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

2. Inocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista se tratar de questão predominantemente de direito, passível de apreciação no estado atual do processo, sem necessidade de dilação probatória.

3. O crédito decorrente de "multa por atraso na entrega da declaração", constituído mediante lavratura de auto de infração, fundamentado nos artigos 400 do RIR/80 e 541 do RIR/94, consiste em violação de obrigação acessória, cuja natureza, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN, é tributária (fiscal), com efeitos de pena administrativa.

4. Em face da massa falida, a multa moratória e a multa fiscal com efeito de pena administrativa são inexigíveis, consoante preveem as Súmulas nºs 192 e 565 do C. Supremo Tribunal Federal.

5. Honorários advocatícios arbitrados com atenção ao disposto no artigo 20, § 4º, do CPC.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de setembro de 2011.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Trata-se de apelações interpostas pela massa falida e pela falida (admitida como assistente) contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, condenando o embargante

ao pagamento de 10% sobre o valor da causa, a título de honorários advocatícios.

Nas razões do recurso, em apertada síntese, a massa falida argumenta nulidade do lançamento do IPRJ efetuado por arbitramento, porquanto a empresa teria contabilizado suas operações regularmente, bem como apresentado seus balanços financeiros ao agente fiscal. Aponta, ainda, ilegalidade da incidência da multa moratória e correção monetária, pois consistiriam em pena administrativa inexigível de massa falida, consoante a jurisprudência majoritária. Pretende a integral reforma da sentença.

Por sua vez, em sede de apelação, a assistente (falida) sustenta a ocorrência de cerceamento de sua defesa em virtude do julgamento antecipado da lide, motivo pela qual requer a anulação da sentença, a fim de garantir a produção das provas requeridas.

Regularmente processados os recursos e com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público às fls. 168/170.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Inicialmente, verifico a regularidade do processamento dos presentes embargos, porquanto admissível a assistência da falida em embargos à execução fiscal, nos moldes do art. 50 do CPC, consoante entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL - ERRO MATERIAL QUANTO À PREMISSA FÁTICA CONSIDERADA - OCORRÊNCIA - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - FALIDO - ILEGITIMIDADE ATIVA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM FEITOS INFRINGENTES. (...)
> 3. O falido não pode pleitear, em nome próprio, a exclusão de multa e juros em nome da falida, em sede de embargos à execução fiscal. Pode, tão-somente, intervir, como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento."
> (EDcl no AgRg no REsp 902632/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 23/04/2009)

Por outro lado, admissível a apelação do assistente, nos termos do artigo 52 do CPC.

Não vislumbro a ocorrência do aludido cerceamento de defesa, tendo em vista se tratar de questão predominantemente de direito, passível de apreciação no estado atual do processo, sem necessidade de dilação probatória.

Do exame da Certidão de Dívida Ativa acostada aos autos às fls. 178/211, constata-se que o crédito exequendo refere-se a "multa por atraso na entrega da declaração", constituído mediante lavratura de auto de infração, fundamentado nos artigos 400 do RIR/80 e 541 do RIR/94.

Trata-se de multa fiscal decorrente de violação de obrigação acessória, cuja

natureza, nos termos do art. 113, § 2º e § 3º, do CTN, é tributária. Confira-se o teor do dispositivo:

> "Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
> § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
> § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária."

Em face da massa falida, a multa moratória e a multa fiscal com efeito de pena administrativa são inexigíveis, consoante preveem as Súmulas nº 192 e 565 do C. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> 192. "Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa."

> 595. "A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência."

Sendo a multa em comento de natureza fiscal com efeito de pena administrativa, impõe-se a reforma da sentença, em virtude da procedência dos presentes embargos.

Em face do exposto, voto por negar provimento à apelação da assistente (falida) e dar provimento à apelação da massa falida.

Atento ao que prescrevem as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC, especialmente a terceira alínea, e em conformidade com o § 4º do mesmo dispositivo legal, arbitro os honorários advocatícios em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a cargo da União.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0008419-65.2010.4.03.6102
(2010.61.02.008419-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OMAR ALI ZEITOUM E OUTROS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AMS 331071
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. LEIS Nº 8.540/92 E Nº 9.528/97. INEXIGIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO A PARTIR DA LEI Nº 10.256/2001. INTELIGÊNCIA DA EC Nº 20/98. COMPENSAÇÃO.

I - Inexigibilidade da contribuição ao FUNRURAL prevista no art. 25, incisos I e II da Lei nº 8.212/91, com redação dada pelas Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Precedente do STF.

II - Superveniência da Lei nº 10.256, de 09.07.2001, que alterando a Lei nº 8.212/91, deu nova redação ao art. 25, restando devida a contribuição ao FUNRURAL a partir da nova lei, arrimada na EC nº 20/98.

III - Prescrição no sentido da irretroatividade da Lei Complementar nº 118/2005, mantendo-se a cognominada tese dos cinco mais cinco. Precedentes do STJ e desta Corte.

IV - Não há que se falar na aplicação das limitações à compensação impostas pelas Leis nº 9.032/95 e nº 9.129/95, considerando que na hipótese a ação foi proposta após a entrada em vigor da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou o § 3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91. Em matéria de limites à compensação o entendimento da Corte Superior é de que se aplica à compensação a legislação vigente à época da propositura da ação (Recurso repetitivo REsp 1.137.738/SP).

V - Recurso e remessa oficial parcialmente providas.

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 parcial provimento ao recurso e à remessa oficial para reforma da sentença no tocante à exigibilidade da exação a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/2001, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2011.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de

mandado de segurança objetivando à suspensão da exigibilidade da contribuição prevista nos artigos 25, I e II e 30, IV da Lei nº 8.212/91, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, deduzindo ainda os impetrantes pedido de compensação dos valores tidos por indevidamente recolhidos ou sucessivamente o reconhecimento da inexigibilidade da exação até a edição da EC nº 20/98.

A sentença proferida concedeu a segurança para *"o fim de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 25, incisos I e II da lei nº 8.212/91, com alteração dada pela Lei nº 8.540/92, atualizada até a Lei nº 9.528/97, e declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre a União e o impetrante na condição de empregador rural pessoa física, quanto à contribuição denominada FUNRURAL, mesmo após a Lei nº 10.256/01. Em razão disso, declaro o direito da parte impetrante de realizar a compensação dos valores recolhidos a tal título com demais tributos administrados pela receita federal do Brasil, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros, com base na taxa SELIC, de conformidade com o art. 39, § 4º da lei nº 9.250/96.*

Tal compensação somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A, CTN, observada a prescrição, segundo o prazo de 10 (anos), quanto aos créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos anteriormente à LC nº 118/2005 e o prazo de 05 (cinco) anos para os posteriores, contados retroativamente ao ajuizamento da ação".

Em seu arrazoado, sustenta a União, em síntese, a exigibilidade da exação, bem como o prazo prescricional qüinqüenal para a repetição de tributos lançados por homologação, devendo ser afastado o direito à compensação do indébito em razão da prescrição.

Com contrarrazões, subiram os autos também por força do reexame necessário.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso e da remessa oficial.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Postulam os impetrantes a concessão da ordem para a suspensão da exigibilidade da contribuição ao FUNRURAL incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, nos moldes dos arts. 25, incisos I e II, e 30, inciso IV da Lei nº 8.212/91 e art. 25 da Lei nº 8.870/94.

A contribuição ao FUNRURAL prevista no art. 25, incisos I e II da Lei nº 8.212/91, com redação dada pelas Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97, já foi objeto de análise pelo Pleno da Excelsa Corte quando do julgamento do RE nº 363.852/MG, de relatoria do Exmo. Min. Marco Aurélio, assim ementado:

> "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais,

pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as alterações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações."

Os fundamentos do voto do relator, conforme resumido no voto-vista proferido pelo Min. Cézar Peluso, foram os seguintes:

"(i) o art. 195, I, da CF contém 'previsão exaustiva quanto aos fatos que podem dar causa à obrigação de financiamento da seguridade social', e somente o próprio texto constitucional pode 'abrir exceção à unicidade de incidência da contribuição.' (fls. 06 do voto); (ii) o produtor rural está 'compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social - recolhe, a partir do disposto no inciso I, alínea "b", a COFINS e a contribuição prevista no referido artigo 25 [incisos I e II, da Lei nº 8.212/91]' (fls. 08 do voto); c) a cobrança, excepcional, da contribuição para a seguridade social sobre o resultado da comercialização da produção, prevista no § 8º do art. 195, tem como *ratio* o fato de os contribuintes nele indicados - rurícolas sem empregados permanentes - não terem 'a base para a contribuição estabelecida na alínea "a" do inciso I do artigo 195 da Carta, isto é, folha de salários' (*idem*); d) a exação ofenderia o princípio da isonomia (art. 150, inc. II), ao tratar desigualmente contribuintes que estão na mesma situação: sem empregados, o produtor rural pessoa física contribui sobre a comercialização da produção; com empregados, será obrigado a recolher sobre a folha de salários e mesmo sobre o faturamento, donde não se poder exigir que estes contribuam sobre o resultado da comercialização da produção; e) comercialização da produção não se confunde com receita ou faturamento, do contrário o § 8º do art. 195 seria supérfluo; daí advém a necessidade de Lei Complementar para instituir a contribuição sobre aquela grandeza, nova fonte de receita que é; e f) do mesmo modo, também não se pode conceber a contribuição atacada como mera majoração de alíquota da contribuição criada pela LC nº 70/91."

Nessa linha de fundamentação, o Pleno do STF, à unanimidade, deu provimento ao recurso para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97.

Dessa forma, indubitável a inexigibilidade da contribuição em enfoque, veiculada por lei ordinária nos termos da legislação mencionada no julgado do STF, por não decorrer a contribuição de qualquer das hipóteses previstas no art. 195, I, da CF, na redação à época em vigor, frise-se, anteriormente a EC nº 20/98.

Registre-se, todavia, a superveniência da Lei nº 10.256, de 09.07.2001, que alterando a Lei nº 8.212/91, deu nova redação ao art. 25, que ficou assim redigido:

"Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos,

respectivamente, na alínea 'a' do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei destinada à Seguridade Social, é de:

....."

De saída, constata-se ser legítima a instituição do tributo pelo diploma legal tendo em vista a nova redação dada pela EC nº 20/98 ao art. 195 da Constituição Federal, ampliando a base de cálculo anteriormente prevista, por outro lado prevendo o texto legal a cobrança da contribuição em substituição àquela estabelecida nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, destarte, não mais incidindo nos vícios de inconstitucionalidade apontados no julgado da Excelsa Corte.

Observo também que o conteúdo da nova lei só na aparência não encerra os preceitos estipulando sobre as alíquotas e base de cálculo, cuidando-se apenas de uma técnica de elaboração do diploma legal sem expressa reprodução no que deliberou o legislador não alterar a redação.

É só uma questão de técnica, estando, a meu juízo, contemplados na nova lei os preceitos estatuindo sobre alíquotas e base de cálculo.

Não me convenço, destarte, de que os dispositivos prevendo alíquotas e base de cálculo sejam aqueles produzidos pela vontade legiferante anterior à EC nº 20/98. É só uma questão de redação, de texto, e os preceitos dispondo sobre alíquotas e base de cálculo como tudo o mais cuja redação não foi alterada igualmente foram abrangidos pela nova deliberação do legislador, por um novo ato expressivo da vontade da lei.

Assim, reputo devida a contribuição ao FUNRURAL nos termos da Lei nº 10.256/01, destarte, cabível a compensação dos valores pagos até a entrada em vigor da lei em comento (publicada em 10.07.2001).

Quanto à compensação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 independentemente do recolhimento em data anterior à edição do referido diploma legal (REsp 685.702/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. 16.03.2006, un., DJ 03.04.2006).

No que tange à prescrição, a matéria encontra-se sedimentada na jurisprudência do E. STJ no sentido da irretroatividade da Lei Complementar nº 118/2005, mantendo-se a cognominada tese dos cinco mais cinco, conforme decidido no REsp 1.002.932/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, cuja ementa tem o seguinte teor:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC Nº 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC nº 118 , de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC nº 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente

aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional', constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: 'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzi disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (*Das intertemporale Recht*, vol. 22, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, pág. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (*Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana*, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (*Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., vol. 2º, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8º, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA

(*Teoria delta retroattività delle leggi*, 3ª ed., vol. 1º, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (*Traité de la rétroactivité des lois*, vol. 1º, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau*, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (*L'interpretazione della legge*, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (*loc. cit.*) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada , quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (*Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).' (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC nº 118 /05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. *In casu*, insurge-se o recorrente contra a prescrição qüinqüenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC nº 118 /2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC nº 70/91, uma vez que a Lei nº 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.
9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."
(STJ, 1ª SEÇÃO, REsp nº 1002932, j. 25/11/2009, DJE 18/12/2009).

Sobre a questão, assim se pronunciou a 1ª Seção desta Corte Regional, *in verbis*:

"AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA EM EMBARGO INFRINGENTES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR Nº 11/05. EFICÁCIA PROSPECTIVA.
De acordo com o artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, 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. Ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo, 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.
É posicionamento recorrente desta C. Corte o de que a irresignação posta no agravo legal deve demonstrar que a decisão recorrida, por não implicar em nenhuma das hipóteses do artigo 557 do Código de Processo Civil, não poderia ter sido julgada pelo Relator.
Assim, não tendo formulado irresignação quanto à aplicação do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, não merecem prosperar as razões da parte agravante.
A temática posta é de ordem pública, cognoscível de ofício pelo julgador em qualquer momento processual e grau de jurisdição; razão por que passo a apreciá-la.
A matéria objeto da divergência refere-se à prescrição do direito da parte autora de compensar ou repetir valores que recolheu indevidamente, em relação a qual a 1ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento de que o prazo prescricional qüinqüenal, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, somente se inicia após o decurso do lapso de cinco anos para a ocorrência do lançamento por homologação tácita do pagamento, conforme se verifica no julgado no EREsp 435.835/SC. A LC Nº 118/2005, no entanto, entrou em vigor em 09.06.2005 e dispôs expressamente que, para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN (art. 3º).
No que toca à aplicabilidade da LC Nº 118/2005 ao caso em testilha, a jurisprudência da C. Corte Superior firmou-se no sentido da irretroatividade da norma.
Assim, 'em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09/06/2005), o prazo prescricional para o contribuinte

pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco' - REsp 1002932/SP, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

In casu, o ajuizamento da ação (17.12.1999) é anterior à vigência da LC nº 118/2005, dando-se a regência do prazo prescricional de acordo com a 'tese dos cinco mais cinco'. Desse modo, estariam prescritas apenas as competências anteriores a dezembro de 1989.

Agravo legal da União Federal a que se nega provimento."

(Agravo Legal em Embargos Infringentes nº 0059647-71.1999.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 16.06.2011, D. E. 29.06.2011).

Em matéria de limites à compensação o entendimento da Corte Superior é de que se aplica à compensação a legislação vigente à época da propositura da ação (Recurso repetitivo REsp 1.137.738/SP). Considerando que na hipótese a ação foi proposta após a entrada em vigor da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou o § 3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, excluindo as limitações à compensação impostas pelas Leis nº 9.032/95 e nº 9.129/95, não há que se falar na aplicação de aludidas limitações percentuais. Neste sentido REsp 1170425/SC, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª T., j. 04.05.2010, un., DJ 17.05.2010; REsp 1.248.590/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27.06.2011.

Não há condenação em honorários advocatícios (Súmula nº 105 do E. STJ e art. 25 da Lei nº 12.016/09).

Por estes fundamentos, *dou parcial provimento* ao recurso e à remessa oficial para reforma da sentença no tocante à exigibilidade da exação a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/2001, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator